

ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2013

Volume II
Première partie

Documents de la
soixante-cinquième session

NATIONS UNIES



ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2013

Volume II
Première partie

Documents de la
soixante-cinquième session



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 titre *Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...*, suivi de la mention de l'année (par exemple, *Annuaire... 2013*).

Pour chaque session de la Commission du droit international, l'*Annuaire* comprend deux volumes :

Volume I: comptes rendus analytiques des séances de la session ;

Volume II (1^{re} partie) : rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés au cours de la session ;

Volume II (2^e partie) : rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

Les références à ces ouvrages et les extraits qui en sont donnés se rapportent au texte définitif des volumes de l'*Annuaire* paraissant sous forme de publications des Nations Unies.

*

* *

Les rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés par la Commission au cours de sa soixante-cinquième session, parus initialement sous forme reprographiée, sont reproduits dans le présent volume compte tenu des rectificatifs publiés par le Secrétariat et avec les modifications de forme qu'exige la présentation des textes.

A/CN.4/SER.A/2013/Add.1 (Part 1)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
<i>Numéro de vente</i> : F.18.V.4 ISBN 978-92-1-233534-6 e-ISBN 978-92-1-047207-4
ISSN 0497-9877 e-ISSN 2411-9849

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Abréviations et sigles	iv
Note concernant les citations	iv
Protection des personnes en cas de catastrophe (point 4 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/662.</i> Sixième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe, par M. Eduardo Valencia-Ospina, Rapporteur spécial.....	1
Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (point 5 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/661.</i> Deuxième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par M ^{me} Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale	39
Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (point 6 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/660.</i> Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, par M. Georg Nolte, Rapporteur spécial.....	57
Application provisoire des traités (point 7 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/664.</i> Premier rapport sur l'application provisoire des traités, par M. Juan Manuel Gómez Robledo, Rapporteur spécial	91
<i>Document A/CN.4/658.</i> Mémoire du Secrétariat	101
Formation et identification du droit international coutumier (point 8 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/663.</i> Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial.....	119
<i>Document A/CN.4/659.</i> Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet. Mémoire du Secrétariat	159
Répertoire des documents de la soixante-cinquième session	179

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
OMC	Organisation mondiale du commerce

*

* *

AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i> (Paris)
AJIL	<i>American Journal of International Law</i> (Washington)
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme, <i>Recueil des arrêts et décisions</i> . Tous les arrêts et décisions de la Cour, y compris non publiés dans la présente série, se trouvent dans la base de données sur la jurisprudence de la Cour (HUDOC), accessible sur le site Web de la Cour (www.echr.coe.int).
<i>C.I.J. Recueil</i>	Cour internationale de Justice, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i> . Tous les arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour sont également accessibles sur le site Web de la Cour (www.icj-cij.org).
<i>C.P.J.I. série A</i>	Cour permanente de Justice internationale, <i>Recueil des arrêts</i> (n ^{os} 1 à 24, jusqu'en 1930 inclus)
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i> (Washington)
ILR	<i>International Law Reports</i> (Cambridge)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris)
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i> (Paris)
<i>TIDM Recueil</i>	Tribunal international du droit de la mer, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i> , La jurisprudence du Tribunal est disponible sur son site Web : www.itlos.org .

*

* *

Dans le présent volume, par Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie il faut entendre le Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, et par Tribunal pénal international pour le Rwanda le Tribunal international chargé de juger les personnes accusées d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais accusés de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994.

*

* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

Sauf indication contraire, les citations extraites d'ouvrages en langue étrangère sont des traductions du Secrétariat.

Dans les citations, les mots ou passages en italique suivis d'un astérisque ne figurent pas en italique dans le texte original.

*

* *

Adresse Internet de la Commission du droit international : <http://legal.un.org/ilc/>.

PROTECTION DES PERSONNES EN CAS DE CATASTROPHE

[Point 4 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/662

Sixième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe, par M. Eduardo Valencia-Ospina, Rapporteur spécial

[Original: anglais]
[3 mai 2013]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	2
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	3
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-10 5
PRÉVENTION.....	11-162 6
A. Évolution du concept de réduction des risques de catastrophe.....	11-35 6
B. La prévention, principe du droit international	36-69 11
1. Droit des droits de l'homme	42-53 12
2. Droit de l'environnement.....	54-69 14
a) Devoir de diligence.....	61-65 15
b) Principe de précaution	66-69 17
C. Coopération internationale en matière de prévention	70-112 18
1. Instruments bilatéraux	76-81 19
2. Instruments multilatéraux	82-112 20
a) Instruments mondiaux	85-93 21
b) Instruments régionaux	94-112 23
D. Lois et politiques nationales	113-161 27
1. Prévention des risques	123-140 30
a) Évaluation des risques	124-130 30
b) Collecte et diffusion d'informations sur les risques	131-136 32
c) Mesures de contrôle de l'occupation des sols	137-140 32
2. Réduction des dommages	141-144 33
a) Normes de construction.....	142 33
b) Assurance	143-144 33
3. Préparation aux catastrophes	145-161 34
a) Cadre institutionnel	146-149 34
b) Financement.....	150 35
c) Planification préalable et éducation à l'échelon communautaire	151-152 35
d) Alerte rapide	153-161 36
E. Propositions de projets d'article.....	162 37

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention et statuts établissant une Union internationale de secours (Genève, 12 juillet 1927)	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 135, n° 3115, p. 247.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n° 1021, p. 277.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957)	Ibid., vol. 294, n° 4300, p. 3. Voir également la version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> , C 340, 10 novembre 1997, p. 173, et celle du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, C 306 (17 décembre 2007), p. 1.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, n° 14531, p. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (Londres, Mexico, Moscou et Washington, ouverte à la signature le 29 décembre 1972)	Ibid., vol. 1046, n° 15749, p. 121.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1987)	Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.
Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (Vienne, 22 mars 1985)	Ibid., vol. 1513, n° 26164, p. 293.
Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Montréal, 16 septembre 1987)	Ibid., vol. 1522, n° 26369, p. 3.
Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire (Vienne, 26 septembre 1986)	Ibid., vol. 1439, n° 24404, p. 275.
Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique (Vienne, 26 septembre 1986)	Ibid., vol. 1457, n° 24643, p. 133.
Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (Wellington, 2 juin 1988)	RGDIP, t. 93 (1989), p. 182.
Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1577, n° 27531, p. 3.
Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique (Bamako, 30 janvier 1991)	Ibid., vol. 2101, n° 36508, p. 177.
Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991)	Ibid., vol. 1989, n° 34028, p. 309.
Accord portant création de l'Organisme caraïbe d'intervention rapide en cas de catastrophe (Port of Spain, 26 février 1991)	Ibid., vol. 2256, n° 40212, p. 53.
Convention interaméricaine visant à faciliter l'apport d'assistance dans les cas de catastrophes (Santiago du Chili, 7 juin 1991)	Organisation des États américains, <i>Documents officiels</i> , OEA/Ser.A/49.
Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1936, n° 33207, p. 269.
Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (Helsinki, 17 mars 1992)	Ibid., vol. 2105, n° 36605, p. 457.
Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992)	Ibid., vol. 1771, n° 30822, p. 107.

Sources

- Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992) Ibid., vol. 1760, n° 30619, p. 79.
- Accord de coopération sur la prévision, la prévention et l'atténuation des effets des catastrophes naturelles et technologiques (Vienne, 18 juillet 1992) Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.biiicl.org/files/4299_cei_cooperation_agreement.pdf.
- Convention (n° 174) concernant la prévention des accidents industriels majeurs (Genève, 22 juin 1993) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1967, n° 33639, p. 231.
- Convention sur la sûreté nucléaire (Vienne, 20 septembre 1994) Ibid., vol. 1963, n° 33545, p. 293.
- Convention sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (Paris, 14 octobre 1994) Ibid., vol. 1954, n° 33480, p. 3.
- 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 n° 49 (A/51/49)*, vol. III, résolution 51/229, annexe.
- Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes (Amsterdam, 2 octobre 1997) *Journal officiel des Communautés européennes*, C 340, 10 novembre 1997, p. 1.
- Accord entre les gouvernements des États participants de l'Organisation de coopération économique de la mer Noire relatif à la collaboration en matière d'aide et d'intervention d'urgence en cas de catastrophe naturelle ou due à l'homme (Sotchi, 15 avril 1998) Disponible en ligne sur le site Web de l'Organisation de la coopération économique de la mer Noire, à l'adresse suivante : www.bsec-organization.org/UploadedDocuments/StatutoryDocumentsAgreements/Emergencyagreement071116.pdf.
- Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe (Tampere, 18 juin 1998) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2296, n° 40906, p. 5.
- Accord entre les États membres et membres associés de l'Association des États de la Caraïbe pour la coopération régionale en matière de catastrophes naturelles (Saint-Domingue, 17 avril 1999) Disponible sur le site Web de l'Association des États de la Caraïbe, à l'adresse suivante : www.acs-aec.org.
- Traité pour l'établissement de la Communauté d'Afrique de l'Est (Arusha, 30 novembre 1999) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2144, n° 37437, p. 255.
- Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile (Genève, 22 mai 2000) Ibid., vol. 2172, n° 38131, p. 213.
- Acte constitutif de l'Union africaine (Lomé, 11 juillet 2000) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2158, n° 37733, p. 3.
- Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence (Vientiane, 26 juillet 2005) *ASEAN Documents Series 2005*, p. 157.
- Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (Lisbonne, 13 décembre 2007) *Journal officiel de l'Union européenne*, C 306, 17 décembre 2007, p. 1.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- BANQUE MONDIALE
Analysis of Disaster Risk Management in Colombia: A Contribution to the Creation of Public Policies, Bogota, 2011.
- BARNIDGE, Robert Perry Jr.
«The due diligence principle under international law», *International Community Law Review*, vol. 8, n° 1 (2006), p. 81.
- BAUM, Marsha
When Nature Strikes: Weather Disasters and the Law, Westport, Connecticut, Praeger, 2007.
- BUREAU DES NATIONS UNIES POUR LA PRÉVENTION DES CATASTROPHES (UNISDR)
Early Warning Practices Can Save Lives: Selected Examples – Good Practices and Lessons Learned, Bonn, août 2010.
- CAMERON, Linda
«Environmental risk management in New Zealand: is there scope to apply a more generic framework?», *New Zealand Treasury Policy Perspectives Paper 06/06*, 2006.
- CONDORELLI, Luigi
«The imputability to States of acts of international terrorism», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 19 (1989), p. 233.
- DRAKOPOULOS, J. et S. TASSOS
«Earthquakes and their social, economic and legal implications», *Proceedings of the Seminar on Earthquake Preparedness, Athens, 11-14 January 1983*, Genève, Bureau du Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe, 1984.

- FARBER, Daniel A. et Jim CHEN
Disasters and the Law: Katrina and Beyond, New York, Aspen Publishers, 2006.
- FEINBERG, David L.
 «Hurricane Katrina and the public health-based argument for greater federal involvement in disaster preparedness and response», *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, vol. 13, n° 3 (2005-2006), p. 596.
- FISHER, David
Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study, Genève, Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2007.
- FRANCIS, Julian
 «Legal aspects of disaster management and rehabilitation: the recent Indian experience of the tsunami disaster», dans C. Raj Kumar et D. K. Srivastava (dir. publ.), *Tsunami and Disaster Management: Law and Governance*, Hong Kong, Sweet & Maxwell Asia, 2006, p. 243.
- FORTUN, Kim
 «Environmental right-to-know and the transmutations of law», dans A. Sarat et J. Lezaun (dir. publ.), *Catastrophe: Law, Politics and The Humanitarian Impulse*, Amherst/Boston, University of Massachusetts Press, 2009, p. 146.
- GARCIA, Márcio Pereira Pinto
 «Famine as a catastrophe: the role of international law», dans D. D. Caron et C. Leben (dir. publ.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, p. 229.
- GESTRI, Marco
 «EU Disaster response law: principles and instruments», dans A. de Guttry, M. Gestri et G. Venturini (dir. publ.), *International Disaster Response Law*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, p. 105.
- GREEN, Stephen
International Disaster Relief: Toward a Responsive System, New York, McGraw-Hill Book Company, 1977.
- HAND, Jacqueline
 «Disaster prevention presentation, from SCJIL symposium 2003», *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 1, n° 1 (2003), p. 147.
- HARDING, Ronnie et Elizabeth FISHER (dir. publ.)
Perspectives on the Precautionary Principle, Sydney, Federation Press, 1995.
- HESSBRUEGGE, Jan Arno
 «The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, n° 2/3 (2004), p. 265.
- KÄLIN, Walter et Claudine Haenni DALE
 «Disaster risk mitigation: why human rights matter», *Forced Migration Review*, n° 31 (octobre 2008), p. 38.
- KENT, George
 «The human right to disaster mitigation and relief», *Environmental Hazards*, vol. 3 (2001).
- KRIEBAUM, Ursula
 «Prevention of human rights violations», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, n° 2 (1997), p. 155.
- LA VACCARA, Alessandra
 «An enabling environment for disaster risk reduction», dans A. de Guttry, M. Gestri et G. Venturini (dir. publ.), *International Disaster Response Law*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, p. 199.
- MCINERNEY-LANKFORD, Siobhán, Mac DARROW et Lavanya RAJAMANI
Human Rights and Climate Change: A Review of the International Legal Dimensions, Washington, Banque mondiale, 2011.
- MORÉTEAU, Olivier
 «Catastrophic harm in United States law: liability and insurance», *American Journal of Comparative Law*, vol. 58 (2010), p. 69.
- NICOLETTI, Barbara
 «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States?», dans A. de Guttry, M. Gestri et G. Venturini (dir. publ.), *International Disaster Response Law*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, p. 177.
- NOWAK, Manfred
UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2^e édition révisée, Kehl, N. P. Engel, 2005.
- NOWAK, Manfred et Walter SUNTINGER
 «International mechanisms for the prevention of torture», dans A. Bloed, L. Leicht, M. Nowak et A. Rosas (dir. publ.), *Monitoring Human Rights in Europe*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 145.
- PISILLO-MAZZESCHI, Riccardo
 «The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States», *German Yearbook of International Law*, vol. 35 (1992), p. 9.
 «Forms of international responsibility for environmental harm», dans F. Francioni et T. Scovazzi (dir. publ.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, 1991, p. 15.
- ROMANO, P. R. Cesare
 «L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», dans D. D. Caron et C. Leben (dir. publ.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, p. 379.
- SAMUELS, J. W.
 «The relevance of international law in the prevention and mitigation of natural disasters», dans L. H. Stephens et S. J. Green (dir. publ.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, New York, New York University Press, 1979, p. 245.
- SUNSTEIN, Cass R.
Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle, New York, Cambridge University Press, 2005.
- SUTTON, Jeannette et Kathleen TIERNEY
 «Disaster preparedness: concepts, guidance and research», rapport établi pour la conférence «Assessing Disaster Preparedness» du Fritz Institute, à Sebastopol, Californie, les 3 et 4 novembre 2006.
- TROUWBORST, Arie
Precautionary Rights and Duties of States, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
 «The precautionary principle in general international law: combating the Babylonian confusion», *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 16, n° 2 (juillet 2007), p. 185.
- VAN BOVEN, Theo
 «Prevention of human rights violations», dans A. Eide et J. Helgesen (dir. publ.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World: Fifty Years since the Four Freedoms Address – Essays in Honour of Torkel Opsahl*, Oslo, Norwegian University Press, 1991, p. 183.

Introduction*

1. À la soixante-quatrième session de la Commission du droit international, en 2012, le Rapporteur spécial a soumis son cinquième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe¹. Il y faisait la synthèse des vues exprimées par les États et les organisations internationales sur les travaux menés jusqu'alors par la Commission et exposait sa position sur la question posée par la Commission dans son rapport sur les travaux de sa soixante-troisième session en 2011 : « Cette obligation de coopérer comprend-elle une obligation pour les États de fournir leur assistance à l'État affecté lorsqu'il la demande ? »² Il s'arrêtait sur l'obligation de coopérer et évoquait les conditions de la fourniture d'assistance et la question de la cessation de l'assistance. Le Rapporteur spécial y proposait par ailleurs les trois projets d'articles suivants : A (Obligation de coopérer)³, 13 (Conditions posées à la fourniture d'assistance)⁴ et 14 (Cessation de l'assistance)⁵.

2. Ayant examiné le cinquième rapport du Rapporteur spécial du 2 au 6 juillet 2012⁶, la Commission a renvoyé les trois projets d'article au Comité de rédaction, qui était également saisi du projet d'article 12 (Droit d'offrir son assistance), que le Rapporteur avait proposé dans son quatrième rapport⁷, et dont la Commission n'avait pu achever l'examen à sa soixante-troisième session, en 2011, faute de temps.

3. À la lumière des débats tenus par la Commission en plénière, le Comité de rédaction a adopté provisoirement les cinq projets d'articles supplémentaires suivants : 5 *bis* (Formes de coopération), 12 (Offres d'assistance), 13 (Conditions de fourniture de l'assistance extérieure), 14 (Facilitation de l'assistance extérieure) et 15 (Cessation de l'assistance extérieure).

* Le Rapporteur spécial exprime sa profonde gratitude à la Représentante spéciale du Secrétaire général pour la réduction des risques de catastrophe, Margareta Wahlstrom, ainsi qu'à son conseiller, Marco Toscano-Rivalta, qui lui ont prodigué soutien et encouragement. Il remercie également les personnes dont les noms suivent, qui ont concouru à l'élaboration du présent rapport : Matthias A. Braeunlich, doctorant de l'Institut de hautes études internationales et du développement (IHEID), Genève; Melissa Stewart, étudiante, Juris Doctor, spécialisation droit international, Georgetown University Law Center, Washington, et maîtrise de droit, Institut d'études politiques de Paris; Trent Buatte, étudiant, Juris Doctor, et Josh Doherty, étudiant, Juris Doctor et histoire, George Washington University Law School, Washington; Emika Tokunaga, doctorante, School of International Public Policy, Université d'Osaka; Amogh Basavaraj (maîtrise en droit et diplomatie, 2013), Amanda Mortwedt (maîtrise en droit, 2013), Katherine Conway (maîtrise en droit et diplomatie, 2013), Yang Fu (maîtrise en droit et diplomatie, 2014), Suparva Narasimhaiah (maîtrise en droit, 2012), The Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University, Medford, Massachusetts, États-Unis d'Amérique; et Paul R. Walegur, La Haye (Pays-Bas). Le Rapporteur spécial remercie par ailleurs le professeur Andrea de Guttry, de l'École supérieure Sant'Anna, Pise (Italie), directeur adjoint de la publication intitulée *International Disaster Response Law* (T.M.C. Asser Press, La Haye, 2012), qui a mis à sa disposition bien avant sa publication le texte des précieuses contributions que renferme cet ouvrage.

¹ *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/652.

² *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 44.

³ *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/652, par. 116.

⁴ *Ibid.*, par. 181.

⁵ *Ibid.*, par. 187.

⁶ *Ibid.*, vol. I, 3138^e à 3142^e séance, p. 55 à 99.

⁷ *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/643, par. 109.

4. Les cinq projets d'article avaient été proposés à la Commission en plénière dans le rapport d'ensemble que le Président du Comité de rédaction a présenté le 30 juillet 2012⁸. À cette séance, faute de temps pour rédiger et adopter les commentaires correspondants, la Commission a pris note des projets d'articles 5 *bis*, 12, 13, 14 et 15 adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction. Le texte en est reproduit dans un document de la Commission⁹ et dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-quatrième session¹⁰.

5. En novembre 2012, à la soixante-septième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné le chapitre du rapport annuel de la Commission consacré au cinquième rapport du Rapporteur spécial et a pris connaissance du débat auquel il avait donné lieu à la Commission, les projets d'articles 5 *bis*, 12, 13, 14 et 15, tels qu'adoptés par le Comité de rédaction, ayant spécialement retenu son attention. Certaines délégations se sont, quant à elles, essentiellement intéressées aux projets d'articles A, 12, 13 et 14 tels que le Rapporteur spécial les avait initialement proposés. Un résumé des débats à la Sixième Commission a été établi par le Secrétariat à la demande de l'Assemblée (résolution 67/92, du 14 décembre 2012, par. 32)¹¹.

6. Selon l'étude appuyant la recommandation tendant à l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission¹², l'accent serait mis sur « [l]es activités visant la prévention et l'atténuation des conséquences des catastrophes naturelles ainsi que [sur] la fourniture de secours humanitaires immédiatement après des catastrophes naturelles¹³ ». Toujours selon l'étude, la classification des principales activités entreprises dans ce domaine, telle qu'établie par la résolution 46/182 de l'Assemblée générale, en date du 19 décembre 1991, « rest[ait] en grande partie valable », celles-ci allant de la prévention et l'atténuation des catastrophes à la planification préalable, y compris grâce au renforcement des capacités d'alerte rapide¹⁴. Elle visait également les conclusions du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement en 2004, qui avait retenu la responsabilité de prévenir comme l'un des trois éléments spécifiques de la responsabilité générale de la communauté internationale, estimant qu'il s'agissait du « plus pertinent au regard du sujet à l'étude¹⁵ ». Ainsi, le champ d'application *ratione temporis* n'embrasserait « pas seulement les phases d'intervention lors de la catastrophe, mais aussi les phases pré- et postcatastrophe¹⁶ ». En outre, l'étude a retenu

⁸ *Annuaire... 2012*, vol. I, 3152^e séance, p. 189.

⁹ Document A/CN.4/L.812, reprographié.

¹⁰ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 56, par. 56, note de bas de page.

¹¹ Voir le résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-septième session (A/CN.4/657), par. 16 à 25.

¹² *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), annexe III, p. 216.

¹³ *Ibid.*, p. 216, par. 1.

¹⁴ *Ibid.*, p. 217, par. 6.

¹⁵ *Ibid.*, p. 218, par. 10; voir également A/59/565 et Corr.1.

¹⁶ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), annexe III, p. 221, par. 27.

les principes de prévention et d'atténuation au nombre des principes fondamentaux qui sous-tendent les activités contemporaines de protection des personnes en cas de catastrophe. Selon le premier principe, « [l]es États doivent revoir les législations et politiques existantes en vue d'intégrer des stratégies de réduction des risques de catastrophe dans tous leurs instruments juridiques, moyens d'action et outils de planification pertinents, aux échelons national et international, afin de parer à la vulnérabilité aux catastrophes ». Au nom du second principe, « [l]es États doivent prendre des mesures opérationnelles pour diminuer les risques de catastrophe aux échelons local et national en vue de réduire au minimum les effets d'une catastrophe naturelle à l'intérieur et au-delà de leurs frontières »¹⁷.

7. En 2008, dans son rapport préliminaire¹⁸, le Rapporteur spécial estimait que pour ce qui était de la question du champ d'application *ratione temporis* du sujet, « un point de vue général sembl[ait] indiqué en ce qui concern[ait] les phases qu'il faudrait prendre en compte pour aménager un espace juridique à part entière ». Il évoquait « la variété des questions particulières que soulève la fourniture de l'assistance dans toutes les phases successives d'une catastrophe, c'est-à-dire non seulement au moment de l'intervention, mais aussi dans les phases antérieures et postérieures à l'événement, au moment, d'une part, du travail de prévention et d'atténuation, et, d'autre part, du travail de restauration »¹⁹. En conclusion, il faisait observer que « [p]our être complets, [les travaux] [devaient] porter sur les trois phases des catastrophes, mais [qu']il semble[rait] légitime de s'intéresser plus particulièrement aux aspects touchant à la prévention et à l'atténuation des effets, ainsi qu'à la fourniture de l'assistance dans les suites immédiates d'une catastrophe »²⁰.

¹⁷ Ibid., p. 223, par. 34.

¹⁸ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/598.

¹⁹ Ibid., p. 159, par. 57.

²⁰ Ibid., p. 160, par. 66.

8. En 2009, dans son deuxième rapport²¹, le Rapporteur spécial avait suggéré de s'intéresser principalement, au stade initial des travaux, à la phase de la catastrophe proprement dite et à celle qui la suit immédiatement, et ce – soulignait-il – « sans préjudice de la possibilité pour la Commission d'examiner à un stade ultérieur la préparation aux catastrophes »²².

9. Faisant, en 2012, dans son cinquième rapport²³, la synthèse des observations générales formulées par la Sixième Commission lors de l'examen du rapport annuel de 2011 de la Commission, le Rapporteur spécial rappelait qu'il avait été jugé que le champ d'application proposé pour le projet d'articles était trop étroit au regard des événements que le texte devait envisager et qu'il devrait être étendu à une gamme plus large d'activités situées en amont de la catastrophe, telles que la réduction des risques, la prévention, la préparation et l'atténuation des effets²⁴. Toujours dans ce rapport, abordant la question de la coopération dans le domaine de la préparation, de la prévention et de l'atténuation des conséquences des catastrophes, le Rapporteur spécial faisait remarquer que « les conventions les plus récentes port[ai]ent essentiellement sur la prévention et la préparation et [n'étaient] plus axées au premier chef sur l'intervention en cas de catastrophe »²⁵.

10. À l'occasion de ses observations finales au terme du débat que la Commission a consacré en 2012 à son cinquième rapport, le Rapporteur spécial exprimait son intention de consacrer son rapport suivant aux questions de prévention, d'atténuation et de préparation en cas de catastrophe²⁶.

²¹ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/615.

²² Ibid., p. 201, par. 29.

²³ *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/652.

²⁴ Ibid., par. 15, citant une déclaration de la Pologne [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Sixième Commission, 21^e séance (A/C.6/66/SR.21)*, par. 84].

²⁵ Ibid., par. 114.

²⁶ *Annuaire... 2012*, vol. I, 3142^e séance, p. 99.

Prévention

A. Évolution du concept de réduction des risques de catastrophe

11. Prédécesseur de l'actuel Bureau de la coordination des affaires humanitaires (OCHA), le Bureau du Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe a été créé en 1971. Dès 1973, il avait lancé un projet de recherche qui déboucha sur la tenue, du 9 au 12 juillet 1979, d'une réunion d'un Groupe d'experts, rassemblant des scientifiques et des planificateurs spécialisés dans les grandes catastrophes naturelles d'origine météorologique, géologique et géophysique. S'arrêtant sur les catastrophes naturelles et les vulnérabilités des pays à ces catastrophes dans son rapport²⁷, le Groupe d'experts avait conclu que « compte tenu de la gravité des conséquences réelles et potentielles des catastrophes naturelles dont la portée est de plus en plus mondiale, il [faudrait] accorder

²⁷ Bureau du Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe, document UNDRP/EXPGRP/1.

une importance accrue à la planification et à l'organisation en prévision des catastrophes »²⁸.

12. Près d'une décennie plus tard, en 1987, l'Assemblée générale s'est intéressée spécialement à la prévention des catastrophes, faisant état de la multiplication des dégâts et pertes en vies humaines de plus en plus graves. Elle a reconnu dans sa résolution 42/169, du 11 décembre 1987, que « le système des Nations Unies a [vait] la responsabilité de promouvoir la coopération internationale dans l'étude des catastrophes naturelles d'origine géophysique et dans la mise au point de techniques permettant d'atténuer les dangers qui en résultent, ainsi que de coordonner les secours et les mesures de préparation et de prévention, y compris les systèmes de prévision et d'alerte rapide », et a décidé de proclamer les années 1990 Décennie internationale de la prévention des catastrophes

²⁸ Ibid., avant-propos.

naturelles. Elle a également arrêté cinq objectifs, dont ceux de «[d]iffuser des informations actuelles et nouvelles concernant les mesures à prendre pour évaluer, prévoir et prévenir les catastrophes naturelles» et de «[m]ettre au point des mesures pour évaluer, prévoir, prévenir les catastrophes naturelles et en atténuer les effets au moyen de programmes d'assistance technique et de transfert de technologie, de projets de démonstration et d'activités éducatives et formatrices conçus en fonction de risques majeurs spécifiques et des sites concernés, et évaluer l'efficacité de ces programmes».

13. Dans sa résolution 44/236, du 22 décembre 1989, l'Assemblée générale a adopté le Cadre international d'action pour la Décennie internationale de la prévention des catastrophes naturelles, consacrant une section aux mesures à prendre par le système des Nations Unies. Dans ce cadre, «[i]l est instamment demandé aux organes, organisations et organismes des Nations Unies d'accorder la priorité dans leurs activités opérationnelles, selon les besoins et de manière concertée, à la planification préalable, à la prévention des catastrophes naturelles ainsi qu'à l'organisation des secours et des efforts de relèvement à court terme». L'Assemblée générale avait estimé que «l'ensemble du système des Nations Unies a l'importante responsabilité de promouvoir la coopération internationale pour atténuer les effets des catastrophes naturelles, de fournir une assistance et de coordonner les secours et les mesures de préparation et de prévention».

14. Le 19 décembre 1991, un an après le début de la Décennie internationale, l'Assemblée générale a adopté la résolution de principe 46/182, qui contient en annexe des principes directeurs touchant l'aide humanitaire, la prévention, la planification préalable et la continuité entre la phase des secours et celle du relèvement du développement. Elle recommande que «[l]es gouvernements concernés, ainsi que la communauté internationale, [accordent] une attention particulière à la prévention des catastrophes et à la planification préalable dans ce domaine» (par. 8). Axées sur la prévention et la planification préalable, les sections II et III de l'annexe proposent des mesures particulières à prendre par la communauté internationale et les États.

15. La même année, l'Assemblée générale, constatant qu'environ 100 États avaient répondu à l'appel lancé aux États en 1989 pour qu'ils se donnent des stratégies nationales aux fins de la réalisation des objectifs de la Décennie, a approuvé la proposition de convoquer une conférence mondiale sur la prévention des catastrophes naturelles afin d'aider à mettre en œuvre le Cadre international d'action (voir la résolution 46/149 de l'Assemblée générale, du 18 décembre 1991, par. 3). L'Assemblée générale était convenue que cette conférence devait s'assigner pour objectif d'intensifier les mesures à prendre et les échanges, de «[f]aire mieux prendre conscience à l'opinion publique de l'importance des politiques en matière de prévention des catastrophes» (voir la résolution 48/188 de l'Assemblée générale, du 21 décembre 1993, par. 6), sachant le rôle que peut jouer la prévention des catastrophes pour améliorer l'organisation des opérations d'urgence en général et le renforcement des capacités pour la prévention et l'atténuation des catastrophes au niveau national.

16. La Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes naturelles s'est tenue à Yokohama (Japon) en 1994. S'inspirant de l'examen à mi-parcours de la Décennie, elle a débouché sur l'adoption de la Stratégie de Yokohama pour un monde plus sûr: Directives pour la prévention des catastrophes naturelles, la préparation aux catastrophes et l'atténuation de leurs effets, contenant les principes, la stratégie et le plan d'action²⁹. Dans le Message de Yokohama, les 148 États participants affirmaient que «la prévention des catastrophes, l'atténuation de leurs effets, la planification préalable et les opérations de secours concour[ai]ent à la mise en œuvre de politiques de développement durable et tiraient profit de telles politiques», recommandant aux États de «leur faire place dans leurs plans de développement et [de] veiller à ce qu'il y soit véritablement donné suite aux niveaux communautaire, national, sous-régional, régional et international³⁰», et demandant d'améliorer encore le concept d'alerte rapide³¹. Ils affirmaient que «[l]a prévention des catastrophes, l'atténuation de leurs effets et la planification préalable favoris[ai]ent la réalisation des buts et objectifs de la Décennie mieux que les interventions en cas de catastrophe. Celles-ci ne suffis[ai]ent pas elles seules³²». Pour le reste de la Décennie et au-delà, les États étaient instamment priés de procéder à «la mise en valeur et [au] renforcement des capacités nationales et, si nécessaire, des législations nationales relatives à la prévention des catastrophes naturelles et autres, à l'atténuation de leurs effets et à la planification préalable³³».

17. La Stratégie internationale de prévention des catastrophes a été lancée en 1999 dans le cadre du suivi de la Décennie internationale de la prévention des catastrophes naturelles et pour développer la Stratégie de Yokohama et son Plan d'action (voir la résolution 54/219 de l'Assemblée générale, du 22 décembre 1999). Selon le secrétariat qui a eu pour mission de superviser et de guider la Stratégie, celle-ci traduit le fait que l'accent traditionnellement placé sur les secours en cas de catastrophe a été déplacé et porte dorénavant sur l'atténuation des catastrophes et qu'elle a, en fait, pour but de promouvoir une «culture de prévention»³⁴. Cette déclaration concorde avec les principales résolutions de l'Assemblée générale concernant la Stratégie qui soulignent la nécessité d'une coopération internationale totale axée sur la prévention (voir les résolutions de l'Assemblée générale 54/219, du 22 décembre 1999, et 56/195, du 21 décembre 2001, respectivement).

18. En 2002, le Plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable a déclaré qu'«[u]ne approche intégrée, prenant en considération tous les risques et associant toutes les parties pour s'attaquer aux problèmes de vulnérabilité, d'évaluation des risques et de lutte contre les catastrophes, y compris la prévention, l'atténuation des effets, l'organisation préalable,

²⁹ Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes naturelles (Yokohama, 23-27 mai 1994) [A/CONF.172/9], chap. I, résolution 1, annexe I.

³⁰ Ibid., annexe II, par. 2.

³¹ Ibid., annexe I, par. 5.

³² Ibid., annexe II, par. 3.

³³ Ibid., par. 7 c.

³⁴ Bureau des Nations Unies pour la prévention des catastrophes, «What is the International Strategy?». Disponible à l'adresse suivante: www.unisdr.org/who-we-are/international-strategy-for-disaster-reduction.

les interventions en cas de catastrophes et les opérations de relèvement après les catastrophes, [était] un élément essentiel à la construction d'un monde plus sûr au XXI^e siècle³⁵».

19. Un an plus tard, en 2003, l'Agenda pour l'action humanitaire, adopté par la vingt-huitième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, a privilégié quatre domaines principaux, dont la réduction des risques et des effets des catastrophes naturelles et l'amélioration des mécanismes d'organisation préalable et d'intervention. L'objectif final 3.1 de l'Agenda était de «[r]econnaître l'importance de la réduction des risques liés aux catastrophes et [de] prendre des mesures pour réduire au minimum l'impact des catastrophes sur les populations vulnérables».

20. La même année, dans sa résolution 58/214, du 23 décembre 2003, l'Assemblée générale a pris note du rapport du Secrétaire général sur la mise en œuvre de la Stratégie internationale de prévention des catastrophes, qui soulignait que «la Stratégie internationale de prévention des catastrophes [devait] continuer à gagner en visibilité et en souplesse en tant qu'instrument destiné à réduire les risques et la vulnérabilité aux catastrophes naturelles et autres catastrophes écologiques et technologiques³⁶». À cet effet, le Secrétaire général envisageait de définir un «cadre d'orientation et de suivi des mesures de réduction des risques liés aux catastrophes³⁷». Ce nouveau cadre aurait pour objet «de mieux faire connaître les méthodes propres à réduire les risques de catastrophe et de renforcer leur efficacité en s'appuyant sur un processus fondé sur la participation et sur les activités en cours³⁸». Le Secrétaire général a conclu que «[l]a prévention des catastrophes [était] une démarche "sans regrets", potentiellement très utile, d'adaptation nationale aux changements climatiques» et encouragé l'intégration d'une évaluation des risques pour appuyer la nouvelle stratégie³⁹.

21. De plus, l'Assemblée générale a reconnu «qu'il import[ait] de s'employer d'urgence à développer davantage et à mettre à profit les connaissances scientifiques et techniques existantes pour réduire la vulnérabilité aux catastrophes naturelles⁴⁰». Elle a donc décidé «de convoquer en 2005 [...] une conférence mondiale sur la prévention des catastrophes visant à favoriser les échanges de vues spécialisés et à produire des changements et des résultats concrets [...]»⁴¹. Faisant fond sur la Stratégie de Yokohama et son Plan d'action ainsi que sur le Plan de mise en œuvre de Johannesburg⁴², la conférence s'est assigné pour objectif de «[m]ettre en commun les pratiques les plus efficaces et les enseignements tirés de l'expérience

pour contribuer à la prévention des catastrophes dans le contexte de la réalisation d'un développement durable, et [de] recenser les lacunes et les difficultés rencontrées» ainsi que de «[m]ieux faire comprendre l'importance des politiques de prévention des catastrophes [...]» et de «[f]aire en sorte que les informations ayant trait aux catastrophes naturelles soient plus fiables et que, dans toutes les régions, le public et les organismes de gestion des catastrophes aient davantage accès aux informations appropriées [...]»⁴³. L'Assemblée générale a souligné «qu'il import[ait] de repérer, d'évaluer et de gérer les risques avant que des catastrophes ne se produisent⁴⁴».

22. En 2005, les participants à la Réunion internationale chargée d'examiner la mise en œuvre du Programme d'action pour le développement durable des petits États insulaires en développement, organisée à Maurice, ont adopté la Déclaration de Maurice⁴⁵, dans laquelle ils soulignaient la nécessité de renforcer la protection à titre préventif des petits États insulaires en développement⁴⁶ et mettaient en avant la nécessité de mettre au point des mécanismes efficaces de réduction des risques de catastrophe et d'alerte rapide⁴⁷ ainsi que la nécessité d'accroître la résilience⁴⁸.

23. La Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes a eu lieu à Kobe, Hyogo (Japon), du 18 au 22 janvier 2005. Elle a adopté la Déclaration de Hyogo⁴⁹ et le Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015: Pour des nations et des collectivités résilientes face aux catastrophes⁵⁰. Le Cadre d'action de Hyogo se veut le premier plan qui explique et décrit en détail les tâches que doivent s'engager à mener à bien tous les secteurs et parties prenantes pour limiter les pertes dues aux catastrophes⁵¹, la Conférence offrant une «[o]ccasion exceptionnelle de promouvoir une approche stratégique et systématique de la réduction de la vulnérabilité et de l'exposition aux aléas⁵²». La Déclaration de Hyogo porte ce qui suit:

Nous reconnaissons également la nécessité de promouvoir à tous les niveaux, depuis le niveau individuel jusqu'au niveau international, une culture de la prévention des catastrophes et de la résilience face à celles-ci, ainsi que la mise en œuvre de stratégies préventives, qui représentent des investissements judicieux. Les sociétés humaines doivent apprendre à vivre avec le risque que font peser les aléas naturels. Toutefois, devant ce risque, nous sommes loin d'être impuissants et nous pouvons nous préparer à faire face aux catastrophes et à en atténuer l'impact. Nous pouvons et nous devons atténuer les préjudices causés par les divers aléas en faisant en sorte que nos sociétés soient moins vulnérables.

⁴³ Résolution 58/214 de l'Assemblée générale, du 23 décembre 2003, par. 7 c, d et e.

⁴⁴ Résolution 59/231 de l'Assemblée générale, du 22 décembre 2004, par. 11.

⁴⁵ *Rapport de la Réunion internationale chargée d'examiner la mise en œuvre du Programme d'action pour le développement durable des petits États insulaires en développement, Port-Louis (Maurice), 10-14 janvier 2005* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.II.A.4), chap. I, résolution 1, annexe I.

⁴⁶ *Ibid.*, par. 3, 4, 6 et 10.

⁴⁷ *Ibid.*, par. 6.

⁴⁸ *Ibid.*, par. 13.

⁴⁹ *Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes, Kobe (Hyogo, Japon), 18-22 janvier 2005 (A/CONF.206/6)*, chap. I, résolution 1.

⁵⁰ *Ibid.*, résolution 2.

⁵¹ Voir www.unisdr.org/we/coordinate/hfa.

⁵² *Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes (A/CONF.206/6)* [voir *supra* la note 49], chap. I, résolution 2, par. 1.

³⁵ *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable, Johannesburg (Afrique du Sud), 26 août-4 septembre 2002* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.03.II.A.1), chap. I, résolution 2, annexe, par. 37.

³⁶ A/58/277, par. 1.

³⁷ *Ibid.*, par. 17.

³⁸ *Ibid.*, par. 20.

³⁹ *Ibid.*, par. 59 et 60.

⁴⁰ Résolution 58/214 de l'Assemblée générale, du 23 décembre 2003, préambule.

⁴¹ *Ibid.*, par. 7.

⁴² *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable...* (A/CONF.199/20) [voir *supra* la note 35], chap. I, résolution 2, annexe.

Nous pouvons et nous devons renforcer la résilience des nations et des collectivités face aux catastrophes grâce à des systèmes d'alerte rapide centrés sur les populations, à l'évaluation des risques, à l'éducation et à d'autres démarches et activités multisectorielles intégrées visant à anticiper tous les aléas possibles au cours du cycle de prévention des catastrophes, qui comprend la prévention proprement dite, la préparation et l'intervention en cas d'urgence, ainsi que le relèvement et la remise en état. Les risques de catastrophe, les aléas et leur impact représentent une menace, mais la stratégie appropriée pour y faire face peut et devrait conduire à l'adoption de mesures visant à réduire les risques et les facteurs de vulnérabilité dans l'avenir⁵³.

24. Le Cadre d'action de Hyogo rappelle que ce sont les États, à titre individuel, qui ont la responsabilité première de prendre des mesures efficaces pour réduire les risques de catastrophe y compris de protéger les populations sur leur territoire⁵⁴, et reprend l'appel lancé dans le Plan de Johannesburg à l'effet que «[l]a réduction des risques, envisagée dans une optique globale prenant en considération tous les aléas, devrait faire partie intégrante des politiques, plans et programmes relatifs au développement durable ainsi qu'aux opérations de secours et aux activités de remise en état et de relèvement après les catastrophes et après les conflits dans les pays sujets aux catastrophes⁵⁵».

25. Le bilan de la mise en œuvre de la Stratégie de Yokohama a permis de relever des lacunes et des problèmes précis en tant que domaines prioritaires pour l'élaboration d'un cadre d'action indiqué pour la décennie 2005-2015 : a) gouvernance : cadre institutionnel, cadre législatif et cadre de politique générale ; b) mise en évidence, évaluation et surveillance des risques et alerte rapide ; c) gestion des connaissances et éducation ; d) réduction des facteurs de risque sous-jacents ; et e) préparation de plans d'intervention et de relèvement efficaces⁵⁶. Compte tenu des objectifs de la Conférence mondiale, au cours des dix prochaines années, il allait falloir s'employer à «[r]éduire de manière substantielle les pertes en vies humaines et les dommages subis par les collectivités et les pays sur les plans social, économique et environnemental à cause des catastrophes⁵⁷».

26. L'Assemblée générale a reconnu dans sa résolution 60/195, du 22 décembre 2005, que «le Cadre d'action de Hyogo compl[était] la Stratégie de Yokohama [...] et son Plan d'action» (préambule), et «[a] appel[é] à mieux intégrer la réduction des risques de catastrophe dans les politiques, plans et programmes de développement durable, à développer et à renforcer les institutions, mécanismes et capacités susceptibles de faciliter la récupération après une catastrophe, et à inclure systématiquement la réduction des risques dans les actions de prévention des catastrophes, de réponse aux catastrophes et de relèvement» (par. 3).

27. Dans sa résolution 61/200, du 20 décembre 2006, l'Assemblée générale a souligné au paragraphe 4

l'importance de la Déclaration de Hyogo et du Cadre d'action de Hyogo, ainsi que des mesures prioritaires que les États, les organisations régionales et internationales et les institutions financières internationales, ainsi que d'autres parties concernées, dev[ai]ent envisager et prendre

en vue de réduire les risques de catastrophe en tenant compte, s'il y a[vait] lieu, des situations et des capacités particulières et en gardant à l'esprit qu'il est essentiel de promouvoir une culture de la prévention des effets des catastrophes naturelles, notamment en consacrant des ressources adéquates à la réduction des risques de catastrophe, de s'atteler à la réduction de ces risques, notamment en planifiant à l'avance les secours au niveau local, et de remédier aux conséquences néfastes des catastrophes naturelles sur les efforts déployés pour appliquer les plans de développement national et les stratégies d'atténuation de la pauvreté, afin d'atteindre les objectifs de développement convenus au niveau international, notamment les objectifs du Millénaire pour le développement.

28. Dans sa résolution 61/198, du 20 décembre 2006, l'Assemblée générale a «[pris] note de la proposition de créer un dispositif mondial pour la réduction des risques de catastrophe, qui sera[it] l'organe successeur de l'Équipe spéciale interorganisations pour la prévention des catastrophes et, tenant compte de la mise en œuvre du Cadre d'action de Hyogo, décid[é] que le dispositif mondial aura[it] le même mandat que l'Équipe spéciale interorganisations pour la prévention des catastrophes» (par. 15). La Plateforme mondiale pour la réduction des risques de catastrophe a tenu trois sessions depuis lors – en 2007, 2009 et 2011 –, la quatrième devant se tenir en mai 2013. Les préparatifs et le suivi des sessions de la Plateforme mondiale ont été confiés au Bureau des Nations Unies pour la prévention des catastrophes, qui a été créé en 1999 à l'origine comme secrétariat interinstitutions de la Stratégie internationale de prévention des catastrophes (résolution 54/219 de l'Assemblée générale, du 22 décembre 1999).

29. Lors de la deuxième session de la Plateforme mondiale en 2009, les chefs d'État et de Gouvernement ont souligné «en termes crus et explicites l'importance cruciale de la réduction des risques de catastrophe pour la gestion des répercussions du changement climatique», les pays à risque précisant qu'ils donnaient désormais «la priorité à la réduction des risques de catastrophe et aspir[ai]ent à une progression rapide de la conception et de l'adoption des politiques et des stratégies pour atténuer leurs risques»⁵⁸.

30. Le rapport sur l'examen à mi-parcours du Cadre d'action de Hyogo évoque l'émergence d'«une volonté politique croissante en faveur de la réduction des risques de catastrophe [...] au cours des cinq dernières années», comme en a témoigné le débat thématique sur la réduction des risques de catastrophe organisé en 2011 par le Président de l'Assemblée générale, et à l'occasion duquel les États Membres ont demandé un renforcement des «activités de sensibilisation, une meilleure utilisation des expériences partagées, une planification préalable et une prévention [...]»⁵⁹. Le rapport fait état d'une volonté politique croissante au niveau national en faveur de la réduction des risques de catastrophe et de la réalisation des objectifs du Cadre d'action de Hyogo et indique que la prévention «est la priorité d'action dans laquelle les

⁵³ Ibid., chap. I, résolution 1, par. 3.

⁵⁴ Ibid., résolution 1, par. 4 ; et ibid., résolution 2, par. 13 b.

⁵⁵ Ibid., résolution 2, par. 13 c.

⁵⁶ Ibid., résolution 2, par. 9.

⁵⁷ Ibid., résolution 2, par. 11.

⁵⁸ Synthèse du Président sur les résultats de la deuxième session de la Plateforme mondiale pour la réduction des risques de catastrophe, par. 1 et 6, disponible à l'adresse suivante : www.unisdr.org/files/10750_ChairsSummaryGP2009FINALFrench.pdf.

⁵⁹ Stratégie internationale de prévention des catastrophes, *Cadre d'action de Hyogo 2005-2015 : Pour des nations et des collectivités résilientes face aux catastrophes. Examen à mi-parcours 2010-2011*, 2011, sect. 3.3. Disponible à l'adresse suivante : www.unisdr.org/files/18197_provisionalfrenchversionmidtermrevi.pdf.

gouvernements avaient eu le plus de «succès»⁶⁰». Le rapport souligne qu'au niveau régional le Cadre d'action de Hyogo «a entraîné un élan considérable de changement au niveau régional»⁶¹.

31. La troisième session de la Plateforme mondiale pour la réduction des risques de catastrophe s'est tenue en mai 2011, sur la base des conclusions de la deuxième session, organisée en 2009, des résultats de l'examen à mi-parcours et du *Bilan mondial 2011 sur la réduction des risques de catastrophe*, établi par la Stratégie internationale de prévention des catastrophes⁶². La Plateforme a estimé qu'il était essentiel de prendre des mesures pour inciter à investir dans la prévention et a constaté que peu d'États intégraient la prévention des catastrophes dans la planification de la reconstruction et du redressement⁶³. Selon la synthèse du Président, «[l]es discussions de la troisième session ont démontré que nous possédons actuellement les connaissances, les moyens et la volonté de faire de la réduction des risques de catastrophe une priorité nationale, locale et internationale»⁶⁴.

32. Dans sa résolution 66/199, du 22 décembre 2011, l'Assemblée générale a pris acte avec satisfaction des résultats de l'examen à mi-parcours du Cadre d'action de Hyogo et a constaté qu'il avait été confirmé que la Plateforme mondiale «était la principale instance mondiale pour la coordination des conseils stratégiques et la formation de partenariats pour la réduction des risques de catastrophe» (par. 4). Elle a également prié le secrétariat de la Stratégie internationale de prévention des catastrophes de «faciliter l'élaboration d'un cadre de réduction des risques de catastrophe au-delà de 2015» (par. 5).

33. Le Cadre d'action de Hyogo et la Stratégie internationale de prévention des catastrophes ont donné un nouvel élan aux initiatives régionales contraignantes et non contraignantes⁶⁵, axées sur la réduction des risques de catastrophe⁶⁶: ainsi l'Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence (2005)⁶⁷; le Plan d'action de Beijing pour l'atténuation des risques de catastrophe en Asie (2005); la Déclaration de Delhi sur la réduction des risques de catastrophe en Asie (2007); la Déclaration de Kuala Lumpur sur la réduction des risques

de catastrophe (2008); la quatrième Conférence ministérielle asiatique sur la réduction des risques de catastrophe (2010), laquelle a débouché sur la Déclaration d'Incheon sur la réduction des risques de catastrophe en Asie et dans le Pacifique (2010), la Feuille de route régionale d'Incheon et le Plan d'action pour la réduction des risques de catastrophe par l'adaptation aux changements climatiques en Asie et dans le Pacifique, réaffirmant le Cadre d'action et proposant des initiatives asiatiques en vue de l'adaptation au changement climatique et de la réduction des risques de catastrophe compte tenu de la vulnérabilité de la région⁶⁸; la Stratégie régionale africaine de prévention des catastrophes de l'Union africaine de 2004, suivie d'un programme d'action pour sa mise en œuvre (initialement pour la période 2005-2010, mais prolongé par la suite jusqu'en 2015)⁶⁹; les quatre sessions de la Plateforme régionale africaine pour la réduction des risques de catastrophe, dont la toute dernière s'est tenue en 2013⁷⁰; la Stratégie arabe pour la réduction des risques de catastrophe 2020 adoptée par le Conseil des ministres arabes chargés de l'environnement à sa vingt-deuxième session en décembre 2010⁷¹; et, enfin, le Communiqué de Nayarit sur les mesures à prendre pour renforcer la réduction des risques de catastrophe dans les Amériques (2011)⁷².

34. Les progrès accomplis dans le domaine des changements climatiques ont permis de réduire les risques de catastrophe, singulièrement au sein du Cadre de l'adaptation de Cancún afin de renforcer les initiatives en faveur de l'adaptation, de s'efforcer de réduire les vulnérabilités et d'améliorer la résilience dans les pays en développement, en tenant dûment compte du Cadre d'action de Hyogo (FCCC/CP/2010/7/Add.1, par. 14 e). En outre, dans le document final de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, intitulé «L'avenir que nous voulons», adopté en 2012, les chefs d'État et de gouvernement et les représentants de haut niveau ont réaffirmé leur engagement envers le Cadre d'action de Hyogo⁷³. Ils ont appelé à «prendre de toute urgence des mesures visant à atténuer les risques de catastrophe et à accroître la résilience [...] pour qu'à l'avenir ces considérations soient prises en compte [...] dans les politiques, plans, programmes et budgets à tous les niveaux ainsi que par les instances compétentes»⁷⁴.

35. Les États ont mis en œuvre le Cadre d'action de Hyogo en faisant une place à la réduction des risques

⁶⁰ Ibid., sect. 3.1, priorité d'action 5.

⁶¹ Ibid., sect. 3.2.

⁶² *Global Assessment Report on Disaster Risk Reduction*, Genève, 2011; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.preventionweb.net/english/hyogo/gar/2011/en/home/download.html.

⁶³ Synthèse du Président relative à la troisième session de la Plateforme mondiale pour la réduction des risques de catastrophe et à la Conférence mondiale sur la reconstruction, Genève, 8-13 mai 2011, par. 8.5 et 9.1; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.preventionweb.net/files/20102_revisedchairsummaryfrenchreverl.pdf.

⁶⁴ Ibid., par. 4.

⁶⁵ Déjà préconisée en 1991, la mise en place de dispositifs nationaux de prévention des catastrophes a été demandée par le Conseil économique et social au paragraphe 9 de sa résolution 1999/63, ainsi que par l'Assemblée générale au paragraphe 10 de sa résolution 56/195, du 21 décembre 2001, et au paragraphe 3 de sa résolution 58/215, du 23 décembre 2003.

⁶⁶ Pour un aperçu, voir également la résolution 59/231 de l'Assemblée générale, du 22 décembre 2004.

⁶⁷ L'Accord de l'ASEAN est le premier traité international sur la réduction des risques de catastrophe consécutif à l'adoption du Cadre d'action de Hyogo.

⁶⁸ Pour le texte de la Déclaration d'Incheon, voir www.unisdr.org/we/inform/publications/16327.

⁶⁹ *Programme d'action élargi pour la mise en œuvre de la Stratégie régionale africaine sur la prévention des risques de catastrophe (2006-2015) et Déclaration de la deuxième Conférence ministérielle africaine sur la prévention des risques de catastrophe, 2010*, introduction; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.unisdr.org/files/19613_bookletpoafrench.pdf.

⁷⁰ Bureau des Nations Unies pour la prévention des catastrophes, «Africa seeks united position on disaster risk reduction» (13 février 2013); disponible en ligne à l'adresse suivante: www.unisdr.org/archive/31224.

⁷¹ Pour le texte de la Stratégie, voir www.preventionweb.net/files/18903_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf (en anglais).

⁷² Pour le texte du Communiqué, voir www.unisdr.org/files/18603_communiqnenayarit.pdf (en anglais).

⁷³ Résolution 66/288 de l'Assemblée générale, du 27 juillet 2012, annexe, par. 186.

⁷⁴ Ibid.

de catastrophe dans leurs politiques et cadres législatifs nationaux. Lors de l'examen de 2011 de la mise en œuvre au niveau international des politiques et cadres législatifs nationaux pour la réduction des risques de catastrophe, effectué sur la base de mécanismes d'auto-évaluation non exclusifs, de nombreux États ont indiqué qu'ils avaient intégré la réduction des risques de catastrophe dans leurs plans de développement⁷⁵.

B. La prévention, principe du droit international

36. À ce stade, il semble approprié au Rapporteur spécial de rappeler que son approche dualiste constitue la trame de l'étude du sujet. À l'exemple de la phase de la catastrophe proprement dite, celle précédant la catastrophe suppose des droits et des obligations d'ordre horizontal (les droits et obligations réciproques des États et de la communauté internationale) et vertical (les droits et obligations de l'État vis-à-vis des personnes se trouvant sur son territoire ou sous son contrôle). Le Rapporteur spécial évoquait dans son cinquième rapport les obligations réciproques des États et de la communauté internationale avant la catastrophe à propos du devoir de coopérer dans le domaine de la préparation, de la prévention et de l'atténuation des conséquences des catastrophes⁷⁶. On retiendra aussi l'obligation de prévenir les dommages transfrontières au nombre des droits et obligations réciproques des États avant la catastrophe⁷⁷. Néanmoins, comme il est dit dans le mémoire du Secrétariat sur la protection des personnes en cas de catastrophe, « la prévention est plus étroitement liée à l'obligation primordiale de prévenir toute atteinte à la population, aux biens et à l'environnement en général⁷⁸ ».

37. Ainsi qu'il ressort de l'historique proposé dans la section qui précède, la prévention, la préparation et l'atténuation se sont de longue date invitées dans le débat sur l'atténuation des effets des catastrophes naturelles et, plus récemment, sur la réduction des risques de catastrophe. Ces deux concepts s'entendant généralement de mesures à prendre avant toute catastrophe⁷⁹. Comme le Secrétariat l'a si bien dit dans son mémoire, « [l]es activités de prévention, d'atténuation et de préparation se situent à différents moments dans la séquence des mesures prises avant une catastrophe⁸⁰ ».

38. Faisant partie intégrante de la gestion des catastrophes ou des situations d'urgence, la préparation se

définit comme l'« [o]rganisation et [la] gestion des ressources et des responsabilités pour traiter tous les aspects de l'urgence, notamment la préparation, l'intervention et les premiers pas vers le redressement⁸¹ ». Dès 1983, on y a vu une mesure indiquée pour faire face aux tremblements de terre⁸². Érigée en domaine d'intérêt de la Décennie internationale de la prévention des catastrophes naturelles, la préparation préalable aux catastrophes a fait l'objet d'un programme de formation à la gestion des catastrophes organisé par le Programme des Nations Unies pour le développement, qui en a explicité le concept en 1994. On verra dans la préparation un élément essentiel des secours internationaux. Ainsi, par son objectif, la préparation préalable est étroitement liée à la survenue de catastrophes⁸³. Comme l'a conclu le Secrétariat, « [l]a préparation désigne les mesures prises à l'avance en vue d'une intervention efficace, telles que les mécanismes d'alerte rapide et l'évacuation temporaire de la population et des biens⁸⁴ ». Dans le temps, la préparation s'étale sur deux périodes de la réduction des risques de catastrophe et de la gestion des catastrophes, à savoir les phases pré- et postcatastrophe. La préparation a pour seul but de permettre d'intervenir efficacement et de pourvoir à un relèvement plus rapide en cas de catastrophe. Elle vise également à former les personnes appelées à intervenir au maniement des ressources nécessaires. La préparation aux catastrophes recouvre d'ordinaire des activités comme l'établissement de procédures de planification pour préparer les acteurs à intervenir, l'élaboration de plans d'intervention en cas de catastrophe, l'entreposage des ressources nécessaires à une intervention efficace et la formation des compétences nécessaires à l'exécution efficace des tâches⁸⁵. Selon la Federal Emergency Management Agency des États-Unis d'Amérique, la préparation préalable aux catastrophes s'entend d'un cycle continu de planification, d'organisation, de formation, d'équipement, d'exercice, d'évaluation et d'adoption de mesures correctives dans l'intérêt de l'efficace coordination des interventions⁸⁶.

39. La plupart des instruments relatifs à la réduction des risques de catastrophe rapprochent souvent atténuation des effets des catastrophes et préparation⁸⁷. L'Assemblée générale a assigné à la Décennie internationale de la prévention des catastrophes naturelles entre autres objectifs celui de « [r]endre chaque pays mieux à même d'atténuer rapidement et efficacement les effets des catastrophes naturelles⁸⁸ ». Pour ce qui est des mesures concrètes à prendre, l'atténuation s'entend de l'adoption de mesures

⁷⁵ Voir la compilation des rapports nationaux sur le suivi de la mise en œuvre du Cadre d'action de Hyogo (2009-2011), priorité 1, indicateur de base 1.1. Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority1-1%282009-2011%29.pdf.

⁷⁶ *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/652, par. 114 et 115.

⁷⁷ Voir le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 159, par. 98.

⁷⁸ Mémoire du Secrétariat, document A/CN.4/590 et Add.1 à 3 [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session ; le texte définitif sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie)], par. 24.

⁷⁹ Résolution 42/169 de l'Assemblée générale, du 11 décembre 1987, par. 4 a.

⁸⁰ Mémoire du Secrétariat, document A/CN.4/590 et Add.1 à 3 (voir *supra* la note 78), par. 27.

⁸¹ Stratégie internationale de prévention des catastrophes des Nations Unies (UNISDR), *Terminologie pour la prévention des risques de catastrophe*, Genève, 2009, p. 19 ; disponible en ligne à l'adresse suivante : www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologyFrench.pdf.

⁸² Drakopoulos et Tassos, « Earthquakes and their social, economic and legal implications », p. 183.

⁸³ Résolution 46/182 de l'Assemblée générale, du 19 décembre 1991, annexe, par. 18.

⁸⁴ Mémoire du Secrétariat, document A/CN.4/590 et Add.1 à 3 (voir *supra* la note 78), par. 27.

⁸⁵ Sutton et Tierney, « Disaster preparedness: concepts, guidance and research ».

⁸⁶ Voir <https://training.fema.gov/programs/emischool/el361toolkit/preventionresources.htm>.

⁸⁷ Résolution 46/182 de l'Assemblée générale, du 19 décembre 1991, annexe, sect. III.

⁸⁸ Résolution 44/236 de l'Assemblée générale, du 22 décembre 1989, annexe, par. 2 a.

spécifiques, structurelles ou non, destinées à limiter les effets négatifs des catastrophes⁸⁹.

40. Comme, par définition, atténuation et préparation consistent à prendre des mesures avant le déclenchement de toute catastrophe, on peut à juste titre y voir des manifestations spécifiques du principe premier de prévention, au cœur du droit international. La Charte des Nations Unies l'a ainsi consacré en assignant à l'Organisation des Nations Unies pour but premier de « [m]aintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces contre la paix⁹⁰ ». En 2001, dans son projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission a examiné « le principe bien établi de prévention » dans le contexte de cet aspect international des catastrophes causées par l'homme⁹¹. Se référant expressément à la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)⁹², à la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁹³ et à la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale, du 15 décembre 1972⁹⁴, la Commission concluait que

[l']importance du principe de la prévention des dommages transfrontières à l'environnement, aux personnes et aux biens [était] consacrée par de nombreux traités multilatéraux concernant la protection de l'environnement, les accidents nucléaires, les objets spatiaux, les cours d'eau internationaux, la gestion des déchets dangereux et la prévention de la pollution des mers⁹⁵.

41. L'existence d'une obligation juridique internationale de prévention des dommages, dans ses dimensions horizontale et verticale (voir *supra* le paragraphe 36), est reconnue par le droit des droits de l'homme et le droit de l'environnement.

1. DROIT DES DROITS DE L'HOMME

42. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a souligné que « [l]es États [étaient] universellement et constamment tenus d'assurer la protection des personnes qui se trouvent sur leur territoire par les divers instruments internationaux et le droit international coutumier relatifs aux droits de l'homme⁹⁶ ». Il a rappelé en outre que « chacun des droits de l'homme [était] censé comporter trois niveaux d'obligation pour l'État⁹⁷ » : obligation de ne pas faire (c'est-à-dire s'abstenir de toute violation), obligation de protéger (c'est-à-dire protéger les détenteurs de droits de toute violation de la part de tiers) et obligation de faire (c'est-à-dire prendre des mesures positives pour renforcer

l'accès au droit)⁹⁸. Toutefois, la protection ne concerne pas les seules violations effectives des droits de l'homme ; elle emporte également pour l'État l'obligation de prévenir toute violation⁹⁹.

43. Cette obligation positive de prévenir les violations des droits de l'homme est expressément consacrée par l'article premier de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et l'article 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

44. Par ailleurs, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques met à la charge de l'État l'obligation positive de respecter et de garantir les droits de l'homme pour tous les individus relevant de ses compétences, sans distinction aucune¹⁰⁰. Les paragraphes 2 et 3 *a* et *b* de l'article 2 du Pacte consacrent l'obligation de prendre les mesures voulues pour atténuer les conséquences des violations des droits de l'homme. On a pu dire du paragraphe 2 de l'article 2 qu'il prescrit de prendre des mesures préventives pour garantir les conditions nécessaires à la libre jouissance des droits consacrés par le Pacte¹⁰¹. On a également pu dire que prévenir les atteintes aux droits de l'homme, c'est au fond identifier et éliminer les causes profondes des atteintes à ces droits¹⁰². S'agissant de la torture, on a fait observer que la violation du droit de ne pas être torturé constitue le dernier maillon d'une longue chaîne qui voit le jour dès que la dignité humaine est bafouée ; pour la prévenir, il faut déterminer les maillons de la chaîne de la torture et briser la chaîne avant qu'elle n'atteigne le dernier maillon¹⁰³.

45. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a édicté à la charge de l'État l'obligation expresse de prendre des mesures raisonnables pour prévenir toutes violations des droits de l'homme en ces termes :

Ce devoir de prévention consiste à mettre en œuvre tous les moyens, juridiques, politiques, administratifs et culturels, permettant de promouvoir la protection des droits de l'homme et de garantir que toute violation soit considérée et traitée comme un acte illégal qui, en tant que tel, peut entraîner des sanctions contre les responsables et l'obligation de dédommager les victimes. Il est impossible d'établir une liste détaillée de toutes ces mesures car elles varient selon le droit interne et la situation de chaque État partie¹⁰⁴.

46. Toujours dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a donné comme exemples de droits de l'homme d'intérêt particulier en cas de catastrophe : le droit à la vie, le droit à l'alimentation, le droit à la santé et aux soins médicaux, le droit à l'eau, le droit à un logement, à des vêtements et à des services d'assainissement convenables et le

⁸⁹ Voir Stratégie internationale de prévention des catastrophes, *Living with Risk: A Global Review of Disaster Reduction Initiatives, 2004 version*, vol. I (publication des Nations Unies, numéro de vente : G.V.E.03.02), p. 17.

⁹⁰ Charte des Nations Unies, Art. 1, par. 1.

⁹¹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 159, paragraphe 4 du commentaire général.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*, paragraphe 3 du commentaire général.

⁹⁴ *Ibid.*, paragraphe 4 du commentaire général.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 160, paragraphe 5 du commentaire général.

⁹⁶ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/598, p. 153, par. 25.

⁹⁷ *Ibid.*, par. 26.

⁹⁸ Voir Fisher, *Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*, p. 34.

⁹⁹ Van Boven, « Prevention of human rights violations », p. 191.

¹⁰⁰ Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, p. 37, art. 2, par. 18.

¹⁰¹ Kriebaum, « Prevention of human rights violations », p. 156.

¹⁰² Nowak et Suntinger, « International mechanisms for the prevention of torture », p. 146.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988, série C n° 4, par. 175 ; voir également le paragraphe 174.

droit de ne pas être victime de discrimination¹⁰⁵. La protection de ces droits en cas de catastrophe s'étend à l'adoption de mesures pour en prévenir et en atténuer les effets. Par ailleurs, chacun de ces droits doit être rapproché de l'obligation de «respecter et [de] garantir» mise à la charge de l'État¹⁰⁶. L'obligation de respecter prescrit à l'État de ne prendre aucune mesure qui aurait pour effet d'empêcher l'individu d'exercer ou de réaliser ses droits. L'obligation de garantir prescrit à l'État de prendre des mesures positives pour veiller à ce que les autorités de l'État et les tiers ne violent pas les droits d'autrui. Ainsi, de l'obligation universelle faite à l'État de garantir des droits tels que le droit à la vie, le droit à l'alimentation, le droit à des vêtements et le droit à un logement dérive une obligation internationale de prévenir les catastrophes et d'en atténuer les effets. Cette obligation internationale, qui trouve son fondement dans le droit des droits de l'homme, a été consacrée dès 1978¹⁰⁷.

47. L'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit la privation arbitraire de la vie, prescription qui comporte l'obligation pour l'État de protéger effectivement le droit à la vie. Le Comité des droits de l'homme a déjà indiqué que l'article 6 prescrit à l'État de prévenir certaines catastrophes prévisibles qui peuvent menacer la vie. Dans son observation générale interprétant l'article 6, il déclare qu'il est souhaitable que les États prennent des mesures pour réduire la mortalité, notamment des mesures pour «éliminer la malnutrition et les épidémies¹⁰⁸». Ici, le Comité a clairement à l'esprit notamment les cas extrêmes de malnutrition (par exemple, la famine) qui entreraient dans la définition du terme «catastrophe» adoptée par la Commission dans le projet d'article 3¹⁰⁹. Par ailleurs, les droits garantis par le Pacte vont de pair avec ceux consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme. Selon l'article 3 de la Déclaration, «[t]out individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne»¹¹⁰. L'article 25 porte quant à lui en son paragraphe 1 que

¹⁰⁵ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/598, p. 153, par. 26.

¹⁰⁶ Voir par exemple le paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁰⁷ Voir Samuels, «The relevance of international law in the prevention and mitigation of natural disasters», p. 245 et 248 («Au minimum, le droit reconnu à un niveau de vie suffisant, y compris à l'alimentation, à des vêtements et au logement, doit comporter l'obligation pour tout État d'aider tout autre État en cas de catastrophe naturelle, l'obligation pour l'État de se préparer à assurer des secours en cas de catastrophe sur son propre territoire et de prendre des mesures préventives pour atténuer les souffrances découlant des catastrophes naturelles»). Voir également Hand, «Disaster prevention presentation, from SCJIL symposium 2003», p. 147 et 159 à 161.

¹⁰⁸ Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 40 (A/37/40)*, annexe V, observation générale n° 6 (article 6), p. 104, par. 5 («De plus, le Comité a noté que le droit à la vie a été trop souvent interprété de façon étroite. L'expression «le droit à la vie [...] inhérent à la personne humaine» ne peut pas être entendue de façon restrictive et la protection de ce droit exige que les États adoptent des mesures positives. À cet égard, le Comité estime qu'il serait souhaitable que les États parties prennent toutes les mesures possibles pour diminuer la mortalité infantile et pour accroître l'espérance de vie, en particulier des mesures permettant d'éliminer la malnutrition et les épidémies»).

¹⁰⁹ Pour un exposé sur la famine et la malnutrition en tant que catastrophe, voir García, «Famine as a catastrophe: the role of international law», p. 229.

¹¹⁰ Résolution 217 (III) de l'Assemblée générale, du 10 décembre 1948.

[t]oute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté¹¹¹.

Il va sans dire que les catastrophes constituent des situations dans lesquelles toute personne peut être confrontée à des «circonstances indépendantes de sa volonté¹¹²».

48. En outre, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels consacre au paragraphe 1 de son article 11 «le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence». En cas de catastrophe, l'État est tenu de garantir le niveau de vie de tous en atténuant les effets¹¹³. Cette obligation de secours en cas de catastrophe a déjà été affirmée en 1977, également en considération de l'intérêt économique, social et politique qu'ont tous les pays d'atténuer rapidement les effets des catastrophes sur l'homme partout dans le monde¹¹⁴. Bien entendu, le régime du Pacte est susceptible de réalisation progressive¹¹⁵, ce qui veut dire que l'obligation faite à l'État de donner effet à l'article 11 est en partie fonction de son niveau de développement économique¹¹⁶.

49. La Convention relative aux droits de l'enfant consacre aussi «le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social¹¹⁷», les États parties à la Convention étant tenus de prendre «les mesures appropriées» pour aider les parents à mettre en œuvre ce droit, «notamment en ce qui concerne l'alimentation»¹¹⁸.

50. L'existence de l'obligation d'atténuer les effets des catastrophes a été récemment évoquée relativement aux changements climatiques, s'agissant en particulier de dégager une série restreinte de seuils minima ou de normes des droits de l'homme fondamentaux à prendre en compte face aux changements climatiques¹¹⁹. En outre,

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Kent, «The human right to disaster mitigation and relief», p. 137.

¹¹³ À l'appui de la thèse selon laquelle ce droit de l'homme suppose au préalable l'obligation d'atténuer les effets des catastrophes, voir Nicoletti, «The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States?», p. 194. Voir aussi Hand, «Disaster prevention presentation...», p. 147 et 159.

¹¹⁴ Green, *International Disaster Relief: Toward a Responsive System*, p. 66.

¹¹⁵ Voir art. 2.

¹¹⁶ La réalisation progressive n'est pas contraire au concept de prévention en droit international. Il ressort du commentaire relatif au projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses de la Commission que «[l]e niveau économique des États est un des facteurs à prendre en considération pour déterminer si un État s'est acquitté de son devoir de diligence» et qu'«il ne saurait être mis en avant pour exonérer l'État de l'obligation que lui imposent les présents articles», *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 166, paragraphe 13 du commentaire relatif à l'article 3.

¹¹⁷ Art. 27, par. 1.

¹¹⁸ Art. 27, par. 3.

¹¹⁹ McInerney-Lankford, Darrow et Rajamani, *Human Rights and Climate Change: A Review of the International Legal Dimensions*, p. 30.

s'agissant de la préparation, on a soutenu que le droit de la santé publique «recommande d'adopter des lois qui encouragent ou prescrivent la préparation préalable aux catastrophes naturelles¹²⁰».

51. Une jurisprudence internationale récente a retenu la solution exposée dans la présente section, la Cour européenne des droits de l'homme ayant expressément reconnu que le droit à la vie prescrit à l'État de prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir les catastrophes, qu'elles soient naturelles ou causées par l'homme¹²¹. Dans deux arrêts de principe, la Cour a jugé que la non-adoption de mesures susceptibles de prévenir ou d'atténuer les effets de catastrophes prévisibles constituait une violation du droit à la vie et engageait par conséquent la responsabilité de l'État au regard du droit international¹²². Dans l'affaire *Öneryıldız*, une explosion de gaz de méthane dans un dépôt d'ordures public, situé sur une côte surplombant une vallée à Istanbul, a enseveli 10 taudis situés à proximité du dépôt, tuant 39 personnes. Les experts avaient averti les autorités turques du risque d'une telle explosion deux années plus tôt mais aucune mesure n'avait été prise. Dans l'affaire *Boudaïeva*, une coulée de boue s'est abattue sur une ville en zone montagneuse en Fédération de Russie, tuant plusieurs personnes et détruisant de nombreux bâtiments. Gravement endommagées par des coulées de boue particulièrement fortes survenues en 1999, les digues de retenue qui protégeaient la ville n'avaient jamais été réparées malgré les avertissements de l'institut météorologique d'État. Deux semaines avant la coulée de boue, l'institut avait informé le Ministère de l'organisation des secours aux sinistrés du danger imminent d'une nouvelle catastrophe, demandant d'aménager des points d'observation en amont du fleuve et de donner l'alerte en cas de besoin. Aucune des mesures proposées n'a été prise.

52. Interprétant l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), qui garantit le droit à la vie en des termes presque identiques à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Cour déclare dans son arrêt en l'affaire *Öneryıldız* que le droit à la vie «ne concerne pas exclusivement les cas de mort d'homme résultant de l'usage de la force par des agents de l'État mais implique aussi [...] l'obligation positive pour les États de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction» et souligne que «[c]ela implique pour l'État un devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne»¹²³. Dans son arrêt de 2008 en l'affaire *Boudaïeva*, la Cour conclut en ces termes :

¹²⁰ Feinberg, «Hurricane Katrina and the public health-based argument for greater federal involvement in disaster preparedness and response», p. 598.

¹²¹ Voir Kälin et Dale, «Disaster risk mitigation: why human rights matter», p. 38.

¹²² Voir Cour européenne des droits de l'homme, *Öneryıldız c. Turquie* [GC], n° 48939/99, CEDH 2004-XII; et *Boudaïeva et autres c. Russie*, nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02, CEDH 2008 (extraits).

¹²³ *Öneryıldız c. Turquie*, par. 71, et *Boudaïeva et autres c. Russie*, par. 129 (voir note précédente).

Dans le domaine des secours d'urgence où l'État s'implique directement dans la protection des vies humaines en procédant à l'atténuation des catastrophes naturelles, toutes ces considérations devraient trouver à s'appliquer dans la mesure où les circonstances d'un cas particulier montrent l'imminence d'une telle catastrophe clairement identifiable et surtout lorsqu'il s'agit d'une calamité récurrente frappant une zone particulière d'habitation ou d'utilisation par l'homme [...]. L'étendue des obligations positives imputables à l'État dans une situation particulière dépend de l'origine de la menace et de la possibilité d'atténuation de tel ou tel risque¹²⁴.

53. L'État engage donc sa responsabilité dès lors qu'il néglige le devoir qui lui incombe de prendre des mesures préventives en présence d'une catastrophe naturelle clairement identifiable sachant qu'il a des moyens efficaces d'atténuer les risques¹²⁵. Ces deux décisions concernant le devoir de prévenir et d'atténuer les effets des catastrophes sont dignes d'intérêt pour diverses raisons. Premièrement, la Cour édicte la même obligation en présence de catastrophe naturelle ou causée par l'homme. Deuxièmement, la Cour retient la responsabilité de la Turquie et de la Fédération de Russie faute par elles d'avoir pris des «mesures appropriées» pour prévenir le dommage, ce qui renvoie à l'obligation faite à l'État dans divers instruments internationaux de prendre les mesures «appropriées» ou «nécessaires» pour réduire les risques de catastrophe. Troisièmement, ces affaires donnent à entendre que le devoir s'impose à l'État lorsqu'une catastrophe devient prévisible, ce qui rappelle l'exigence de prévisibilité inhérente au principe de diligence voulue¹²⁶.

2. DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

54. L'État a pour obligation de ne pas causer de dommage à l'environnement en général et de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ne causent pas de dommages à l'environnement dans des zones relevant d'autres juridictions nationales. Le devoir de prévention en droit international de l'environnement englobe ces deux obligations¹²⁷. Le principe de prévention en matière environnementale repose sur l'adage de la *common law*: *sic utere tuo ut alienum non laedas* («use de ton propre bien de manière à ne pas porter préjudice au bien d'autrui»). Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'*Affaire du Détroit de Corfou*, ce principe bien établi en droit international¹²⁸ a été invoqué dès 1941 dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*¹²⁹. Il sera énoncé clairement pour la première fois en droit international de l'environnement dans la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, dont le principe 21 se lit comme suit :

Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur

¹²⁴ *Boudaïeva et autres c. Russie*, nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02, par. 137, CEDH 2008 (extraits).

¹²⁵ Kälin et Dale, «Disaster risk mitigation: why human rights matter», p. 39.

¹²⁶ Voir *infra* le paragraphe 61.

¹²⁷ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, p. 159, par. 59.

¹²⁸ *Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, à la page 22.

¹²⁹ *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1905.

juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale¹³⁰.

55. Le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement reprend tel quel le principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, en précisant que les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique de développement¹³¹. Partant de cette obligation, le principe 11 de la Déclaration de Rio précise que les États doivent promulguer des mesures législatives pour prévenir ou atténuer tout dommage transfrontière¹³².

56. La Cour internationale de Justice réaffirme ce principe dans un avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* :

L'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement¹³³.

57. Au fil du temps, le principe de prévention a été invoqué dans ses énonciations clefs pour engager la responsabilité des États qui n'ont pas pris les mesures nécessaires pour mettre fin à tel ou tel dommage transfrontalier. Ainsi, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a demandé aux deux parties d'« examiner à nouveau les effets sur l'environnement de la centrale de Gabčíkovo » au bord du Danube¹³⁴. Au vu des « nouvelles normes et exigences », la Cour a conclu que, dans le domaine de la protection de l'environnement du moins, « la vigilance et la prévention » s'imposaient 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 dommages¹³⁵. De même, dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour a observé que le principe de prévention faisait partie du droit international coutumier et que l'État était tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre État¹³⁶.

58. Dans sa résolution 37/7, du 28 octobre 1982, l'Assemblée générale a adopté la Charte mondiale de la nature, qui vient ériger la prévention en principe fondamental.

¹³⁰ *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), première partie, chap. I, p. 5, principe 21.

¹³¹ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I, principe 2.

¹³² *Ibid.*, principe 11.

¹³³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 242, par. 29.

¹³⁴ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, à la page 78, par. 140.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra* la note 127), p. 55 et 56, par. 101 [citant le paragraphe 22 de l'arrêt relatif à l'*Affaire du Déroit de Corfou* (voir *supra* la note 128)] et l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 133)].

L'Assemblée générale s'était déclarée persuadée que « [l]es bénéfices qui pouvaient être obtenus de la nature étaient fonction du maintien des processus naturels et de la diversité des formes de vie et que ces bénéfices étaient compromis du fait de l'exploitation excessive et de la destruction des habitats naturels ».

59. Comme cela a déjà été dit, la Commission a dégagé en 2001 un « principe bien établi de prévention » dans le contexte de la prévention des dommages transfrontières¹³⁷. L'article 3 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses prescrit à l'État de prendre « toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum¹³⁸ ». Cette obligation établie par la Commission repose sur le principe de base *sic utere tuo ut alienum non laedas* et explicite la « restriction à la liberté des États qui sous-tend le principe 21 » de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement. Le projet d'article 3 impose à l'État l'obligation d'« adopter et de mettre en œuvre, au plan interne, des dispositions législatives reprenant les normes internationales acceptées¹³⁹ » et de prendre des mesures législatives ou administratives pour assurer l'exécution des lois¹⁴⁰. Le principe de prévention sous-tend aussi le projet d'article 7 (évaluation du risque), le projet d'article 8 (devoir de notification), le projet d'article 9 (devoir de l'État d'engager des consultations sur les mesures préventives) et le projet d'article 16 (préparation aux situations d'urgence). Le commentaire relatif au projet d'article 16 va jusqu'à consacrer l'« obligation de prévenir les catastrophes écologiques¹⁴¹ ».

60. La Cour internationale de Justice et la Commission s'accordent à dire que le principe de prévention découle de deux devoirs de l'État, distincts mais liés : le devoir de diligence et le principe de précaution¹⁴².

a) *Devoir de diligence*

61. Principe établi du droit international, le devoir de diligence est regardé comme un de ses « principes fondamentaux¹⁴³ ». On le rapproche du principe de la

¹³⁷ *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 159, paragraphe 4 du commentaire général.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 164 et 165. La prévention est aussi le critère privilégié pour apprécier la responsabilité de l'État et son obligation de réparer en cas de dommage transfrontière. Dans son premier rapport sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, le Rapporteur spécial, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, affirme qu'il « vaut mieux prévenir que guérir [et qu'] s'agit là d'un vieux principe qui a été pratiqué par de nombreuses sociétés développées et industrialisées pour gérer, et même réduire ou éliminer les effets pernicieux de leur croissance économique » [*Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/487 et Add.1, p. 186, par. 32].

¹³⁹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 165, paragraphes 2 et 4 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹⁴⁰ *Ibid.*, paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 181, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 16.

¹⁴² *Ibid.*, p. 165 à 167, paragraphes 7 à 18 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹⁴³ Condorelli, « The imputability to States of acts of international terrorism », p. 240 à 242. Voir aussi Pisillo-Mazzeschi, « The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States », p. 9 à 51.

responsabilité, c'est-à-dire des règles sous-jacentes à tout régime de responsabilité pour violations des obligations découlant du devoir de diligence¹⁴⁴. Pour ce qui est des actes ou omissions commis par des intervenants non étatiques, on a affirmé dès le début du XX^e siècle que peut engager sa responsabilité l'État qui n'a ni empêché de tels actes ou omissions ni pris de mesures pour y faire face, manquant ainsi à son devoir de diligence¹⁴⁵. S'agissant de la prévention en matière environnementale, le devoir de diligence consisterait notamment à utiliser les « moyens les mieux adaptés¹⁴⁶ » ou encore « toutes [les] mesures appropriées et efficaces¹⁴⁷ ». Comme le fait observer la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, l'obligation d'« empêcher la pollution » résultant du traité entre l'Uruguay et l'Argentine « impose d'exercer la diligence requise [...] vis-à-vis de toutes les activités qui se déroulent sous la juridiction et le contrôle de chacune des parties »¹⁴⁸.

62. Le devoir de diligence constitue la norme de base de la prévention¹⁴⁹. Il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultats. Le devoir de diligence ne peut prévenir absolument tout dommage significatif, mais les États doivent toutefois faire de leur mieux pour réduire le risque au minimum¹⁵⁰. En ce sens, le devoir de diligence constitue l'obligation fondamentale du principe de prévention¹⁵¹, et la formule selon laquelle l'État doit prendre « toutes les mesures nécessaires et appropriées » (par exemple, article 3 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) est souvent utilisée pour rendre compte de ce devoir de diligence¹⁵². Pour s'acquitter de son devoir de diligence, l'État doit mettre en œuvre et faire respecter

des lois et des règlements administratifs de prévention¹⁵³. Les États souscrivent au devoir de diligence comme correspondant « aux réalités actuelles de la pratique des États et du droit international¹⁵⁴ ». À l'appui de cette conclusion, la Commission invoque diverses conventions internationales dans le domaine de l'environnement qui prescrivent à l'État de prendre les mesures appropriées ou, plus précisément, de s'acquitter de ses obligations conventionnelles en se donnant des lois et des règlements administratifs¹⁵⁵. Ainsi, encore que l'expression « devoir de diligence » ne soit pas employée dans les conventions internationales relatives à l'environnement, il est admis que nombre de traités portant notamment sur le droit de la mer, la pollution maritime, la protection de la couche d'ozone, les évaluations de l'impact sur l'environnement ainsi que l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux consacrent cette obligation¹⁵⁶.

63. Le devoir de diligence comporte deux éléments : l'attention que l'on est en droit d'attendre d'un « bon gouvernement » et le degré d'attention proportionnel à la dangerosité des activités en question¹⁵⁷. En ce qui concerne la notion de « bon gouvernement », la Commission dit ce qui suit :

Le principal élément du devoir de diligence que l'on retrouve dans l'obligation de prévention pourrait donc être énoncé comme suit : le degré de vigilance attendu d'un bon gouvernement. Celui-ci doit être doté d'un système juridique et de ressources suffisantes pour gérer l'appareil administratif chargé de contrôler et de surveiller les activités. Il est cependant entendu que le degré de vigilance attendu d'un État dont l'économie et les ressources humaines et matérielles sont bien développées et qui est doté de systèmes et de structures étatiques très élaborés est différent de celui attendu d'États moins bien lotis¹⁵⁸.

64. S'agissant de la notion de « bon gouvernement », la Commission précise que le niveau économique des États est un facteur à prendre en considération pour déterminer si un État s'est acquitté de son devoir de diligence¹⁵⁹. Il est toutefois entendu que le niveau économique de l'État ne le décharge pas de son obligation à cet égard et, d'ailleurs, qu'« une certaine vigilance est censée être exercée dans l'utilisation des infrastructures et la surveillance des activités dangereuses sur le territoire de l'État, ce qui est

¹⁴⁴ Pisillo-Mazzeschi, « Forms of international responsibility for environmental harm », p. 15 et 16.

¹⁴⁵ Hessbruegge, « The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law », p. 268, se référant à Amos Shartle Hershey, *The Essentials of International Public Law*, New York, Macmillan Company, 1918, p. 162. Voir aussi Barnidge Jr., « The due diligence principle under international law », p. 81 à 121.

¹⁴⁶ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 194, par. 1.

¹⁴⁷ Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, art. 2, par. 1.

¹⁴⁸ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra* la note 127), p. 79, par. 197.

¹⁴⁹ Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 165, paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹⁵⁰ *Ibid.*, paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹⁵¹ Dans son deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses), le Rapporteur spécial, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, fait observer que « [l]e devoir de prévention, qui est une obligation de comportement, se résume essentiellement au devoir de diligence » et que « [t]oute question concernant l'application ou l'exécution du devoir de prévention renvoie nécessairement au contenu de l'obligation et donc au degré de vigilance devant être observé par les États » [*Annuaire... 1999*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/501, p. 130, par. 18].

¹⁵² Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, art. 1 ; Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 194 ; et Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, art. 3. Voir aussi Romano, « L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles », p. 389. Voir en particulier Nicoletti, « The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States? ».

¹⁵³ Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 166, paragraphe 10 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹⁵⁴ *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/510, p. 127, par. 10.

¹⁵⁵ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 165, paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 3, note de bas de page 880 (citant la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 194, par. 1 ; la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, art. I, II et VII, par. 2 ; la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, art. 2 ; la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, art. 7, par. 5 ; la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, art. 2, par. 1 ; et la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, art. 2, par. 1).

¹⁵⁶ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 165, paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹⁵⁷ *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/510, p. 130, par. 20.

¹⁵⁸ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 167, paragraphe 17 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹⁵⁹ *Ibid.* Voir aussi *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/510, p. 130, par. 23.

un attribut naturel de tout gouvernement¹⁶⁰). Pour ce qui est du principe de proportionnalité, le degré d'attention requis est proportionnel à la gravité du dommage risquant d'être causé par l'activité en question. La gravité du dommage doit elle-même être prévisible et l'État doit ou devrait avoir eu connaissance du fait que l'activité était susceptible de causer des dommages significatifs¹⁶¹.

65. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'obligation de prévention est un devoir de diligence. Dans l'affaire *Öneryıldız c. Turquie*, la Cour a conclu que les autorités turques avaient une obligation positive de prendre des mesures préventives car elles «savaient ou étaient censées savoir que plusieurs individus [...] étaient menacés de manière réelle et imminente¹⁶²», et dans l'affaire *Boudaïeva et autres c. Russie* que le défaut de prendre «les mesures nécessaires et suffisantes pour pallier les risques inhérents à une activité dangereuse¹⁶³» constituait une violation du droit à la vie consacré par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. De même, dans cette affaire, la Cour a conclu que, face aux risques croissants de coulées de boue, «on pouvait raisonnablement attendre des autorités qu'elles prissent conscience du risque accru d'accidents en cas de coulée de boue cette année-là et fassent preuve de toute la diligence nécessaire en informant la population civile et en adoptant à l'avance un dispositif d'évacuation d'urgence¹⁶⁴». Néanmoins, dans l'arrêt en l'affaire *Öneryıldız c. Turquie*, la Cour a admis qu'«on ne saurait imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, sans tenir compte notamment des choix opérationnels qu'elles ont à faire en termes de priorités et de ressources¹⁶⁵». Dans l'arrêt en l'affaire *Boudaïeva et autres c. Russie*, la Cour a observé qu'«il conv[enait] de reconnaître encore plus de poids à cette considération dans la sphère des secours aux sinistrés à la suite d'un accident météorologique qui, en tant que tel, échappe au contrôle de l'homme, que dans celle des activités dangereuses d'origine humaine¹⁶⁶». Que l'État puisse prendre des mesures selon ses propres capacités et priorités ne le décharge pas pour autant de l'obligation à lui faite de prévenir tout risque et de faire «tout ce qui [est] en [son] pouvoir pour protéger [les habitants] contre les dangers imminents et connus auxquels ils [sont] exposés¹⁶⁷».

b) Principe de précaution

66. En droit international de l'environnement, le «principe de précaution», lié au principe général de prévention de tout dommage environnemental (y compris à l'intérieur des frontières nationales), pose essentiellement en présomption simple que toute activité ou mesure risque de

causer des dommages au public ou à l'environnement¹⁶⁸. La Déclaration de Rio consacre ce principe en ces termes :

Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement¹⁶⁹.

Le principe de précaution se décompose en deux éléments principaux, à savoir la conscience de l'existence ou de la persistance de risques, et la conscience de l'incertitude scientifique relative au problème concerné¹⁷⁰.

67. Il résulte du commentaire de l'article 3 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses que le devoir de prévention implique d'appliquer, par surcroît de précaution, même en l'absence de certitude absolue, des mesures appropriées pour prévenir des dommages graves ou irréversibles¹⁷¹. Les commentaires des projets d'articles 7 et 10 reconnaissent expressément que le principe de précaution est devenu un principe général du droit de l'environnement¹⁷².

68. Ce principe est implicitement consacré dans un certain nombre de conventions internationales, comme la Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique (paragraphe 3 de l'article 4), la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (paragraphe 3 de l'article 3), le Traité instituant la Communauté européenne tel que modifié par le Traité d'Amsterdam [art. 174 (anciennement art. 130 r)] et la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (art. 2)¹⁷³.

69. Depuis les années 1990, d'aucuns voient dans le principe de précaution un principe du «droit international coutumier de l'environnement», voire du droit international coutumier général¹⁷⁴. Dans son opinion dissidente jointe à l'ordonnance de la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, le juge ad hoc Vinuesa conclut que le principe de précaution est «indiscutablement au cœur du droit de l'environnement» et ajoute que, de son point de vue, «le principe de précaution n'est pas une abstraction, ni un élément constitutif théorique d'un droit souhaitable

¹⁶⁸ Voir, par exemple, le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (note 131 *supra*).

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Voir *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (note 127 *supra*), opinion individuelle du juge Cançado Trindade, p. 159 et 160, par. 62. Voir aussi Trouwborst, *Precautionary Rights and Duties of States*.

¹⁷¹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 166, paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹⁷² *Ibid.*, p. 175, paragraphes 6 et 7 du commentaire relatif au projet d'article 10.

¹⁷³ *Ibid.*, par. 7.

¹⁷⁴ Pour plus de détails, voir : Harding et Fisher, *Perspectives on the Precautionary Principle*, p. 5; Trouwborst, «The precautionary principle in general international law: combating the Babylonian confusion», p. 189; Romano, «L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», p. 396.

¹⁶⁰ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 167, paragraphe 17 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹⁶¹ *Ibid.*, par. 18.

¹⁶² Cour européenne des droits de l'homme, *Öneryıldız c. Turquie* [GC], n° 48939/99, par. 101. CEDH 2004-XII.

¹⁶³ Cour européenne des droits de l'homme, *Boudaïeva et autres c. Russie*, nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02, par. 140, CEDH 2008 (extraits).

¹⁶⁴ *Ibid.*, par. 152.

¹⁶⁵ *Öneryıldız c. Turquie* (voir *supra* la note 162), par. 107.

¹⁶⁶ *Boudaïeva et autres c. Russie* (voir *supra* la note 163), par. 135.

¹⁶⁷ *Öneryıldız c. Turquie* (voir *supra* la note 162), par. 109.

émergent, mais bien une règle du droit international général positif¹⁷⁵. La Cour n'a toutefois pas encore reconnu cette définition du principe de précaution¹⁷⁶.

C. Coopération internationale en matière de prévention

70. La Commission du droit international a réaffirmé l'obligation de coopérer dans l'article 5 du projet d'articles sur le présent sujet et a établi une liste non exhaustive des formes que peut revêtir la coopération dans le domaine des secours d'urgence à l'article 5 *bis*, adopté en 2012. La coopération est aussi au cœur de la dimension horizontale, c'est-à-dire internationale, de la prévention. Le Rapporteur spécial a brièvement abordé la question de la coopération dans le domaine de la préparation, de la prévention et de l'atténuation des conséquences de catastrophe dans son cinquième rapport, indiquant que la coopération intéresse la quasi-totalité des aspects de la prévention des catastrophes, y compris les dispositifs de recherche et de sauvetage, les capacités de réserve, les systèmes d'alerte rapide, l'échange d'informations relatives à l'évaluation et à l'identification des risques, la planification des interventions d'urgence et le renforcement des capacités¹⁷⁷.

71. L'obligation de coopérer est un principe bien établi en droit international qui, comme le Rapporteur spécial l'a noté dans son deuxième rapport¹⁷⁸, est consacré dans de nombreux instruments, y compris la Charte des Nations Unies. Comme il est dit dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, la coopération a notamment pour finalité de « favoriser le progrès et la stabilité économique internationaux, ainsi que le bien-être général des nations¹⁷⁹ ».

72. L'obligation de coopérer en relation avec la prévention est également bien établie, comme l'a rappelé l'Assemblée générale dans de nombreuses résolutions portant sur la prévention des catastrophes et la réduction des risques de catastrophe. En proclamant la Décennie internationale de la prévention des catastrophes naturelles, l'Assemblée s'est dite consciente que le système de Nations Unies avait la responsabilité de promouvoir la coopération pour atténuer les dangers, y compris de coordonner les systèmes de prévision et d'alerte rapide, et a engagé les États à coopérer pour prévenir les risques naturels¹⁸⁰. Plus récemment, elle a exhorté la communauté internationale à « réduire les effets préjudiciables des catastrophes naturelles » par la coopération¹⁸¹, la coopération internatio-

nale étant nécessaire pour appuyer les efforts nationaux de prévention¹⁸², et surtout pour « mieux aider les pays à faire face aux effets destructeurs de tous les risques naturels, [...] en particulier dans les pays en développement¹⁸³ ». Le Cadre d'action de Hyogo vient pour l'essentiel encourager la coopération entre les États et entre les États et les intervenants non étatiques dans le domaine de la prévention¹⁸⁴. Comme cela a été dit, le Cadre d'action de Hyogo est le document de référence en matière de promotion et de renforcement de la coopération internationale, le but étant que la réduction des risques de catastrophe donne lieu à de solides programmes de développement nationaux et internationaux¹⁸⁵. C'est ce que vient confirmer le texte de la Déclaration, qui souligne l'importance de la coopération dans la prévention des catastrophes: « Nous sommes déterminées à réduire, partout dans le monde, les pertes en vies humaines, les pertes socioéconomiques et les atteintes à l'environnement causées par les catastrophes, conscientes de l'importance de la coopération, de la solidarité et des partenariats internationaux, ainsi que de la bonne gouvernance à tous les niveaux¹⁸⁶. »

73. Diverses déclarations non contraignantes associent la coopération à l'obligation de prévention. Ainsi, la Déclaration de Yogyakarta sur la réduction des risques de catastrophe en Asie et dans le Pacifique, de 2012, invite les parties prenantes à renforcer et à appuyer les mécanismes de coopération régionaux et les centres de gestion des informations en matière de catastrophe dans le cadre de l'évaluation des risques locaux et du financement¹⁸⁷. De même, dans la Déclaration de Panama, les chefs d'État et de gouvernement affirment que la coopération est au cœur de la prévention et de la réduction des risques et des catastrophes naturelles et s'engagent « à développer la coopération internationale et l'accroissement des capacités en matière de catastrophes naturelles, dans l'amélioration de l'aide humanitaire offerte dans toutes les étapes d'une catastrophe et dans la promotion d'une culture de prévention et de systèmes d'alerte précoce¹⁸⁸ ».

74. Consacrent le principe de coopération diverses plateformes et instances régionales ayant vocation de prévention, dont la Plateforme régionale pour la réduction des risques de catastrophe dans les Amériques, la Stratégie arabe pour la réduction des risques de catastrophe 2020, la Conférence ministérielle asiatique sur la réduction des risques de catastrophe, le Forum européen pour la réduction des risques de catastrophe, la Plateforme

¹⁸² Voir, par exemple, la résolution 60/196 de l'Assemblée générale, du 22 décembre 2005, par. 2.

¹⁸³ Résolution 59/233 de l'Assemblée générale, du 22 décembre 2004. Voir aussi résolution 60/196, du 22 décembre 2005.

¹⁸⁴ Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes (A/CONF.206/6) [voir *supra* la note 49], chap. I, résolution 2.

¹⁸⁵ Voir www.unisdr.org/we/coordinate.

¹⁸⁶ Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes (A/CONF.206/6) [voir *supra* la note 49], chap. I, résolution 1, 5^e paragraphe du préambule.

¹⁸⁷ Adoptée lors de la cinquième Conférence ministérielle asiatique sur la réduction des risques de catastrophe, tenue à Yogyakarta (Indonésie) en 2012.

¹⁸⁸ Déclaration de Panama, adoptée lors du quatrième Sommet des chefs d'État et/ou de gouvernement de l'Association des États de la Caraïbe, tenu à Panama en juillet 2005, disponible en ligne à l'adresse suivante: www.acs-aec.org/sites/default/files/Declaracion_de_Panama_fr.pdf.

¹⁷⁵ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006, opinion dissidente de M. le juge ad hoc Vinuesa, p. 152.

¹⁷⁶ Sunstein, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*; Cameron, « Environmental risk management in New Zealand: is there scope to apply a more generic framework? ».

¹⁷⁷ *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/652, par. 114 et 115.

¹⁷⁸ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4.615.

¹⁷⁹ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, du 24 octobre 1970, annexe, par. 1.

¹⁸⁰ Résolution 42/169 de l'Assemblée générale, du 11 décembre 1987, par. 7 et 8.

¹⁸¹ Résolution 58/215 de l'Assemblée générale, du 23 décembre 2003, par. 2.

océanienne pour la gestion des risques de catastrophe et la Stratégie régionale africaine de prévention des catastrophes. Ainsi, le Forum européen «se veut un lieu [...] d'échange d'informations, de connaissances et d'idées et de facilitation de la coopération¹⁸⁹». À cette fin, il «a recensé des possibilités spécifiques qui s'offrent aux pays et aux sous-régions de s'enrichir mutuellement et de renforcer la coopération intergouvernementale et intersectorielle¹⁹⁰». De plus, le Programme d'action élargi pour la mise en œuvre de la Stratégie régionale africaine sur la prévention des catastrophes (2006-2015) voit dans la coopération l'un des principaux domaines d'action en matière d'évaluation des risques et souligne l'importance de la «[c]oopération régionale et internationale pour l'évaluation et le suivi régional et transfrontalier des dangers¹⁹¹». La coopération régionale est importante, dit-on, en ce qu'elle permet d'utiliser efficacement les ressources et de limiter le double emploi¹⁹².

75. La coopération internationale en matière de prévention des catastrophes comme obligation juridique tire son fondement de traités bilatéraux et multilatéraux conclus entre États ou entre États et organisations internationales. L'accord-cadre conclu en 2000 entre la Communauté des Caraïbes et le Japon, qui envisage expressément la coopération en matière de prévention des catastrophes, en est une illustration. Il vise ainsi à promouvoir la coopération en matière de mesures préventives et de réhabilitation, et souligne qu'il faut promouvoir la coopération internationale pour renforcer la capacité institutionnelle des organismes régionaux et nationaux ayant mission de prévention et de gestion des catastrophes ainsi que d'intervention rapide en cas de catastrophe¹⁹³.

1. INSTRUMENTS BILATÉRAUX

76. Nombre d'États sont parties à des accords bilatéraux consacrés spécialement à la prévention des catastrophes¹⁹⁴ : ainsi, l'Argentine et l'Espagne¹⁹⁵, le Guatemala et le Mexique¹⁹⁶, l'Allemagne et la Hongrie¹⁹⁷, la France

et l'Italie¹⁹⁸, la République de Corée et la Pologne¹⁹⁹, la Pologne et la Hongrie²⁰⁰, la Pologne et l'Ukraine²⁰¹, la Pologne et la Fédération de Russie²⁰², la Fédération de Russie et la Grèce²⁰³, la Suisse et l'Italie²⁰⁴, les États-Unis et la Fédération de Russie²⁰⁵, les États-Unis et la Pologne²⁰⁶, les États-Unis et la Bulgarie²⁰⁷, les États-Unis et l'Ukraine²⁰⁸, les États-Unis et les Philippines²⁰⁹, l'Uruguay et l'Espagne²¹⁰, l'Espagne et le Mexique²¹¹, la Fédération de Russie et l'Espagne²¹², et la France et la

¹⁹⁸ France et Italie : Convention dans le domaine de la prévision et de la prévention des risques majeurs et de l'assistance mutuelle en cas de catastrophes naturelles ou dues à l'activité de l'homme (Paris, 16 septembre 1992), *ibid.*, vol. 1962, n° 33532, p. 369.

¹⁹⁹ République de Corée et Pologne : Accord de coopération scientifique et technologique (Séoul, 29 juin 1993), *ibid.*, vol. 1847, n° 31455, p. 289.

²⁰⁰ Pologne et Hongrie : Accord de coopération et d'entraide pour la prévention des catastrophes naturelles et d'autres événements graves et pour en éliminer les effets (6 avril 2000).

²⁰¹ Accord entre le Gouvernement de la République de Pologne et le Cabinet des ministres de l'Ukraine relatif à la coopération et à l'entraide pour prévenir les catastrophes naturelles et autres événements graves et pour en éliminer les effets (19 juillet 2002).

²⁰² Accord entre le Gouvernement de la République de Pologne et le Gouvernement de la Fédération de Russie concernant la coopération en vue de prévenir les catastrophes technologiques et naturelles et remédier à leurs effets (Varsovie, 25 août 1993).

²⁰³ Accord entre le Gouvernement de la République hellénique et le Gouvernement de la Fédération de Russie sur la coopération en matière de prévention des catastrophes naturelles ou dues à l'homme, et d'intervention en cas de catastrophe (Athènes, 21 février 2000).

²⁰⁴ Accord entre la Confédération suisse et la République italienne sur la coopération dans le domaine de la prévision et de la prévention des risques majeurs et de l'assistance mutuelle en cas de catastrophe naturelle ou imputable à l'activité humaine (Rome, 2 mai 1995).

²⁰⁵ Mémoire d'accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la Fédération de Russie relatif à la coopération en matière de prévention et d'intervention en cas de catastrophes naturelles ou technologiques (Moscou, 16 juillet 1996), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2871, n° 50116, p. 275.

²⁰⁶ Protocole d'intentions relatif à la coopération pour la prévention et l'intervention en cas de situation d'urgence technologique, naturelle ou causée par l'homme conclu entre l'Agence fédérale de gestion des situations d'urgence (États-Unis) et le Ministère de la défense de la République de Pologne (Varsovie, 9 mai 2000).

²⁰⁷ Protocole d'intentions relatif à la coopération pour la prévention des catastrophes naturelles ou d'origine humaine et d'intervention en cas d'urgence conclu entre l'Agence fédérale de gestion des situations d'urgence (États-Unis) et le Ministère de la défense de la République de Bulgarie (Washington, 24 janvier 2000).

²⁰⁸ Mémoire d'accord conclu entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de l'Ukraine sur la coopération pour la prévention et l'intervention en cas de situation d'urgence technologique, naturelle ou causée par l'homme (Kiev, 5 juin 2000).

²⁰⁹ Protocole d'intentions entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et la République des Philippines concernant la coopération dans la prévention et la gestion des situations d'urgence (Washington, 20 novembre 2001).

²¹⁰ Accord de coopération scientifique et technologique et d'assistance mutuelle en matière de protection civile et de prévention des catastrophes, conclu entre le Ministère de la défense nationale de la République orientale de l'Uruguay et le Ministère de l'intérieur du Royaume d'Espagne (Madrid, 25 septembre 1997).

²¹¹ Accord entre le Ministère de l'intérieur du Royaume d'Espagne et le Ministère de l'intérieur des États-Unis du Mexique relatif à la coopération scientifique et technologique et à l'assistance mutuelle en matière de protection civile et de prévention des catastrophes (1997).

²¹² Accord entre le Gouvernement du Royaume d'Espagne et le Gouvernement de la Fédération de Russie relatif à la coopération dans le domaine de la prévention des catastrophes et à l'assistance mutuelle dans la mitigation de leurs conséquences (Madrid, 14 juin 2000), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2153, n° 37586, p. 57.

¹⁸⁹ Voir www.preventionweb.net/files/19800_efdrwebfinal.pdf.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Programme d'action élargi pour la mise en œuvre de la Stratégie régionale africaine sur la prévention des catastrophes (2006-2015) et Déclaration de la deuxième Conférence ministérielle africaine sur la prévention des risques de catastrophe, 2010*, p. 52 ; disponible en ligne à l'adresse suivante : https://www.unisdr.org/files/19613_bookletpoa_french.pdf.

¹⁹² «Implementing the Hyogo Framework for Action in Europe: Advances and Challenges, Report for the period 2009-2011», p. 39 à 41, disponible en ligne sur le site Web du Bureau des Nations Unies pour la prévention des catastrophes : www.unisdr.org.

¹⁹³ A New Framework for CARICOM-Japan Cooperation for the Twenty-First Century, sect. 1-1, disponible en ligne à l'adresse suivante : www.mofa.go.jp/region/latin/latin_e/caricom0011.html.

¹⁹⁴ Voir Mémoire du Secrétariat, document A/CN.4/590 et Add.1 à 3 (note 78 *supra*) par. 43.

¹⁹⁵ Espagne et Argentine : Accord de coopération pour la prévision, la prévention et l'assistance mutuelle en cas de catastrophes (Madrid, 3 juin 1988), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1689, n° 29123, p. 23.

¹⁹⁶ Mexique et Guatemala : Accord de coopération pour la prévention et les secours en cas de catastrophes naturelles (Guatemala, 10 avril 1987), *ibid.*, vol. 1509, n° 26055, p. 3.

¹⁹⁷ République fédérale d'Allemagne et Hongrie : Accord relatif à des questions d'intérêt commun touchant la sécurité nucléaire et la radioprotection (Budapest, 26 septembre 1990), *ibid.*, vol. 1706, n° 29504, p. 263.

Malaisie²¹³. Le texte de ce dernier accord est typique en ce qu'il renseigne sur l'importance accordée à la coopération dans ce genre d'accords : « Convaincus de la nécessité de développer une coopération entre les organismes compétents des deux Parties dans le domaine de la prévention des risques majeurs et de la protection des populations, des biens et de l'environnement²¹⁴. »

77. L'accord conclu en 1958 entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis tendant à l'amélioration des technologies de prévision, de partage de l'information et d'alerte rapide en cas de cyclone est ainsi l'un des premiers exemples d'accords bilatéraux consacrés à la réduction des risques de catastrophe. Il concerne un programme de coopération météorologique visant à « établir plus rapidement, et avec plus d'exactitude, les prévisions de cyclones et les avertissements relatifs aux vents, marées et inondations à effets dévastateurs qu'ils produisent²¹⁵. »

78. Les États-Unis ont également conclu avec plusieurs autres pays des accords bilatéraux concernant la prévention et la gestion des catastrophes. Aux termes d'un accord conclu avec la Pologne, les parties sont convenues de coopérer en vue de limiter les effets des catastrophes naturelles et causées par l'homme, de se préparer à de telles situations, d'intervenir dans ce contexte et d'œuvrer au relèvement postcatastrophe, et ce, dans les domaines de la formation, de l'assistance d'experts et du partage d'informations²¹⁶, la formation et l'échange d'informations²¹⁷ étant privilégiés. Aux termes d'un accord similaire signé avec les Philippines, les deux parties expriment le désir d'approfondir leur coopération en matière de prévention et de gestion des catastrophes, dans un cadre propice à l'échange de compétences, de connaissances et d'informations, ainsi qu'au transfert de nouvelles technologies de gestion de situations d'urgence²¹⁸.

79. Voici plus d'une vingtaine d'années, la France a signé avec l'Italie et la Grèce des accords bilatéraux, le but en étant de parer aux risques majeurs pouvant entraîner des catastrophes naturelles. Signé en 1989, l'accord avec la Grèce, qui concerne la coopération dans le domaine des principaux risques naturels, décrit les activités à mener pour anticiper et prévenir les risques et atténuer les effets des catastrophes²¹⁹. Un accord similaire signé avec l'Italie

en 1992 porte sur la prévision et la prévention des risques, notamment grâce à l'échange d'informations, dans le cadre d'un accord plus large consacré à la prévention des catastrophes et aux interventions en cas de catastrophe²²⁰.

80. En 2000, la Grèce et la Fédération de Russie ont conclu en matière de « prévention des catastrophes naturelles ou dues à l'homme et d'intervention en cas de catastrophe »²²¹ un accord bilatéral de coopération qui définit la prévention des situations d'urgence comme l'« ensemble des mesures prises par anticipation pour réduire le plus possible le risque de situation d'urgence, protéger la santé de la population et limiter les dommages à l'environnement ainsi que les dégâts matériels en cas de situation d'urgence²²² ». L'accord énumère diverses activités spécialement destinées à prévenir les catastrophes, notamment le suivi des conditions environnementales, l'évaluation des risques et l'échange d'informations²²³.

81. D'autres accords bilatéraux conclus par des États à d'autres fins que la réduction des risques envisagent la prévention des catastrophes. Un accord bilatéral conclu en 2002 entre l'Afrique du Sud et le Nigéria parle de renforcement des capacités et d'échange d'informations en matière de santé publique, y compris la « préparation aux situations d'urgence et l'organisation des secours²²⁴ ». Un accord de 1988 entre l'Allemagne et l'Autriche concernant principalement la coopération dans le cadre des interventions en cas de catastrophe consacre également des dispositions à la prévention²²⁵. Il organise la coopération entre les deux États, le but étant d'« éviter et [de] combattre les catastrophes ou les accidents graves, en échangeant toutes les informations scientifiques et techniques utiles [...]; [d']échanger des informations sur les dangers et les dommages qui pourraient menacer le territoire de l'autre État contractant; cet échange d'informations inclut la communication à titre préventif de données relatives à des mesures²²⁶ ». Un accord bilatéral similaire conclu entre la Belgique et la France en 1981 consacre un article spécialement à l'anticipation et à la prévention des catastrophes²²⁷, les deux parties s'engageant à partager des informations en ces matières²²⁸.

2. INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX

82. Le Rapporteur spécial en vient maintenant aux instruments multilatéraux, mondiaux ou régionaux, consacrés à la prévention de toutes catastrophes, abstraction

prévision des risques, quand celle-ci est possible; la prévention des risques, soit pour éviter qu'ils dégénèrent en catastrophe, soit pour en atténuer les effets ».

²²⁰ Voir *supra* la note 198.

²²¹ Voir *supra* la note 203.

²²² *Ibid.*, art. 1.

²²³ *Ibid.*, art. 3.

²²⁴ Accord entre le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud et le Gouvernement de la République fédérale du Nigéria relatif à la coopération dans le domaine de la santé et des sciences médicales (Pretoria, 28 mars 2002).

²²⁵ Autriche et République fédérale d'Allemagne : Convention relative à l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves (Salzbourg, 23 décembre 1988), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1696, n° 29224, p. 61.

²²⁶ *Ibid.*, art. 13.

²²⁷ France et Belgique : Convention sur l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves (Paris, 21 avril 1981), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1437, n° 24347, p. 33.

²²⁸ *Ibid.*, art. 11.

²¹³ Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Malaisie sur la coopération dans le domaine de la prévention et de la gestion des catastrophes et de la sécurité civile (Paris, 25 mai 1998), *Journal officiel de la République française*, 9 décembre 1998, p. 18519.

²¹⁴ *Ibid.*, quatrième paragraphe du préambule.

²¹⁵ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique : Échange de notes constituant un accord relatif à la poursuite de l'exploitation des stations de recherche sur les cyclones créées dans les îles Caïmans aux termes de l'Accord du 30 décembre 1958, amendé par l'Accord du 15 février 1960 (Washington, 23 novembre et 12 décembre 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 603, n° 8735, p. 235.

²¹⁶ Protocole d'intentions... (voir *supra* la note 206).

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Voir *supra* la note 209.

²¹⁹ Convention sur les modalités de la coopération franco-hellénique dans le domaine des risques naturels majeurs (Paris, 11 mai 1989), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1549, n° 26941, p. 299. L'article 1 dispose que « [l]es gouvernements signataires coopèrent dans le domaine des risques naturels majeurs. Leur coopération vise à : la

faite de leurs effets transfrontières. Chaque instrument est envisagé sous l'angle de l'obligation faite à l'État de se donner ou de mettre en œuvre les mesures législatives et réglementaires nécessaires à l'exécution de son devoir de prévention. C'est à l'aune de ces « mesures nécessaires » que l'on déterminera si l'État a fait preuve de la diligence voulue, ces mesures pouvant par ailleurs permettre d'apprécier tel ou tel instrument au regard de l'obligation générale de prévention des catastrophes et d'atténuation de leurs effets.

83. Il n'est pas d'instrument international général qui oblige l'État à prendre des mesures de prévention des catastrophes naturelles ou causées par l'homme. Au contraire, on a jusqu'ici procédé par à-coups au niveau international, s'agissant d'ériger la réduction des risques de catastrophe en obligation conventionnelle en s'intéressant soit à tel ou tel type de catastrophe (par exemple, les accidents industriels ou nucléaires), soit à la nature de l'intervention de l'État (assistance dans le domaine des télécommunications, par exemple). D'un instrument à l'autre, on retrouve des dispositions analogues qui tournent autour du devoir de diligence fait à l'État en matière de prévention de telles ou telles catastrophes et d'atténuation de leurs effets.

84. En 1980, le Bureau du Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe a publié un recueil d'instruments juridiques consacrés à la prévention des catastrophes et l'atténuation de leurs effets²²⁹, qui dresse l'état des connaissances sur les causes et caractéristiques des phénomènes naturels ainsi que des mesures de prévention pouvant être prises pour réduire ou éliminer leur impact sur les pays en développement sujets aux catastrophes.

a) Instruments mondiaux

85. Premier traité international universel à envisager, quoique indirectement, la question de la prévention, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer porte en son article 145 (Protection du milieu marin) qu'« [e]n ce qui concerne les activités menées dans la Zone, les mesures nécessaires doivent être prises conformément à la Convention pour protéger efficacement le milieu marin des effets nocifs que pourraient avoir ces activités ». À cet égard, on citera également la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, qui prescrit aux États parties de prendre toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau. On notera cependant que ces dispositions concernant la prévention sont à forte saveur de droit de l'environnement, à l'exemple de prescriptions similaires relatives à la prévention issues des deux dernières décennies du XX^e siècle²³⁰.

86. Comme l'a fait remarquer le Secrétariat, « [l]'exemple contemporain qui se rapproche le plus

²²⁹ *Prévention et atténuation des catastrophes*, vol. 9, *Aspects juridiques* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 80.III.M.1).

²³⁰ Par exemple, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et son Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, ainsi que la Convention sur la diversité biologique, paragraphes 8 et 9 du préambule.

d'une convention internationale mondiale de prévention des catastrophes et d'atténuation de leurs effets » est la Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile²³¹. Comptant à l'heure actuelle 14 États parties et 12 États signataires, cette convention, entrée en vigueur en 2001, vise à promouvoir la coopération entre les structures nationales de protection civile « dans les domaines de la prévention, de la prévision, de la préparation, de l'intervention et de la gestion post-crise » (préambule). Même si elle est essentiellement consacrée à l'assistance interétatique après une catastrophe, elle envisage également la prévention comme un élément crucial de « l'assistance »²³². Elle met ainsi à la charge des États parties l'obligation générale d'« examiner toutes possibilités de coopération en matière de prévention, de prévision, de préparation, d'intervention et de gestion post-crise »²³³.

87. Outre la Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile, on évoque souvent en matière de réduction des risques de catastrophe, entre autres instruments mondiaux, la Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe²³⁴, qui érige expressément l'anticipation des catastrophes et l'atténuation de leurs effets en priorité dans le domaine de l'assistance en matière de télécommunications²³⁵. Cette convention prescrit aux États de coopérer entre eux ainsi qu'avec les acteurs non étatiques et les organisations intergouvernementales afin de faciliter l'utilisation des ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes²³⁶; elle prescrit ainsi l'adoption de mesures « conçues pour prévenir, prévoir ou surveiller les catastrophes, s'y préparer, y faire face et en atténuer les conséquences »²³⁷. Pour s'acquitter de ce devoir de coopération, les États peuvent utiliser du matériel destiné à prévoir et surveiller les catastrophes et à fournir des informations y relatives²³⁸, partager des informations concernant les risques naturels²³⁹ et veiller à la

²³¹ Mémoire du Secrétariat, document A/CN.4/590 et Add.1 à 3 (voir *supra* la note 78), par. 36. Il faut également noter que la prévention des catastrophes (art. 2, al. 2) est l'un des objectifs du texte intitulé Convention et Statuts établissant une Union internationale de secours, de 1927. L'Union envisagée sera toutefois officiellement remplacée par l'UNESCO en 1968, et la prévention des catastrophes ne figurait pas parmi les objectifs de cette dernière entité. Voir Nicoletti, « The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States? », p. 183, note 24.

²³² Aux termes de l'article 1 *d*, l'assistance s'entend de « toute action entreprise par le service de protection civile d'un État au bénéfice d'un autre État visant à prévenir les catastrophes ou à en atténuer les conséquences ».

²³³ Art. 4.

²³⁴ Voir par exemple Nicoletti, « The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States? », p. 184, qui n'évoque la Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile et la Convention de Tampere que comme des textes créant des obligations en matière de réduction des risques de catastrophe.

²³⁵ Art. 3, par. 1 et 2. Selon l'article 1, paragraphe 15, on entend par télécommunications « toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil, radioélectricité, fibre optique ou autres systèmes électromagnétiques ».

²³⁶ Art. 3, par. 1.

²³⁷ Article premier, par. 7.

²³⁸ Art. 3, par. 2 *a*.

²³⁹ Art. 3, par. 2 *b*.

« mise à disposition rapide d'une assistance en matière de télécommunication pour atténuer les effets d'une catastrophe²⁴⁰ ». On voit donc que, comme la Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile, la Convention de Tampere se borne à prescrire à l'État de coopérer avec d'autres États en matière de réduction des risques; on peut toutefois inférer de ce devoir de coopération et des autres articles de la Convention une obligation de prévention des catastrophes à l'intérieur des frontières nationales. La Convention fait aux États l'obligation, à l'intérieur de leurs frontières, de « rédui[re] ou [d']élimin[er] [...] les obstacles réglementaires à l'utilisation des ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes²⁴¹ ». Par suite, l'obligation faite à l'État d'utiliser les télécommunications pour atténuer les conséquences des catastrophes emporte celle de prendre les mesures législatives et réglementaires qui s'imposent pour ce faire, obligation qui est le pendant du devoir de diligence classique consacré dans les instruments internationaux de droit de l'environnement.

88. Les instruments mondiaux consacrés à tel ou tel type de catastrophes possibles envisagent également le devoir de diligence. À la différence de la Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile et de la Convention de Tampere, les conventions relatives aux accidents industriels, à la sûreté nucléaire et aux dommages à l'environnement ne visent pas directement les catastrophes. Partant de la définition du terme « catastrophe » donnée par la Commission dans l'article 3 de son projet d'articles sur le sujet qui nous intéresse, chaque instrument traite de situations pouvant être qualifiées de catastrophes si elles venaient à provoquer des « pertes massives en vies humaines, de graves souffrances humaines et une détresse aiguë, ou des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur, perturbant ainsi gravement le fonctionnement de la société ». Aussi, la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels traite de la prévention de ce type d'accidents, de la façon dont les États peuvent se préparer à y faire face et de la façon dont ils peuvent réagir en présence d'accidents industriels « susceptibles d'avoir des effets transfrontières », y compris ceux causés par des catastrophes naturelles²⁴². La Convention (n° 174) concernant la prévention des accidents industriels majeurs adoptée sous les auspices de l'Organisation internationale du Travail en 1993 consacre dans son préambule la « nécessité de veiller à ce que toutes les mesures appropriées soient prises pour: a) prévenir les accidents majeurs; b) réduire au minimum les risques d'accident majeur; c) réduire au minimum les effets de tels accidents ».

89. Aux termes de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, les États parties doivent prendre « les dispositions appropriées » pour prévenir les accidents industriels, en appliquant des « mesures préventives, des mesures de préparation et des mesures de lutte²⁴³ ». Ils doivent prendre les « mesures législatives, réglementaires, administratives et financières

appropriées » pour remplir leurs obligations en matière de prévention²⁴⁴ et mettre en place des mécanismes de préparation aux situations d'urgence pour faire face aux accidents industriels²⁴⁵. La Convention prévoit ainsi que « [l]es Parties prennent des mesures appropriées pour prévenir les accidents industriels, y compris des mesures propres à inciter les exploitants à agir en vue de réduire le risque de tels accidents²⁴⁶ ». Ainsi, même si la Convention se borne à prescrire aux États de prendre des mesures de prévention des accidents transfrontières, les accidents proprement dits, surtout les catastrophes naturelles, se produisent à l'intérieur des frontières de l'État, l'obligation de diligence faite à l'État s'attachant à la prévention des accidents industriels sur le plan interne.

90. Telle activité nucléaire peut provoquer tel ou tel type de catastrophe d'origine humaine. Plusieurs instruments envisagent la prévention dans ce contexte. Aux termes des dispositions générales de la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique, les États doivent coopérer entre eux afin de réduire le plus possible les conséquences de toute catastrophe nucléaire et, à cette fin, conclure des accords « en vue de prévenir ou de limiter le plus possible les préjudices corporels et les dommages qui peuvent être causés par un accident nucléaire ou une situation d'urgence radiologique²⁴⁷ ». De même, la Convention sur la sûreté nucléaire vise à « [p]révenir les accidents ayant des conséquences radiologiques et atténuer ces conséquences au cas où de tels accidents se produiraient²⁴⁸ ». À la différence de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, cette convention ne s'applique pas aux seules activités pouvant causer des dommages aux autres États, mais à toute installation nucléaire civile, indépendamment de sa capacité de causer des dégâts transfrontières. Encore qu'elle ne mette pas expressément quelque devoir de prévention des accidents nucléaires à la charge de l'État, elle a à l'évidence pour but et objet premiers d'édicter des obligations internationales en vue de promouvoir la sûreté nucléaire afin de prévenir les catastrophes nucléaires²⁴⁹. En outre, elle prescrit aux États parties de prendre les « mesures législatives, réglementaires et administratives et les autres dispositions qui sont nécessaires » à sa mise en œuvre²⁵⁰. La Convention va de pair avec la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire; celle-ci, comptant 115 États parties, institue un régime de notification, par l'intermédiaire de l'Agence internationale de l'énergie atomique, de tout accident nucléaire susceptible de causer des dommages transfrontières à un autre État²⁵¹. Elle prescrit à l'État d'informer les États pouvant être touchés par des accidents nucléaires importants visés en son article premier non seulement de l'existence du dommage, mais aussi des éléments à considérer en vue de l'atténuation des dommages²⁵².

²⁴⁴ Art. 3, par. 4.

²⁴⁵ Art. 8, par. 1.

²⁴⁶ Art. 6, par. 1.

²⁴⁷ Article premier, par. 1 et 2.

²⁴⁸ Art. 1, par. iii).

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Art. 4. Voir également l'article 7.

²⁵¹ Article premier, par. 1.

²⁵² Art. 2.

²⁴⁰ Art. 3, par. 2 c.

²⁴¹ Art. 9, par. 1.

²⁴² Art. 2, par. 1.

²⁴³ Art. 3, par. 1.

91. Les principaux instruments internationaux de droit de l'environnement font également à l'État l'obligation de prévenir les catastrophes environnementales potentielles. La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques dispose ainsi 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 néfastes²⁵³». Elle prescrit expressément aux pays développés recensés dans son annexe I d'adopter des politiques nationales d'atténuation des changements climatiques en limitant leurs émissions de gaz à effet de serre²⁵⁴ et engage l'ensemble des parties à prendre et mettre en œuvre au niveau national des mesures d'atténuation des changements climatiques²⁵⁵. On retiendra que la Convention ne lie pas l'obligation faite à l'État d'atténuer les changements climatiques et leurs effets aux dommages transfrontières causés à d'autres États. Elle s'applique au contraire à toutes les émissions anthropiques de gaz à effet de serre, peu importe leurs conséquences potentielles pour d'autres pays. Au surplus, en 2007, les États parties à la Convention prenant acte du lien qui existe entre les changements climatiques et la réduction des risques de catastrophe ont adopté le Plan d'action de Bali, dans lequel les États sont invités à adapter leurs plans nationaux de lutte contre les effets des changements climatiques à l'effet d'y inclure des «stratégies de réduction des effets des catastrophes²⁵⁶».

92. D'autres conventions environnementales d'intérêt spécifique comme la diversité biologique, la désertification et les études d'impact sur l'environnement envisagent elles aussi une obligation de prévention dans des circonstances pouvant déboucher sur des catastrophes. Ainsi la Convention sur la diversité biologique qui, quoique traitant essentiellement de la responsabilité en cas de dommages environnementaux transfrontières²⁵⁷, dispose que chaque État partie doit élaborer des stratégies nationales tendant à assurer la conservation de la diversité biologique²⁵⁸ et adopter des procédures permettant d'exiger l'évaluation des impacts sur l'environnement des projets susceptibles de nuire sensiblement à la diversité biologique²⁵⁹. De même, la Convention sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique, engage les États à mettre en œuvre «des programmes de lutte contre la désertification et/ou d'atténuation des effets de la sécheresse²⁶⁰» en adoptant les mesures législatives et réglementaires nécessaires et appropriées²⁶¹ et des programmes d'action nationaux comportant des systèmes d'alerte précoce²⁶². Enfin, la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière met à la charge des États parties l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement de certaines activités dès le début du processus de planification. Elle édicte également à la charge des États

l'obligation générale de s'informer mutuellement et de se consulter à propos de tous les projets importants envisagés et susceptibles de causer des dommages transfrontières non négligeables. Elle prescrit en particulier aux États parties de prendre «toutes mesures appropriées et efficaces pour prévenir, réduire et combattre l'impact transfrontière préjudiciable important que des activités proposées pourraient avoir sur l'environnement²⁶³», s'inscrivant ainsi, à l'exemple d'autres traités environnementaux, dans le droit fil de l'article 3 du projet d'articles de la Commission sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, en consacrant l'obligation générale de prévention de l'État en la matière.

93. Qui plus est, même si nombre de conventions environnementales intéressent principalement le devoir de prévention des dommages transfrontières, les matières dont elles traitent et la problématique des catastrophes se recoupent largement. Ces instruments internationaux ont par ailleurs cet intérêt qu'ils consacrent tous un devoir de diligence.

b) Instruments régionaux

i) Asie

94. En Asie et dans le Pacifique, l'Accord de l'Association de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence est l'instrument international le plus complet qui fait expressément aux États obligation d'adopter des mécanismes de réduction des risques de catastrophe pour prévenir les catastrophes et en atténuer les effets. Signé en 2005, entré en vigueur en 2009 et ratifié par les 10 États membres de l'ASEAN, l'Accord a pour objet d'«instaurer des mécanismes efficaces propres à permettre de réduire sensiblement les pertes humaines et en ressources sociales, économiques et environnementales dues à des catastrophes qui toucheraient les Parties et à leur permettre de faire face ensemble aux différentes situations d'urgence nées de catastrophes²⁶⁴». Il prescrit aux États parties de «donner la priorité à la prévention et à l'atténuation des risques et de prendre à cette fin des mesures de précaution pour prévenir et surveiller les catastrophes et en atténuer les effets²⁶⁵». En ce qui concerne l'atténuation des effets des catastrophes, il prescrit expressément aux États parties de «réagir immédiatement à toute catastrophe sur leur territoire²⁶⁶», devant satisfaire à chacune de ces obligations en prenant les mesures législatives et administratives nécessaires²⁶⁷.

95. L'Accord de l'ASEAN consacre trois grandes catégories d'obligations de réduction des risques de catastrophe : détection et suivi des risques ; prévention et atténuation ; préparation aux catastrophes. Premièrement, les États parties doivent détecter tous les risques de catastrophe sur leur territoire et affecter un niveau de risque à chaque catastrophe éventuelle²⁶⁸. Deuxièmement, aux termes de l'article 6 de l'Accord, les États parties

²⁵³ Art. 3, par. 3.

²⁵⁴ Art. 4, par. 2 a.

²⁵⁵ Art. 4, par. 1 b.

²⁵⁶ FCCC/CP/2007/6/Add.1, décision 1/CP.13, par. 1 c iii).

²⁵⁷ Art. 3.

²⁵⁸ Art. 6 et 7.

²⁵⁹ Art. 14.

²⁶⁰ Art. 3 a.

²⁶¹ Art. 4 et 5.

²⁶² Art. 10, par. 3 a.

²⁶³ Art. 2, par. 1.

²⁶⁴ Art. 2.

²⁶⁵ Art. 3, par. 4.

²⁶⁶ Art. 4 b.

²⁶⁷ Art. 4 d.

²⁶⁸ Art. 5.

doivent à titre collectif ou individuel « détecter, prévenir et réduire les risques de catastrophe²⁶⁹ ». Chaque Partie doit en outre adopter et appliquer des mesures législatives et réglementaires d'atténuation des effets des catastrophes et renforcer ses plans de gestion des catastrophes locaux et nationaux²⁷⁰. Enfin, les États parties doivent se préparer aux catastrophes en instituant et en mettant en œuvre des « dispositifs nationaux d'alerte rapide en cas de catastrophe²⁷¹ » et en arrêtant des stratégies et des plans d'intervention en vue de réduire les pertes en cas de catastrophe²⁷². Ensemble, ces dispositions édictent à la charge de tous les États membres de l'ASEAN l'obligation générale de prendre des mesures pour prévenir ces catastrophes, s'y préparer et en atténuer les effets.

96. D'autres accords (non contraignants) asiatiques encouragent également les États à œuvrer, à titre individuel ou collectif, à réduire les risques de catastrophe. Ainsi, l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) a adopté le Cadre de l'APEC pour les initiatives de renforcement des capacités de préparation aux situations d'urgence, aux termes duquel les États sont instamment priés de coopérer dans divers domaines, y compris en matière de législation. Au nom des Principes d'interventions et de la coopération en cas de catastrophe adoptés par l'APEC en 2008, les États sont invités à se donner et à mettre en œuvre des politiques de préparation aux risques de catastrophe et d'atténuation des effets de celles-ci et des systèmes d'alerte rapide²⁷³. En outre, à la suite du tsunami qui a frappé l'Asie en 2004, l'Association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR) a adopté un nouveau cadre global d'alerte rapide et de gestion des catastrophes aux termes duquel les États doivent élaborer et exécuter des programmes de réduction des risques sur leur territoire et appuyer les systèmes d'alerte rapide régionaux²⁷⁴. Nombre de dispositions de la Déclaration de Delhi sur la réduction des risques de catastrophe en Asie, en 2007, exhortent les États à mettre en œuvre le Cadre d'action de Hyogo et à adopter des mesures législatives de réduction des risques de catastrophe ou à renforcer celles en vigueur²⁷⁵. La Déclaration de Dacca sur les défis environnementaux et les catastrophes naturelles en Asie du Sud-Est préconise l'adoption de mesures de prévention au niveau régional²⁷⁶. La Déclaration d'Incheon sur la réduction des risques de catastrophe en Asie et dans le Pacifique, en 2010, vient réaffirmer les objectifs énoncés dans le Cadre d'action de Hyogo, les gouvernements et les acteurs internationaux étant instamment priés de mettre en exécution les cinq actions prioritaires définies par le Cadre²⁷⁷.

²⁶⁹ Art. 6, par. 1.

²⁷⁰ Art. 6, par. 2.

²⁷¹ Art. 7.

²⁷² Art. 8.

²⁷³ Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://aimp.apec.org/Documents/2008/SOM/CSOM/08_csom_020.pdf.

²⁷⁴ Disponible en ligne sur le site Web du Centre de gestion des catastrophes de l'Association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR) : www.saarc-sec.org.

²⁷⁵ Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://siteresources.worldbank.org/CMUDLP/Resources/Delhi_Declaration_on_DRR_2007.pdf.

²⁷⁶ Par. 33.

²⁷⁷ Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.unisdr.org/files/16327_incheondeclaration4amcdrrrev3.pdf (en anglais).

ii) Afrique

97. Diverses organisations africaines se sont dotées d'instances régionales et sous-régionales ayant vocation à faciliter l'échange d'informations et le renforcement des capacités en matière de réduction des risques de catastrophe. Aux termes du paragraphe 1 e de l'article 13 de l'Acte constitutif de l'Union africaine, le Conseil exécutif « décide des politiques dans les domaines d'intérêt communs pour les États Membres, notamment les domaines suivants : [...] protection de l'environnement, action humanitaire et réaction et secours en cas de catastrophe ». Étant donné ce mandat, l'Union africaine et le Nouveau Partenariat pour le développement de l'Afrique ont adopté en 2004 la Stratégie régionale africaine de prévention des catastrophes²⁷⁸ tendant à encourager les initiatives sous-régionales et nationales²⁷⁹.

98. La Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest a adopté en 2006 sa politique de réduction des risques de catastrophe et a récemment créé au sein de son secrétariat un mécanisme de mise en œuvre de cette politique consistant en un comité ministériel de coordination et un groupe d'étude chargé de la gestion des catastrophes²⁸⁰. Ce mécanisme a pour mandat de coordonner les demandes d'aide internationale et de mobilisation d'équipe d'intervention rapide émanant d'États membres. En 2002, l'Autorité intergouvernementale pour le développement (IGAD) s'est dotée d'un programme régional de gestion des risques de catastrophe consacré aux questions relatives à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe, y compris l'assistance en matière d'élaboration de législations nationales concernant la gestion des catastrophes et d'identification des perspectives d'accords d'assistance mutuelle et de formation aux fins de la gestion des catastrophes au niveau régional et d'accords transfrontières d'harmonisation des dispositifs de gestion des catastrophes²⁸¹.

99. À l'heure actuelle, la Communauté d'Afrique de l'Est travaille à l'adoption d'un texte sur la réduction et la gestion des risques de catastrophe en application du paragraphe 1 d de l'article 112 du Traité pour l'établissement de la Communauté d'Afrique de l'Est, aux termes duquel les États membres conviennent de prendre des mesures de préparation et de gestion des catastrophes, de protection contre celles-ci et d'atténuation de leurs conséquences, notamment des mesures de suivi des catastrophes naturelles ou d'origine humaine.

iii) Région arabe

100. Dans la région arabe, la Ligue des États arabes s'est donné une Stratégie arabe pour la réduction des

²⁷⁸ Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.unisdr.org/2005/task-force/working%20groups/wg-africa/NEPAD-DRR-Strategy-FRENCH.pdf.

²⁷⁹ Un des objectifs de la Stratégie est d'améliorer l'« [e]ngagement politique [...] envers la réduction des risques de catastrophe » (par. 3.2).

²⁸⁰ Le texte de la politique est disponible en ligne à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/4037_ECOWASpolicyDRR.pdf (en anglais). Selon cette politique, « [l]es autorités nationales reconnaissent la nécessité de développer et renforcer les institutions devant permettre de contribuer à résister aux risques » (par. 2.2.1).

²⁸¹ Autorité intergouvernementale pour le développement (IGAD), « Disaster risk management programme for the IGAD region », p. 18.

risques de catastrophe 2020, qui a été adoptée par le Conseil des ministres arabes chargés de l'environnement à sa vingt-deuxième session, le 19 décembre 2010²⁸². Cette stratégie s'assigne un double objectif : définir une vision, des priorités stratégiques et les domaines essentiels en matière de réduction des risques de catastrophe dans la région arabe et perfectionner les mécanismes institutionnels et les mécanismes de coordination et suivre les dispositifs d'appui à la mise en œuvre de la stratégie aux niveaux régional, national et local grâce à un programme d'action²⁸³. Partant du Cadre d'action de Hyogo et des objectifs de la Stratégie arabe, on a assigné cinq grandes priorités au programme : redoubler d'efforts pour réduire globalement les risques de catastrophe, tous secteurs confondus ; renforcer les capacités de détection, d'évaluation et de suivi des risques de catastrophe ; renforcer la capacité de résilience à travers le savoir, la promotion, la recherche et la formation ; renforcer la responsabilisation en matière de gestion des risques de catastrophe aux niveaux sous-national et local ; intégrer la réduction des risques de catastrophe dans les activités d'intervention d'urgence, de préparation et de relèvement²⁸⁴. Le programme doit être exécuté en deux phases, un bilan d'étape étant prévu en 2015, l'objectif étant de réduire, d'ici à 2020, « les pertes humaines et les pertes en ressources sociales, économiques et environnementales des collectivités et des pays de la région arabe²⁸⁵ ».

iv) Europe

101. En Europe, tout s'ordonne autour de l'intervention de l'Union européenne dans la définition des stratégies de prévention, de préparation et d'atténuation, dites de protection civile à l'origine. Depuis 1985, date à laquelle une réunion ministérielle tenue à Rome a été consacrée à la question, plusieurs résolutions ont vu le jour en matière de protection civile, qui constituent le fondement des dispositifs actuels de réduction des risques de catastrophe²⁸⁶. Le Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union

européenne et le traité instituant la Communauté européenne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, est venu renforcer davantage la coopération européenne en matière de protection civile. La version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne organise, notamment en son article 196, les compétences des organes de l'Union en matière de protection civile et pose les fondements juridiques de l'action de l'Union en la matière.

102. De l'article 196, l'Union tient une compétence strictement complémentaire « pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines » (art. 2, par. 5). Aux termes du Traité de Lisbonne :

1. L'Union encourage la coopération entre les États membres afin de renforcer l'efficacité des systèmes de prévention des catastrophes naturelles ou d'origine humaine et de protection contre celles-ci. L'action de l'Union vise :

a) à soutenir et à compléter l'action des États membres aux niveaux national, régional et local portant sur la prévention des risques, sur la préparation des acteurs de la protection civile dans les États membres et sur l'intervention en cas de catastrophes naturelles ou d'origine humaine à l'intérieur de l'Union ;

b) à promouvoir une coopération opérationnelle rapide et efficace à l'intérieur de l'Union entre les services de protection civile nationaux ;

c) à favoriser la cohérence des actions entreprises au niveau international en matière de protection civile.

2. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures nécessaires pour contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres²⁸⁷.

103. Enfin, l'article 222 de la version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dit « clause de solidarité », dispose que les États membres « agissent conjointement dans un esprit de solidarité si un État membre est [...] la victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine ». Cette disposition impérative vient distinguer l'Union européenne des autres groupements régionaux ; toute mesure prise en vertu de cette disposition devant l'être selon la procédure législative ordinaire (art. 294 du Traité) et, par conséquent, être promulguée comme norme européenne, sous la forme de règlement, de directive ou de décision²⁸⁸.

104. En 2001, l'Union européenne a institué le Mécanisme communautaire de protection civile pour « renforcer la protection en cas de catastrophe naturelle, technologique, radiologique et environnementale²⁸⁹ ». Modifié et actualisé en 2007²⁹⁰, le mécanisme a permis d'améliorer

²⁸² Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/publications/view/18903 (en anglais).

²⁸³ Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/files/18903_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf (en anglais).

²⁸⁴ Ibid., p. 4.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 25 juin 1987, relative à la mise en place d'une coopération communautaire en matière de protection civile, *Journal officiel des Communautés européennes*, C 176, 4 juillet 1987, p. 1 ; résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 13 février 1989, relative aux nouveaux développements de la coopération communautaire en matière de protection civile, *ibid.*, n° C 44, 23 février 1989, p. 3 ; résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 23 novembre 1990, relative à la coopération communautaire en matière de protection civile, *ibid.*, n° C 315, 14 décembre 1990, p. 1 ; résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 8 juillet 1991, relative à l'amélioration de l'assistance mutuelle entre États membres en cas de catastrophe naturelle et technologique, *ibid.*, n° C 198, 27 juillet 1991, p. 1 ; résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 31 octobre 1994, relative au renforcement de la coopération communautaire en matière de protection civile, *ibid.*, n° C 313, p. 1 ; résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 26 février 2001, sur le renforcement des capacités de l'Union européenne dans le domaine de la protection civile, *ibid.*, n° C 82, 13 mars 2001, p. 1.

²⁸⁷ Art. 176 C.

²⁸⁸ Gestri, « EU Disaster response law: principles and instruments », p. 116 et 117.

²⁸⁹ Décision du Conseil du 23 octobre 2001 instituant un mécanisme communautaire visant à favoriser une coopération renforcée dans le cadre des interventions de secours relevant de la protection civile (2001/792/EC), *Journal officiel des Communautés européennes*, L 297, 15 novembre 2001, p. 7.

²⁹⁰ Décision du Conseil du 8 novembre 2007 instituant un mécanisme communautaire de protection civile (refonte) [(2007/779/CE), Euratom], *Journal officiel de l'Union européenne*, L 314, 1^{er} décembre 2007, p. 9.

les stratégies de protection mises en place par l'Union pour faire face aux situations d'urgence, y compris dans des États tiers²⁹¹. Récemment, l'Union a proposé une décision portant nouvelle réforme de son mécanisme de protection civile²⁹². Même si le mécanisme conserve sa vocation première de préparation et d'intervention, la réforme de 2007 est venue y faire une place à la prévention et à l'alerte rapide²⁹³. En revanche, la proposition de décision tend à instituer une « approche intégrée » de la gestion des catastrophes, y compris les activités de prévention, de préparation et d'intervention. Ce dispositif consisterait dans un centre d'intervention d'urgence, des scénarios types pour les principales catégories de catastrophe, des plans d'urgence applicables dans les États membres et des ressources affectées à l'avance à la protection civile (mise en commun)²⁹⁴. Un des objectifs serait ainsi d'« assurer un niveau élevé de protection contre les catastrophes en prévenant ou en réduisant leurs effets, ainsi qu'en encourageant le développement d'une culture de la prévention », et de « mieux préparer l'Union à faire face aux catastrophes »²⁹⁵.

105. Diverses activités normatives permettent de mieux mesurer la volonté de l'Union de réduire les risques de catastrophe. En 2008, la Commission européenne a approuvé une communication portant renforcement des capacités d'intervention de l'Union en cas de catastrophe, premier pas vers une approche communautaire de la réduction des risques de catastrophe. En 2009, elle a adopté deux communications relatives à la réduction des risques de catastrophe : l'une sur une approche communautaire de la prévention des catastrophes naturelles ou d'origine humaine²⁹⁶ et l'autre sur la stratégie de l'Union européenne pour le soutien à la réduction des risques de catastrophes dans les pays en développement²⁹⁷. La première communication, qui tient une place fondamentale dans l'entreprise de définition d'une politique commune européenne de réduction des risques de catastrophe²⁹⁸, recense notamment les domaines où des initiatives communautaires auraient quelque intérêt : créer un inventaire communautaire des informations et des meilleures pratiques existantes ; élaborer des lignes directrices sur la cartographie des dangers et des risques ; établir des liens entre les acteurs et les politiques tout au long du cycle

²⁹¹ Voir la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur le perfectionnement du mécanisme communautaire de protection civile : Perfectionner le mécanisme communautaire de protection civile [COM(2005) 137 final], p. 2.

²⁹² Voir la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil relative au mécanisme de protection civile de l'Union [COM(2011) 934 final].

²⁹³ Voir la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Stratégie de l'UE pour le soutien à la réduction des risques de catastrophes dans les pays en développement [COM(2009) 84 final].

²⁹⁴ Voir la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil relative au mécanisme de protection civile de l'Union (note 292 *supra*).

²⁹⁵ *Ibid.*, art. 3, par. 1 *a* et *b*.

²⁹⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Une approche communautaire de la prévention des catastrophes naturelles ou d'origine humaine [COM(2009) 82 final].

²⁹⁷ Voir *supra* la note 293.

²⁹⁸ Voir La Vaccara, « An enabling environment for disaster risk reduction », p. 199 et 208.

de gestion des catastrophes ; renforcer les outils d'alerte rapide ; mieux cibler les financements communautaires.

106. Le 20 mars 1987, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la résolution (87) 2 instituant un groupe de coopération en matière de prévention, de protection et d'organisation des secours contre les risques naturels et technologiques majeurs. Rebaptisée Accord européen et méditerranéen sur les risques majeurs, cette instance intergouvernementale encourage la recherche, l'information du public et le dialogue politique sur les questions relatives aux catastrophes au sein des 27 États membres du Conseil.

107. Le Conseil de l'Europe a souligné le caractère impératif de l'obligation de prévenir et d'atténuer les risques de catastrophe nucléaire. Dans sa résolution 1087 (1996) sur les conséquences de l'accident de Tchernobyl, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe affirme qu'il est « indispensable de prendre des mesures urgentes qui doivent être considérées comme une priorité vitale pour la communauté mondiale » et de mener des « actions concrètes visant à éliminer ou, tout au moins, diminuer de tels dangers » (par. 10 et 11).

108. Les groupes sous-régionaux européens ne sont pas en reste s'agissant de la conduction d'accords contraignants envisageant les risques de catastrophe. Ainsi de l'Accord entre les gouvernements des États participants de l'Organisation de coopération économique de la mer Noire relatif à la collaboration en matière d'aide et d'intervention d'urgence en cas de catastrophe naturelle ou due à l'homme, en 1998, instituant des procédures de demande d'assistance, les États étant invités à n'entraver ni la réception ni la distribution de biens aux populations touchées, sans discrimination, à simplifier et accélérer les procédures douanières et à lever leurs droits de douane. En 1992, les États membres de l'Initiative de l'Europe centrale ont adopté l'Accord de coopération sur la prévention, la prévention et l'atténuation des effets des catastrophes naturelles et technologiques, qui prescrit aux États membres de coopérer entre eux pour adopter des mesures de prévention des catastrophes et d'atténuation de leurs conséquences (art. 1 et 2). Cet accord crée un comité chargé d'élaborer des procédures de renforcement des relations de solidarité et de coopération en cas de catastrophe (art. 4 et 5).

v) Amérique latine et Caraïbes

109. Adoptée en 1991, la Convention interaméricaine visant à faciliter l'apport d'assistance dans les cas de catastrophes est l'unique instrument régional consacré aux catastrophes à vocation continentale. Entrée en vigueur en 1996, elle traite exclusivement de l'intervention en cas de catastrophe et ne permet donc guère de déterminer les responsabilités de l'État en matière de prévention des catastrophes.

110. Toutefois, des accords sous-régionaux réservent une place de plus en plus importante à la prévention des catastrophes et à l'atténuation de leurs effets. En 1999, l'Association des États de la Caraïbe adopte son propre traité relatif aux interventions en cas de catastrophe, l'Accord entre les États membres et membres associés de l'Association des

États de la Caraïbe pour la coopération régionale en matière de catastrophes naturelles²⁹⁹. Cet accord vise expressément à «créer des mécanismes juridiquement contraignants en vue de promouvoir la coopération pour la prévention, la réduction des effets et la gestion des catastrophes naturelles» (art. 2). Aux termes de l'Accord, les parties contractantes s'engagent à promouvoir «la formulation et la mise en œuvre de normes et de lois, de politiques et de programmes relatifs au traitement et à la prévention des catastrophes naturelles, de façon graduelle et progressive», notamment de «lignes directrices» et de «critères communs» dans divers domaines tels que la classification des dons et approvisionnements humanitaires (art. 4 et 7). La Déclaration de Panama³⁰⁰ affirme l'importance de la prévention en matière de réduction de la vulnérabilité aux catastrophes en ces termes :

Nous reconnaissons la vulnérabilité de nos pays et territoires aux catastrophes naturelles, et l'impact négatif de ces dernières sur nos efforts pour parvenir au développement durable. De plus, nous partageons l'idée que la meilleure façon de lutter contre la vulnérabilité à l'égard des catastrophes naturelles c'est par le biais de l'intégration de la gestion et de la réduction des catastrophes dans les politiques et plans de développement à tous les niveaux de nos gouvernements. Aussi, nous réaffirmons l'importance de la coopération internationale, en particulier à l'échelle régionale, pour renforcer les agences nationales et régionales impliquées dans la prévention et mitigation des risques et catastrophes naturels³⁰¹.

111. D'autres instruments sous-régionaux donnent à des organismes pour mission de coordonner les efforts déployés pour réduire les risques de catastrophe. À titre d'exemple, en 1991, les États membres de la Communauté des Caraïbes adoptent l'Accord portant création de l'Organisme caraïbe d'intervention rapide en cas de catastrophe. Aux termes de l'Accord, l'Organisme est chargé de renforcer les capacités nationales d'intervention en cas de catastrophe. Les États parties s'engagent à prendre un certain nombre de mesures pour préparer convenablement le dispositif national d'intervention en cas de catastrophe à sa mission (art. 4). Ils s'engagent également à alléger les barrières douanières qui entravent l'entrée de personnel et de biens, à accorder leur protection et l'immunité juridictionnelle et fiscale aux États et au personnel de secours et à faciliter les échanges (art. 21 à 23).

112. En outre, en 1993, le Costa Rica, El Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua et le Panama ont créé un Centre pour la coordination de la prévention des catastrophes naturelles en Amérique centrale relevant du Système d'intégration de l'Amérique centrale qui joue le rôle d'organisme spécialisé chargé de coordonner l'exécution du plan régional de réduction des risques de catastrophe. Modifié en 2003, le texte fondateur du Centre consacre des principes tels que la coopération internationale, la promotion des droits de l'homme (notamment le droit d'être protégé en cas de catastrophe) et la participation du public à la planification de la gestion des catastrophes. Le Centre est lui-même chargé de faciliter les activités d'assistance technique et de coopération que les États membres mènent en matière de prévention des catastrophes et d'atténuation de leurs effets.

²⁹⁹ Le texte de l'Accord est disponible sur le site Web de l'Association des États de la Caraïbe : www.acs-aec.org. Il n'est pas encore entré en vigueur.

³⁰⁰ Voir *supra* la note 188.

³⁰¹ Par. 20.

D. Lois et politiques nationales

113. Comme cela a déjà été évoqué³⁰², après la Décennie internationale de la prévention des catastrophes naturelles, les États ont œuvré diversement à se coordonner pour mieux se préparer en prévision des catastrophes et mieux en réduire les effets. Fruits de cette entreprise, les deux principaux accords en la matière – la Stratégie de Yokohama et le Cadre d'action de Hyogo – engagent l'un et l'autre les États à se donner une législation nationale qui fasse une place aux questions d'atténuation des effets des catastrophes naturelles, de prévention et de planification préalable.

114. Comme dit plus haut³⁰³, les États ont mis en œuvre le Cadre d'action de Hyogo en faisant une place à la réduction des risques de catastrophe dans leurs politiques et cadres législatifs nationaux. Lors de l'examen de 2011, 64 États ou régions de tous les continents, y compris les principales zones à risque, ont dit s'être donné une politique spécialement en matière de réduction des risques de catastrophe. Les États en question sont les suivants : Algérie, Allemagne, Anguilla, Argentine, Arménie, Bangladesh, Bolivie (État plurinational de), Brésil, Canada, Cap-Vert, Chili, Colombie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Cuba, États-Unis, ex-République yougoslave de Macédoine, Fidji, Finlande, Géorgie, Ghana, Guatemala, Honduras, îles Cook, Îles Marshall, îles Vierges britanniques, Inde, Indonésie, Italie, Japon, Kenya, Liban, Madagascar, Malaisie, Malawi, Maldives, Maroc, Maurice, Mexique, Mongolie, Mozambique, Népal, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Paraguay, Pérou, Pologne, République arabe syrienne, République démocratique populaire lao, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Samoa, Sénégal, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Vanuatu, Venezuela (République bolivarienne du).

115. Plus récemment, le Bureau des Nations Unies pour la prévention des catastrophes a recensé 76 États qui se sont dotés d'une plateforme nationale, qui s'entend de tout «mécanisme de coordination permettant de faire une place à la réduction des risques de catastrophe dans les politiques, la planification et les programmes de développement», pour mettre en œuvre des stratégies de réduction des risques de catastrophe³⁰⁴.

116. Selon le Secrétariat, l'encadrement juridique et politique axé plus directement sur la prévention a d'ordinaire vocation davantage nationale que régionale ou internationale³⁰⁵. Plusieurs pays ont adopté une législation spéciale à la réduction des risques de catastrophe, sous forme soit de texte autonome, soit de texte s'insérant dans un corpus général consacré à la gestion des risques de catastrophe et aux interventions en cas de catastrophe. Se sont donné une législation nationale envisageant la réduction des risques de catastrophe les États et territoires

³⁰² Voir *supra* le paragraphe 35.

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ On trouvera une liste régulièrement mise à jour des États ayant adopté une plateforme nationale à l'adresse suivante : www.unisdr.org/partners/countries.

³⁰⁵ Mémoire du Secrétariat, document A/CN.4/590 et Add.1 à 3 (voir *supra* la note 78), par. 33.

suivants (selon l'ordre alphabétique anglais) : l'Algérie³⁰⁶, le Cameroun³⁰⁷, la République dominicaine³⁰⁸, El Salvador³⁰⁹, l'Estonie³¹⁰, la France³¹¹, le Guatemala³¹², Haïti³¹³, la Hongrie³¹⁴, l'Inde³¹⁵, l'Indonésie³¹⁶, l'Italie³¹⁷, Madagascar³¹⁸, la Namibie³¹⁹, la Nouvelle-Zélande³²⁰, le Pakistan³²¹, le Pérou³²², les Philippines³²³, la République de Corée³²⁴, la Slovaquie³²⁵, l'Afrique du Sud³²⁶, la province chinoise de Taiwan³²⁷, la Thaïlande³²⁸ et les États-Unis³²⁹.

117. Quelques exemples permettront d'illustrer la manière dont la question de la prévention trouve sa place

³⁰⁶ Algérie, loi relative à la prévention des risques majeurs et à la gestion des catastrophes dans le cadre du développement durable, du 25 décembre 2004; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.mtp.gov.dz/GUIDE%20JURIDIQUE/textes-de-portee-generale/5-Loi-n2004-20.pdf.

³⁰⁷ Cameroun, arrêté n° 037/PM du 19 mars 2003 portant création, organisation et fonctionnement d'un Observatoire national des risques.

³⁰⁸ République dominicaine, décret n° 874-09 portant approbation du Règlement d'application de la loi n° 147-02 relative à la gestion des risques et portant abrogation des chapitres 1, 2, 3, 4 et 5 du décret n° 932-03 (2009).

³⁰⁹ El Salvador, loi sur la protection civile et sur la prévention et l'atténuation des catastrophes (2005).

³¹⁰ Estonie, loi relative à la préparation aux situations de crise (2000).

³¹¹ France, loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages.

³¹² Guatemala, décret n° 109-96, loi portant création de la Commission nationale de coordination chargée de la réduction des catastrophes d'origine naturelle ou humaine (1996).

³¹³ Haïti, Plan national de gestion des risques et des désastres (2001).

³¹⁴ Hongrie, loi n° LXXIV sur la gestion et l'organisation en vue de la prévention des catastrophes et des accidents majeurs impliquant des substances dangereuses (1999).

³¹⁵ Inde, loi n° 53 relative à la gestion des catastrophes (2005); disponible en ligne à l'adresse suivante: <http://indiacode.nic.in> (en anglais).

³¹⁶ Indonésie, loi n° 24 de 2007 relative à la gestion des catastrophes.

³¹⁷ Italie, décret du Premier Ministre portant création d'une plateforme nationale pour la réduction des risques de catastrophe (2008).

³¹⁸ Madagascar, décret n° 2005-866 fixant les modalités d'application de la loi n° 2003-010 du 5 septembre 2003 relative à la politique nationale de gestion des risques et des catastrophes (2005).

³¹⁹ Namibie, loi relative à la gestion des risques de catastrophe (2012).

³²⁰ Nouvelle-Zélande, ordonnance portant création du Plan de gestion des situations d'urgence intéressant la défense civile nationale, 2005 (SR 2005/295), 3^e partie.

³²¹ Pakistan, loi relative à la gestion des catastrophes (2010). Voir également la déclaration officielle du Gouvernement pakistanais à la troisième session de la Plateforme mondiale pour la réduction des risques de catastrophe, en 2011, disponible en ligne à l'adresse suivante: www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficials_tatement.pdf (en anglais).

³²² Pérou, loi n° 29664 portant création du Système national de gestion du risque de catastrophe (2011).

³²³ Philippines, loi nationale relative à la gestion des risques de catastrophe (2006).

³²⁴ République de Corée, loi nationale sur la lutte contre les catastrophes (1995); loi nationale relative à la gestion des catastrophes (2010).

³²⁵ Slovaquie, loi sur la protection contre les catastrophes naturelles et autres aléas (2006).

³²⁶ Afrique du Sud, loi n° 57 de 2002 relative à la gestion des catastrophes.

³²⁷ Province chinoise de Taiwan, loi relative à la prévention des catastrophes et aux interventions en cas de catastrophe (2002).

³²⁸ Thaïlande, loi sur la prévention et l'atténuation des catastrophes (2007).

³²⁹ États-Unis, loi relative à l'atténuation des catastrophes (2000).

dans les cadres législatifs ou politiques. Ainsi, à la suite de la loi de 2002 relative à la gestion des catastrophes, l'Afrique du Sud a établi un document directif détaillé portant cadre national de gestion en la matière. En outre, l'Afrique du Sud consacre un certain nombre de lois aux catastrophes – comme les incendies – ou à la prévention, comme celles relatives aux évaluations d'impact écologique. La Namibie, quant à elle, traite de la prévention dans sa loi de 2012 relative à la gestion des risques de catastrophe, fondée sur une approche intégrée et coordonnée de la gestion des catastrophes axée sur la prévention ou la réduction des risques de catastrophe, l'atténuation de la gravité des catastrophes, la préparation aux situations d'urgence, l'intervention rapide et efficace en cas de catastrophe et la reprise après sinistre³³⁰. Les Philippines font une place à la prévention dans leurs structures de gouvernance et la définissent comme suit :

Ensemble d'activités permettant d'éviter complètement l'impact négatif des aléas et des catastrophes qui leur sont associées. La prévention exprime le concept et l'intention d'éviter complètement les effets négatifs éventuels par le biais de mesures prises à l'avance – par exemple, la construction de barrages ou de digues qui éliminent les risques d'inondation, des réglementations sur l'utilisation des terres interdisant l'installation d'habitations dans les zones à haut risque, et des études d'ingénierie sismique qui assurent la survie et la fonction d'un bâtiment essentiel en cas de tremblement de terre³³¹.

118. La Colombie a récemment renforcé son cadre général de gestion des catastrophes, la prévention venant désormais s'insérer dans un cadre général unique. Adoptée en avril 2012, la loi portant création du Système national de gestion des risques de catastrophe est venue créer un système national de gestion des risques de catastrophe, incluant la prévention et les interventions en cas de catastrophe. Elle institue un cadre composé de divers organes de l'État, tels que l'Unité nationale de gestion des risques de catastrophe et le Système national de prévention et de gestion des catastrophes³³².

119. Plusieurs États se sont également dotés de politiques axées sur la réduction des risques de catastrophe, soit en complément de leur législation, soit comme instrument autonome. Ainsi, le Ghana s'est doté d'une politique nationale de réduction des risques de catastrophe qui vient donner une place à la question dans la planification et le fonctionnement des institutions publiques. Il a déclaré, à la troisième session de la Plateforme mondiale pour la réduction des risques de catastrophe, tenue en 2011, que la réduction des risques de catastrophe était un des facteurs clefs à prendre en compte dans l'intérêt de la bonne gouvernance et du développement durable³³³. Le Bangladesh est un autre exemple d'État qui s'est donné une solide politique en la matière en l'absence de toute loi formelle : il a ainsi fédéré 12 ministères sous l'égide d'un programme complet de gestion des catastrophes et arrêté un plan national de gestion des catastrophes pour 2010-2015, une stratégie et un plan d'action de lutte contre le

³³⁰ Namibie, loi relative à la gestion des risques de catastrophe (voir *supra* la note 319), premier paragraphe du préambule.

³³¹ Philippines, règlement d'application de la loi n° 10121 de la République, art. 2, sect. 1 l.

³³² Banque mondiale, « For the first time, Colombia has a natural disaster awareness and prevention policy – Colombia's President Juan Manuel Santos », 24 avril 2012.

³³³ Voir www.preventionweb.net/files/globalplatform/globalplatform2011ghana.docx (en anglais).

changement climatique (2009) et une réglementation sur les catastrophes³³⁴.

120. Loin de vouloir faire ici le tour complet des législations nationales en matière de réduction des risques de catastrophe, cette section se borne à donner un aperçu d'approches diverses de la question. Même si cette analyse s'intéresse principalement à la législation spécialement consacrée à la gestion des catastrophes, d'autres types de textes dignes d'intérêt en l'occurrence sont envisagés, notamment la législation sur la météorologie, les assurances, les plans d'occupation des sols et le droit à l'information. Ce dernier type de législation sera brièvement évoqué ci-après. La présente section résumera les principaux éléments des textes sur la gestion des catastrophes de 14 États différents du point de vue géographique et économique: le choix de certains de ces États découle du mémorandum du Secrétariat³³⁵, d'autres ayant été sélectionnés dans un souci de diversité géographique et économique. Les caractéristiques de la législation des pays suivants seront étudiées (suivant l'ordre alphabétique anglais): Algérie³³⁶, Bolivie (État plurinational de)³³⁷, Colombie³³⁸, Costa Rica³³⁹, Cuba³⁴⁰, Inde³⁴¹, Japon³⁴², Nicaragua³⁴³, Philippines³⁴⁴, Afrique du Sud³⁴⁵, Sri Lanka³⁴⁶, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord³⁴⁷, États-Unis d'Amérique³⁴⁸ et Viet Nam³⁴⁹.

³³⁴ À la troisième session de la Plateforme mondiale pour la réduction des risques de catastrophe, tenue en 2011, le Gouvernement bangladais a fait observer qu'il demeurait activement saisi de la question de l'élaboration d'une loi nationale sur la gestion des catastrophes. Voir <http://preventionweb.net/files/globalplatform/bangladeshrevisedstatement.pdf> (en anglais).

³³⁵ Mémoire du Secrétariat, document A/CN.4/590 et Add.1 à 3 (voir *supra* la note 78).

³³⁶ Voir *supra* la note 306.

³³⁷ État plurinational de Bolivie, loi sur la réduction des risques et la gestion des catastrophes (2000), loi n° 2140, disponible en ligne à l'adresse suivante: www.preventionweb.net/files/30230_bol2140.pdf (en espagnol).

³³⁸ Colombie, loi n° 1523 du 24 avril 2012 portant adoption de la Politique nationale sur la gestion des risques de catastrophe et portant création du Système national de gestion du risque de catastrophe, et instaurant d'autres dispositions. Peu avant l'adoption de la loi, la Banque mondiale avait consacré une étude approfondie sur les politiques de gestion des risques de catastrophe en vigueur en Colombie, dans laquelle elle critiquait le cadre du pays, qui aurait influé sur la nouvelle législation. Voir Banque mondiale, *Analysis of Disaster Risk Management in Colombia: A Contribution to the Creation of Public Policies*.

³³⁹ Costa Rica, loi nationale sur les situations d'urgence et la prévention des risques (2011), loi n° 8488 du 11 janvier 2006.

³⁴⁰ Farber et Chen, *Disasters and the Law: Katrina and Beyond*, p. 211 et 212.

³⁴¹ Voir *supra* la note 315.

³⁴² Japon, loi sur la lutte contre les catastrophes, loi n° 223 (1961, révisée en 1997).

³⁴³ Nicaragua, loi n° 337 portant création d'un système national de prévention, d'atténuation et de gestion des catastrophes (2000).

³⁴⁴ Philippines, loi nationale n° 10121 relative à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe de 2010.

³⁴⁵ Voir *supra* la note 326.

³⁴⁶ Sri Lanka, loi n° 13 du 13 mai 2005 relative à la gestion des catastrophes.

³⁴⁷ Royaume-Uni, loi sur la gestion des inondations et de l'eau (2010). Voir www.legislation.gov.uk.

³⁴⁸ États-Unis, *Homeland Security Act* de 2002, 6 U.S.C., par. 311 à 321 (énonçant la mission, les obligations et les attributions de la Federal Emergency Management Agency).

³⁴⁹ Viet Nam, ordonnance n° 09-L/CTN de 1993 relative à la prévention et à la maîtrise des inondations et des orages, et mesures d'application.

121. Avant d'en venir aux principaux éléments de telle ou telle législation, cette section envisagera deux aspects communs de la législation attestant que l'État en question reconnaît qu'il est tenu de l'obligation de prendre des mesures pour faire face aux catastrophes. Premièrement, les États procèdent peu ou prou de la même manière s'agissant de déterminer la portée de tel ou tel problème à résoudre: fondamentalement, la législation vise à protéger la population contre les catastrophes d'origine naturelle ou humaine. La principale différence entre les États réside dans le caractère plus ou moins précis d'exemples qu'ils donnent dans les textes de loi. Ainsi, à Sri Lanka, la définition des catastrophes naturelles ou causées par l'homme est assortie d'une longue liste de sinistres potentiels (glissements de terrain, cyclones, incendies, accidents chimiques, troubles civils ou internes, catastrophes nucléaires ou marées noires, etc.)³⁵⁰. La loi nicaraguayenne vise les catastrophes tant naturelles qu'anthropiques, mais dresse une longue liste de catastrophes naturelles répondant à la définition sans toutefois fournir de liste analogue des catastrophes d'origine humaine³⁵¹. D'autres États donnent une définition large du terme, sans l'illustrer d'exemples plus précis. Ainsi, la législation philippine définit le terme de catastrophe comme toute «rupture grave du fonctionnement d'une communauté³⁵²». Quelques lois visent expressément les inondations ou les tempêtes: or, si ces précisions apparaissent généralement dans le titre de la loi, la notion pourrait en théorie embrasser aussi bien les crues naturelles que les inondations d'origine humaine³⁵³. Pour plusieurs États, le sinistre doit porter préjudice aux personnes, aux biens ou à l'économie pour mériter la qualification de catastrophe³⁵⁴. Toutefois, prises ensemble,

³⁵⁰ Sri Lanka, loi relative à la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 346), art. 25. Voir également Algérie, loi relative à la prévention des risques majeurs et à la gestion des catastrophes dans le cadre du développement durable (note 306 *supra*), art. 2 et 10 (notamment séismes, inondations, feux, risques industriels et nucléaires et risques portant sur la santé humaine); et Japon, loi sur la lutte contre les catastrophes (note 342 *supra*), art. 2, d'où il résulte que la notion de «catastrophe» s'entend de toute tempête, inondation, de tout séisme, tsunami ou autre événement naturel à caractère exceptionnel, de tout embrasement ou explosion ou autre dommage d'envergure analogue.

³⁵¹ Nicaragua, loi portant création d'un système national de prévention, d'atténuation et de gestion des catastrophes (voir *supra* la note 343), art. 3.

³⁵² Philippines, loi nationale relative à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe (voir *supra* la note 344), par. 3. Voir, également, État plurinational de Bolivie, loi sur la réduction des risques et la gestion des catastrophes (note 337 *supra*), art. 1 (protection contre les menaces naturelles, technologiques et anthropiques); États-Unis, *Homeland Security Act* (note 348 *supra*), par. 313 b) 2) A) (protection «contre le risque de catastrophes naturelles, d'actes de terrorisme et autres catastrophes causées par l'homme, y compris les sinistres d'envergure catastrophique»); Inde, loi relative à la gestion des catastrophes (note 315 *supra*), art. 2 (le terme «catastrophe» s'entend de toute catastrophe naturelle ou anthropique et de tout accident ou acte de négligence).

³⁵³ Voir Viet Nam, ordonnance relative à la prévention et à la maîtrise des inondations et des orages, et mesures d'application (note 349 *supra*), art. 2; Royaume-Uni, loi sur la gestion des inondations et de l'eau (note 347 *supra*), art. 1 (portant sur les crues et l'érosion côtière, y compris les ruptures de barrages, mais pas les inondations, alors que de fortes précipitations ont provoqué des débordements du système d'égouts).

³⁵⁴ Afrique du Sud, loi relative à la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 326), par. 1 (la notion de catastrophe s'entend d'«un événement progressif ou soudain, étendu ou localisé, d'origine naturelle ou humaine, qui provoque, ou menace de provoquer, des pertes en vies humaines, des lésions ou des maladies, des dommages matériels, des

ces lois consacrent l'obligation faite à l'État de se donner une législation en matière de lutte contre les catastrophes naturelles ou anthropiques.

122. Deuxièmement, les deux méthodes distinctes par lesquelles l'État expose l'objet et les buts de sa législation renseignent sur l'obligation dont il se sent tenu en la matière. Le plus souvent, l'État se borne à déclarer que la législation vient instituer un cadre de gestion des risques de catastrophe dans le but de prévenir les catastrophes, d'en atténuer les effets et de mieux préparer les pouvoirs publics en prévision de catastrophes³⁵⁵. Bien moins souvent, l'État y ajoute d'autres buts plus généraux, comme la protection de la vie³⁵⁶, ou l'exposé des motifs de la loi,

(Suite de la note 354.)

pertes en infrastructures ou des dégâts écologiques, ou de troubler la vie d'une communauté, et qui est d'une ampleur dépassant la capacité des personnes touchées de faire face à ses effets moyennant leurs seules ressources»; et Colombie, loi portant création du Système national de gestion des risques et des catastrophes (voir *supra* la note 338), art. 4, par. 8 (disposant que la catastrophe est le résultat de manifestations d'origine naturelle ou humaine non intentionnelles de nature à provoquer des pertes ou des dommages en termes humains, matériels, économiques ou écologiques).

³⁵⁵ Voir Afrique du Sud, loi relative à la gestion des catastrophes (note 326 *supra*), préambule (prévoyant «une politique de gestion des catastrophes axée sur la prévention ou la réduction des risques de catastrophe, l'atténuation de la gravité des catastrophes, la préparation aux situations d'urgence, une intervention rapide et efficace en cas de catastrophe et la reprise après sinistre»); Viet Nam, ordonnance relative à la prévention et à la maîtrise des inondations et des orages, et mesures d'application (note 349 *supra*), préambule (énonce des dispositions applicables aux activités menées aux fins de la prévention, de la maîtrise et de l'atténuation des conséquences des inondations et des tempêtes); Royaume-Uni, loi sur la gestion des inondations et de l'eau (note 347 *supra*), préambule (affirmant que la loi porte sur la gestion des risques liés aux crues et à l'érosion côtière); États-Unis, *Homeland Security Act* (note 348 *supra*), par. 313 b) 2) A) (réglementant «les efforts déployés par la nation pour se préparer [aux catastrophes], se protéger de leurs effets, y réagir et se relever»); Inde, loi relative à la gestion des catastrophes [note 315 *supra*], préambule (prévoyant une gestion efficace des catastrophes); Nicaragua, loi portant création d'un système national de prévention, d'atténuation et de gestion des catastrophes (note 343 *supra*), art. 1 (qui dispose que la loi a pour objet d'établir les principes, normes et instruments nécessaires pour créer un système de prévention, d'atténuation et de gestion des catastrophes); État plurinational de Bolivie, loi sur la réduction des risques et la gestion des catastrophes (note 337 *supra*), art. 1 (qui a pour objet de régler toutes les activités dans le domaine de la réduction des risques et la gestion des catastrophes ou des situations d'urgence, et d'établir un cadre institutionnel qui permette de réduire les risques suscités par les catastrophes ou situations d'urgence); Colombie, loi portant création du Système national de gestion des risques et des catastrophes (note 338 *supra*), art. 1 (la gestion du risque de catastrophe, qui constitue un processus axé sur des politiques, stratégies, plans et réglementations, vise à la réduction des risques et à la gestion des catastrophes, contribuant ainsi à la sécurité, au bien-être et à la qualité de vie des personnes); et Algérie, loi relative à la prévention des risques majeurs et à la gestion des catastrophes dans le cadre du développement durable (note 306 *supra*), art. 1 (édicte les règles de prévention des risques majeurs et de gestion des catastrophes).

³⁵⁶ Voir, par exemple, États-Unis, *Homeland Security Act* (note 348 *supra*), par. 313 b) 2) [qui a pour mission de réduire les pertes en vies humaines et les pertes matérielles et de protéger la nation de tous les dangers]. Voir, également, Japon, loi sur la lutte contre les catastrophes (note 342 *supra*), art. 1 («Afin de protéger le territoire national, la vie et l'intégrité physique des citoyens et leurs biens, la présente loi vise à mettre en place un mécanisme [...] élaborer des plans de prévention des catastrophes [...] assurer une administration efficace et organisée pour une prévention globale et systématique des catastrophes»); Philippines, loi nationale relative à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe de 2010 (note 344 *supra*), par. 2 (reconnaissant que la politique de l'État vise à faire respecter le droit à la vie et à renforcer les capacités institutionnelles du pays aux fins de la réduction

comme l'historique des catastrophes dans le pays³⁵⁷. Par exemple, la loi indienne relative à la gestion des catastrophes prescrit expressément l'adoption de mesures de prévention, la prise en compte de mesures d'atténuation et le renforcement des moyens de préparation aux catastrophes³⁵⁸. Les États-Unis procèdent, quant à eux, selon une approche un peu plus précise, la Federal Emergency Management Agency étant chargée d'«arrêter des directives» applicables en matière «d'identification des dangers potentiels et d'évaluation des risques et impacts; d'atténuation des incidences de dangers divers [...] la gestion de la préparation aux situations d'urgence et les moyens d'y faire face³⁵⁹». Il ressort de ces exposés de mission que la prévention, l'atténuation et la préparation relèvent des objectifs spécifiques des États. Par souci de cohérence, ces trois éléments reconnus du cadre de prévention des catastrophes seront évoqués ici pour décrire les caractéristiques particulières des textes internes dignes d'intérêt.

1. PRÉVENTION DES RISQUES

123. Par prévention des risques, on entend les mesures que l'État doit prendre pour réduire au minimum les risques de catastrophe. La législation considérée distingue trois grandes approches à cette fin : l'évaluation des risques, la mise en commun des informations et les mesures de contrôle de l'utilisation des terres.

a) Évaluation des risques

124. Selon le Cadre d'action de Hyogo,

[p]our réduire les risques de catastrophe et favoriser l'instauration d'une culture de la résilience, il faut d'abord savoir quels sont les aléas auxquels doivent faire face la plupart des sociétés, dans quelle mesure celles-ci sont vulnérables sur les plans physique, social, économique et environnemental et comment ces aléas et cette vulnérabilité vont évoluer à court et à long terme, puis prendre, en connaissance de cause, les mesures qui s'imposent³⁶⁰.

125. La deuxième action prioritaire du Cadre d'action de Hyogo consiste à «[m]ettre en évidence, évaluer et surveiller les risques de catastrophe et renforcer les systèmes d'alerte rapide» (par. 14, al. 2), les activités essentielles étant les suivantes :

a) Dresser des cartes des risques assorties d'informations connexes, les mettre à jour périodiquement et les diffuser largement

des risques de catastrophe); et Sri Lanka, loi relative à la gestion des catastrophes (note 346 *supra*), préambule (invoquant la nécessité de protéger la vie humaine et le patrimoine humain et écologique de Sri Lanka contre les catastrophes).

³⁵⁷ Voir, par exemple, Nicaragua, loi portant création d'un système national de prévention, d'atténuation et de gestion des catastrophes (note 343 *supra*), préambule (citant une série de facteurs ayant motivé l'adoption de la loi, notamment la Décennie internationale de la prévention des catastrophes naturelles, des phénomènes climatiques tels qu'El Niño et La Niña et l'historique du pays en termes de séismes, d'éruptions volcaniques, d'inondations, d'ouragans et d'incendies de forêt). Voir, également, Viet Nam, ordonnance relative à la prévention et à la maîtrise des inondations et des orages, et mesures d'application (note 349 *supra*), préambule (citant les pertes humaines ou matérielles provoquées par les inondations et les tempêtes).

³⁵⁸ Inde, loi relative à la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 315), art. 11.

³⁵⁹ États-Unis, *Homeland Security Act* (voir *supra* la note 348), par. 321 l.

³⁶⁰ Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes (A/CONF.206/6) [voir *supra* la note 49], chap. I, résolution 2, par. 17.

auprès des décideurs, du grand public et des collectivités menacées, selon une présentation appropriée[.]

b) Mettre au point des ensembles d'indicateurs des risques de catastrophe et de la vulnérabilité aux échelons national et infranational qui permettront aux décideurs d'évaluer les conséquences des catastrophes aux plans social, économique et environnemental, et en diffuser les résultats aux décideurs, au grand public et aux populations menacées[.]

c) Recueillir, analyser, résumer et diffuser régulièrement des informations statistiques sur les catastrophes qui se produisent, leurs conséquences et les pertes qu'elles occasionnent, au moyen de mécanismes internationaux, régionaux, nationaux et locaux³⁶¹.

126. La Stratégie de Yokohama énonce, comme premier principe, que «[l']évaluation des risques est une mesure indispensable à l'adoption de politiques et de dispositions visant à une prévention appropriée et efficace des catastrophes³⁶²», l'Assemblée générale soulignant quant à elle que, pour réduire la vulnérabilité aux phénomènes naturels dangereux et pour remédier aux effets défavorables qu'ont les catastrophes naturelles, il conviendrait de prévoir des évaluations des risques dans les programmes de réduction des risques de catastrophe aux niveaux national et local³⁶³.

127. L'évaluation des risques au niveau national diffère d'un État à l'autre selon les impératifs financiers et scientifiques, les besoins régionaux et locaux et l'approche nationale de la matière. En 2011, 12 des 15 États membres du Groupe des Vingt qui ont répondu à une enquête ont dit procéder à des évaluations nationales des risques, les autres ayant annoncé la mise en œuvre d'un système d'évaluation des risques dès 2013³⁶⁴. Il ressort de l'examen des évaluations nationales et locales des risques fondées sur des données relatives aux aléas et aux vulnérabilités que c'est là la formule la plus visitée en matière de stratégie de prévention dans le contexte du Cadre d'action de Hyogo³⁶⁵.

128. On sait que les États sollicitent un concours aux fins de leur évaluation nationale des risques. Au moins 40 pays ont sollicité le concours du Programme des Nations Unies pour le développement, dans le cadre du Programme mondial de détection des risques, pour améliorer leur connaissance des risques de catastrophe à la faveur des évaluations des risques et des systèmes nationaux d'information sur les risques³⁶⁶. Douze pays d'Amérique latine et d'Asie du Sud ont demandé une aide

technique en matière d'évaluation dans le cadre de l'analyse probabiliste des risques en Amérique centrale³⁶⁷.

129. Certains des 14 États retenus aux fins de l'étude privilégient la détection, l'évaluation et le suivi des risques de catastrophe. L'Inde, par exemple, prescrit aux États et aux districts de mettre au point des plans pour pouvoir recenser les vulnérabilités particulières et arrêter des mesures afin d'atténuer les dommages susceptibles d'en découler³⁶⁸. À cette fin, la législation prescrit le respect des directives de prévention et d'atténuation et l'inspection de conformité des bâtiments aux normes de prévention applicables³⁶⁹. S'il peut prendre différentes formes, le suivi des risques repose d'ordinaire sur des évaluations des risques et des prévisions météorologiques. Ainsi, la législation japonaise prescrit aux autorités locales d'établir des prévisions météorologiques aux fins de la prévention des catastrophes provoquées par les tempêtes³⁷⁰. La loi philippine prescrit l'évaluation des risques et le perfectionnement des connaissances³⁷¹. Au Viet Nam, l'ordonnance institue les prévisions et le suivi météorologiques et envisage un partenariat public-privé à ces fins³⁷². De même, aux Philippines, la loi prescrit de recenser, d'évaluer et de hiérarchiser les aléas et risques³⁷³, le but étant de compiler les informations locales concernant les risques de catastrophe, y compris les catastrophes naturelles, les vulnérabilités et les risques liés au changement climatique, afin d'établir et de tenir à jour une cartographie des risques locaux³⁷⁴.

130. Certains États procèdent normalement à la surveillance météorologique pour détecter les risques potentiels. Aux États-Unis, par exemple, le Service météorologique national, initialement au service du monde agricole, ne cesse de montrer son utilité pour la prévention des catastrophes³⁷⁵. Dans ce pays, les prévisions météorologiques sont l'affaire d'un certain nombre d'entités, dont le Service météorologique national, la Federal Aviation Administration (qui établit des prévisions à l'intention des compagnies aériennes et pour les vols), la National Oceanic and Atmospheric Administration (qui met en œuvre le dispositif national d'alerte en cas d'urgence), et de plusieurs autorités d'États, comme l'Utah Department of Transportation (qui prévoit les risques d'avalanche)³⁷⁶. En outre, les États coopèrent à l'élaboration de systèmes d'alerte météorologique internationaux, sous l'égide de l'Organisation météorologique mondiale³⁷⁷.

³⁶¹ Ibid.

³⁶² Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes naturelles (A/CONF.172/9) [voir *supra* la note 29], chap. I, résolution 1, annexe I.

³⁶³ Résolutions 59/233, du 22 décembre 2004, par. 3; 61/200, du 20 décembre 2006, par. 7; et 63/217, du 19 décembre 2008, par. 10.

³⁶⁴ Voir le cadre méthodologique du G20 et de l'OCDE sur l'évaluation des risques de catastrophe et le financement de ces risques, disponible en ligne à l'adresse suivante: www.oecd.org/gov/risk/G20disasterriskmanagement.pdf (en anglais).

³⁶⁵ Voir la compilation des rapports nationaux sur le suivi de la mise en œuvre du Cadre d'action de Hyogo (2009-2011), Cadre d'action de Hyogo, priorité 1, indicateur de base 1.1; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority1-1%282009-2011%29.pdf (en anglais).

³⁶⁶ Parmi les réalisations, on citera l'élaboration d'une évaluation nationale des risques et d'un profil de risques national en République démocratique populaire lao; l'élaboration d'évaluations des risques urbains au Mexique, au Mozambique et au Népal; la création d'un observatoire national des catastrophes en Arménie; et le lancement d'une évaluation complète des risques au Mozambique.

³⁶⁷ Bangladesh, Bhoutan, Chili, Colombie, Costa Rica, El Salvador, Inde, Népal, Pakistan, Panama, Pérou et Sri Lanka.

³⁶⁸ Inde, loi relative à la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 315), art. 21.

³⁶⁹ Ibid., art. 30.

³⁷⁰ Japon, loi sur la lutte contre les catastrophes (voir *supra* la note 342), art. 35.

³⁷¹ Philippines, loi nationale relative à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe de 2010 (voir *supra* la note 344), par. 3, 4 et 12.

³⁷² Viet Nam, ordonnance relative à la prévention et à la maîtrise des inondations et des orages, et mesures d'application (voir *supra* la note 349), art. 10 et 11.

³⁷³ Philippines, loi nationale relative à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe de 2010 (voir *supra* la note 344), par. 9.

³⁷⁴ Ibid., par. 12.

³⁷⁵ Baum, *When Nature Strikes: Weather Disasters and the Law*, p. 3.

³⁷⁶ Ibid., p. 9 et 14.

³⁷⁷ Ibid., p. 15.

b) *Collecte et diffusion d'informations sur les risques*

131. Rassembler et diffuser l'information sur les risques participe de la prévention en ce que cela permet de réduire les vulnérabilités et de renforcer la capacité de résistance aux catastrophes, comme le dit le Cadre d'action de Hyogo :

Les catastrophes peuvent être en grande partie prévenues si les populations sont bien informées et acquises à une culture de la prévention et de la résilience, ce qui exige de recueillir, de rassembler et de diffuser les connaissances et les informations pertinentes concernant les aléas, les facteurs de vulnérabilité et les capacités³⁷⁸.

En outre, comme il ressort d'un rapport sur la mise en œuvre du Cadre d'action :

Les méthodes de collecte et de diffusion de données permettent aux décideurs et au public de comprendre les risques auxquels sont exposés un pays ainsi que ses vulnérabilités sociales, économiques, environnementales et physiques. Grâce à ces informations, diffusées largement et en temps voulu, les populations peuvent prendre des mesures efficaces de réduction des risques³⁷⁹.

132. Au titre de la troisième priorité du Cadre d'action de Hyogo, les États doivent entreprendre toute une série d'activités, notamment permettre la gestion et la mise en commun de l'information en fournissant, par exemple, « des informations faciles à comprendre sur les risques de catastrophe et les moyens de protection possibles³⁸⁰ ». La Stratégie de Yokohama préconise la collecte et la diffusion d'informations « pour sensibiliser davantage le public aux catastrophes naturelles et lui faire comprendre qu'il est possible d'en atténuer les effets³⁸¹ ».

133. La collecte et la diffusion de données sont partie intégrante des politiques nationales. Ainsi, la Chine a dit avoir adopté une politique ambitieuse dans le but de rendre accessible l'information sur les risques, y compris au moyen d'une stratégie de sensibilisation de l'ensemble des habitants³⁸². D'autres pays consacrent des bases de données aux pertes occasionnées par les catastrophes, les décideurs pouvant ainsi s'informer des risques et des vulnérabilités au niveau local³⁸³.

134. Parmi les 14 États retenus, le Royaume-Uni a adopté une loi qui prescrit la tenue d'un registre des ouvrages et édifices vulnérables et la diffusion de cartes et d'informations concernant les risques d'inondation et d'érosion³⁸⁴. En Algérie, la loi stipule que les citoyens ont le droit de connaître les vulnérabilités et les risques auxquels ils sont exposés en matière de catastrophes, les services qui sont à leur disposition pour la prévention des

risques et l'identité des acteurs chargés de la gestion des catastrophes³⁸⁵. La Colombie a mis en place un système national d'information aux fins de la gestion des risques de catastrophe, spécialement chargé de recueillir et de publier des informations relatives aux normes, protocoles, solutions techniques et méthodes qui permettent de réduire les risques. Cette entité se veut essentiellement banque de connaissances en matière de réduction des risques de catastrophe³⁸⁶.

135. Dans certains cas, l'État a été poussé par des accidents industriels à adopter des règles plus strictes, qui ont eu comme corollaire de réduire les risques de catastrophe causée par l'homme grâce à l'identification des risques et au partage de l'information. En 1984, une fuite de gaz chimique dans une usine chimique à Bhopal (Inde) a fait des milliers de morts et de blessés au sein de la population vivant à proximité³⁸⁷. À la suite de cet accident, l'Inde a adopté une législation portant réglementation du secteur industriel. La loi de 1986 relative à la protection de l'environnement interdit aux industries d'exploitation ou de transformation d'émettre des polluants de l'environnement au-delà des normes prescrites³⁸⁸. Aux termes de la réglementation de 1989 relative à la fabrication, l'entreposage et l'importation de produits chimiques dangereux, les autorités chargées de la lutte contre la pollution ont pour mission d'inspecter régulièrement les entreprises industrielles³⁸⁹ et d'exiger qu'elles fournissent des rapports d'audit ainsi que des plans de gestion des situations d'urgence et des catastrophes³⁹⁰.

136. La catastrophe de Bhopal a également poussé les autorités à prescrire des études d'impact sur l'environnement, de nature à renseigner sur tous les effets potentiellement néfastes sur l'environnement et les plans de gestion des catastrophes prévus pour y faire face, qui sont un autre moyen d'identifier les risques et de partager l'information³⁹¹. La réglementation industrielle peut également consacrer le droit à l'information, telle que la loi sur la planification d'urgence et le droit à l'information, adoptée par les États-Unis en 1986, qui prescrit l'inventaire des rejets toxiques³⁹². En vertu de cette loi, la publication des produits chimiques toxiques est obligatoire³⁹³. Ces informations sont ensuite utilisées par d'autres groupes pour mieux comprendre les risques, leur répartition et leur réduction³⁹⁴.

c) *Mesures de contrôle de l'occupation des sols*

137. Les mesures de contrôle de l'occupation des sols sont le moyen pour l'État d'interdire certaines activités

³⁷⁸ Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes (A/CONF.206/6) [voir *supra* la note 49], chap. I, résolution 2, par. 18.

³⁷⁹ « Implementing the Hyogo Framework for Action in Europe: Advances and Challenges », p. 36, disponible en ligne à l'adresse suivante : www.unisdr.org/files/48254_hfareport2016.pdf.

³⁸⁰ Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes (A/CONF.206/6) [voir *supra* la note 49], chap. I, résolution 2, par. 18 i) a.

³⁸¹ Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes naturelles (A/CONF.172/9) [voir *supra* la note 29], chap. I, résolution 1, annexe I, par. 12 a) i).

³⁸² A/66/301, annexe, par. 8.

³⁸³ *Ibid.*, par. 24.

³⁸⁴ Royaume-Uni, loi sur la gestion des inondations et de l'eau (voir *supra* la note 347), art. 21.

³⁸⁵ Algérie, loi relative à la prévention des risques majeurs et à la gestion des catastrophes dans le cadre du développement durable (voir *supra* la note 306), art. 11.

³⁸⁶ Colombie, loi portant création du Système national de gestion des risques et des catastrophes (voir *supra* la note 354), art. 45.

³⁸⁷ Francis, « Legal aspects of disaster management and rehabilitation: the recent Indian experience of the tsunami disaster ».

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 246 et 247.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*, p. 247.

³⁹² Fortun, « Environmental right-to-know and the transmutations of law ».

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ *Ibid.*

dans des zones vulnérables ou de prévenir tout type d'accès à telle ou telle zone. L'étendue du contrôle dépend de la probabilité et de la gravité des risques envisagés dans une zone donnée. Ainsi, l'Algérie s'assigne pour objectifs premiers l'amélioration de la connaissance des risques et de leur surveillance, compte tenu des risques dans le secteur du bâtiment et de la construction, et la mise en place de dispositifs de gestion de tous les types de catastrophes³⁹⁵. Avant d'énumérer un certain nombre de mesures précises que l'État peut prendre au titre des plans de gestion des catastrophes, la loi cite cinq principes qui sous-tendent les politiques de l'État : le principe de précaution et de prudence, le principe de concomitance, le principe d'action préventive et de correction par priorité à la source, le principe de participation et le principe d'intégration des techniques nouvelles³⁹⁶. La loi interdit toutes constructions dans les zones de risques de failles sismiques et d'inondations³⁹⁷. De même, au Costa Rica, des restrictions à l'occupation des sols sont dictées par l'impératif de prévention des catastrophes³⁹⁸. Au Royaume-Uni, l'État a toute latitude pour restreindre certaines formes d'occupation des sols ou en prescrire d'autres³⁹⁹.

138. En 1991, l'Inde a adopté la Réglementation des zones côtières, qui encadre les activités de développement dans un rayon de 500 mètres de la limite de la marée haute pour réduire les dommages éventuels causés par les tsunamis⁴⁰⁰. Les mesures de contrôle de l'occupation des sols sont également efficaces à Cuba, où l'Institut de l'aménagement du territoire a fixé des règles portant des normes de sécurité minimales pour certains projets de construction⁴⁰¹, voire interdisant totalement la construction dans certaines zones⁴⁰². Le Gouvernement cubain s'emploie également à promouvoir l'urbanisation en veillant à ménager aux populations rurales un accès aux services publics essentiels : en réduisant la taille de la population urbaine, les risques de catastrophe accentués par la surpopulation peuvent être évités⁴⁰³. En appliquant des mesures de contrôle de l'occupation des sols, les États cherchent à réduire la vulnérabilité de la population aux risques potentiels et limiter tout dommage résultant de toute catastrophe dans telle ou telle zone. Toutefois, dans certains cas, ces mesures ne sont pas aussi efficaces. Ainsi, aux États-Unis, l'État ne peut pas toujours imposer de restrictions à l'occupation des sols⁴⁰⁴.

³⁹⁵ Algérie, loi relative à la prévention des risques majeurs et la gestion des catastrophes dans le cadre du développement durable (voir *supra* la note 306), art. 7.

³⁹⁶ *Ibid.*, art. 8.

³⁹⁷ *Ibid.*, art. 19.

³⁹⁸ Costa Rica, loi nationale sur les situations d'urgence et la prévention des risques (voir *supra* la note 339), art. 34.

³⁹⁹ Royaume-Uni, loi sur la gestion des inondations et de l'eau (voir *supra* la note 347), art. 3.

⁴⁰⁰ Francis, « Legal aspects of disaster management and rehabilitation », p. 247 et 248.

⁴⁰¹ Farber et Chen, *Disasters and the Law*, p. 218.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) [il a été conclu qu'une loi de la Caroline du Sud qui interdisait à un propriétaire foncier de construire des structures permanentes habitables sur des îles au large des côtes de la Caroline du Sud constituait une dépossession appelant une réparation adéquate].

139. Autre forme de restriction de l'occupation des sols, les États-Unis ont également recours à la réglementation en matière d'environnement. La destruction des zones humides en Louisiane du fait du développement industriel a considérablement réduit la capacité naturelle de la région à résister aux cyclones ; toutefois, grâce à la loi sur l'assainissement de l'eau, l'État peut prendre des mesures dans le but de contrôler la mise en valeur des zones humides⁴⁰⁵. En protégeant et en régénérant ces zones, l'État espère, entre autres objectifs, réduire les dommages causés par les tempêtes en tirant avantage du rempart naturel qu'elles constituent⁴⁰⁶.

140. La prévention des risques peut, certes, revêtir diverses formes, mais plusieurs lois sur la réduction des risques de catastrophe en citent au moins quelques-unes de manière précise.

2. RÉDUCTION DES DOMMAGES

141. Il s'agit des mesures prises par l'État pour réduire les dommages causés par toute catastrophe. Cette approche peut être multiforme, comme l'obligation de respecter certaines normes de sûreté en matière de bâtiment dans les zones à risque ou de construction de digues.

a) Normes de construction

142. La loi algérienne institue par voie réglementaire des normes de construction dans divers cas de catastrophe⁴⁰⁷. Au Viet Nam, l'ordonnance impose des normes de construction d'installations comme les digues⁴⁰⁸. La loi britannique donne en exemple un certain nombre de mesures à prendre en cas de risques d'inondation ou d'érosion côtière, à savoir détruire ou modifier les bâtiments et utiliser le pouvoir législatif de l'État pour autoriser, demander, restreindre ou prévenir certaines activités⁴⁰⁹. En outre, l'État a l'obligation de tenir un registre des ouvrages et édifices qui pourraient avoir un effet important sur les risques d'inondation dans la zone en question, ainsi qu'un dossier d'information sur les propriétaires et l'état de conservation de ces ouvrages et édifices⁴¹⁰. Venue modifier la loi de 1984 sur le bâtiment, cette loi porte que ceux qui construisent ou équiper un bâtiment doivent prendre des mesures pour accroître la résistance ou la résilience de l'édifice aux inondations⁴¹¹.

b) Assurance

143. Les assurances sont un autre moyen dont l'État dispose pour réduire les dommages causés par les catastrophes. En 1991, l'Inde a adopté la loi sur l'assurance responsabilité civile, qui prescrit aux entreprises industrielles

⁴⁰⁵ Farber et Chen, *Disasters and the Law*, p. 211 et 212.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ Algérie, loi relative à la prévention des risques majeurs et à la gestion des catastrophes dans le cadre du développement durable (voir *supra* la note 306), art. 23.

⁴⁰⁸ Viet Nam, ordonnance relative à la prévention et à la maîtrise des inondations et des orages, et mesures d'application (voir *supra* la note 349), art. 34 et 35.

⁴⁰⁹ Royaume-Uni, loi sur la gestion des inondations et de l'eau (voir *supra* la note 347), art. 3.

⁴¹⁰ *Ibid.*, art. 21.

⁴¹¹ *Ibid.*, art. 40.

de souscrire une police d'assurance pour répondre de tous les dommages qui pourraient résulter de leurs activités, tels que les dangers potentiels sur l'environnement⁴¹². Les États-Unis ont adopté un programme national d'assurance contre les inondations, qui rend moins attrayante l'occupation des zones inondables, de manière à réduire le risque de catastrophe⁴¹³. En prescrivant aux propriétaires fonciers de souscrire une police d'assurance contre les inondations et en majorant les primes d'assurance à chaque réclamation, ce programme décourage l'occupation des zones inondables⁴¹⁴. La Californie a également institué un régime d'assurance contre les séismes, selon le même principe⁴¹⁵.

144. Même si la plupart des lois sur la réduction des risques de catastrophe restent vagues sur les mesures que l'État doit ou devrait prendre pour réduire les dommages, tous les plans visent dans une certaine mesure les dommages comme objet de la législation, laissant le choix des méthodes à utiliser aux autorités investies de la mission de légiférer plus avant.

3. PRÉPARATION AUX CATASTROPHES

145. On entend par là les mesures que l'État prend en anticipation de telle ou telle catastrophe, et qui, le moment venu, facilitent la fourniture d'une assistance. La loi sud-africaine de 2002 relative à la gestion des catastrophes en donne une définition détaillée: «la préparation aux situations d'urgence s'entend d'un état de préparation qui permet aux pouvoirs publics et à d'autres institutions qui interviennent dans la gestion des catastrophes, au secteur privé, aux collectivités et aux particuliers de se mobiliser, de s'organiser et de fournir des secours pour faire face à toute catastrophe imminente ou en cours, ou aux effets de toute catastrophe⁴¹⁶». Le plus souvent, l'État procède à la préparation aux catastrophes en établissant une hiérarchie des institutions ou des acteurs compétents et en définissant leurs rôles et responsabilités.

a) Cadre institutionnel

146. Dans nombre d'États, la législation décrit dans le détail une nouvelle entité ayant pour vocation expresse de promouvoir des politiques de réduction des risques de catastrophe, y compris la préparation aux catastrophes⁴¹⁷, ou confie des responsabilités supplémentaires à des acteurs politiques ou non gouvernementaux existants⁴¹⁸. Souvent, ces nouvelles entités sont à composition hétérogène, étant

constituées de membres de nombreux ministères et, dans certains cas, d'acteurs non étatiques tels que des entreprises et des organisations syndicales. Étant donné l'accent mis sur la gestion des catastrophes dans les textes de loi choisis, il n'est pas surprenant que la dotation en effectifs et la définition des rôles des nouvelles entités publiques spécialement chargées de la question occupent une grande place dans quasiment toute loi interne. Parmi les États étudiés, seule l'Algérie n'identifie pas précisément le service de l'État chargé de concevoir et mettre en place les politiques de réduction ou de gestion des risques de catastrophe⁴¹⁹. La plupart des États créent non seulement une entité nationale ou un plan national de gestion des catastrophes, mais créent également des entités parallèles décentralisées à d'autres échelons de l'État⁴²⁰. Ainsi, la loi indienne sur la gestion des catastrophes crée une autorité nationale⁴²¹, chargée d'élaborer un plan de gestion des catastrophes⁴²², mais organise également des institutions aux niveaux des États⁴²³ et des districts⁴²⁴, ayant pour mission d'appliquer le plan national au niveau local.

147. En général, ces entités, en particulier au niveau national, comptent un grand nombre de ministres et regroupent donc un vaste éventail de compétences⁴²⁵. Aux Philippines, au Conseil national de réduction et de gestion des risques, qui est dirigé par le Secrétaire du Département de la défense nationale, siègent également les Secrétaires du Département de l'intérieur et des collectivités locales, des affaires sociales et du développement, des sciences et des technologies, de la santé, de l'environnement et des ressources naturelles, de l'agriculture, le Chef de l'Office national de l'économie et du développement et 36 autres membres, y compris d'autres organes gouvernementaux, des représentants régionaux et locaux et des représentants du secteur privé et de la société civile⁴²⁶.

148. Dans plusieurs États, il a été décidé que le chef de gouvernement serait l'agent principal des institutions de gestion des catastrophes, ce qui dit assez l'importance

⁴¹² Francis, «Legal aspects of disaster management and rehabilitation», p. 248.

⁴¹³ Farber et Chen, *Disasters and the Law*, p. 228.

⁴¹⁴ Ibid.

⁴¹⁵ Moréteau, «Catastrophic harm in United States law: liability and insurance», p. 69 et 80.

⁴¹⁶ Afrique du Sud, loi relative à la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 326), art. 1.

⁴¹⁷ Voir, par exemple, l'Autorité nationale de gestion des catastrophes en Inde, créée par l'article 3 de loi relative à la gestion des catastrophes (note 315 *supra*), et le Conseil national de réduction des risques et de gestion des catastrophes ou situations d'urgence de l'État plurinational de Bolivie, créé par l'article 8 de la loi sur la réduction des risques et la gestion des catastrophes (note 337 *supra*).

⁴¹⁸ Voir, par exemple, Viet Nam, ordonnance relative à la prévention et à la maîtrise des inondations et des orages, et mesures d'application (note 349 *supra*), art. 6.

⁴¹⁹ Voir Algérie, loi relative à la prévention des risques majeurs et à la gestion des catastrophes dans le cadre du développement durable (note 306 *supra*), art. 50 et 52 (demandant que soient mis en place des plans de gestion des catastrophes aux niveaux national, régional et municipal, mais sans en préciser la structure, la composition ou les éléments clefs).

⁴²⁰ Voir, par exemple, État plurinational de Bolivie, loi sur la réduction des risques et la gestion des catastrophes (note 337 *supra*), art. 11 et 12; Viet Nam, décret n° 32-CP (20 mai 1996), art. 3 et 7; Philippines, loi nationale relative à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe de 2010 (note 344 *supra*), par. 10 et 11; Afrique du Sud, loi relative à la gestion des catastrophes (note 326 *supra*), par. 22 à 25 et 43 à 50; Japon, loi sur la lutte contre les catastrophes (note 342 *supra*), art. 3 à 5; et États-Unis, *Homeland Security Act* (note 348 *supra*), par. 317.

⁴²¹ Inde, loi relative à la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 315), art. 3.

⁴²² Ibid., art. 10.

⁴²³ Ibid., art. 14.

⁴²⁴ Ibid., art. 25.

⁴²⁵ Voir, par exemple, État plurinational de Bolivie, loi sur la réduction des risques et la gestion des catastrophes (note 337 *supra*), art. 8; Viet Nam, décret n° 32-CP (20 mai 1996), art. 11; Afrique du Sud, loi relative à la gestion des catastrophes (note 326 *supra*), par. 5; et Nicaragua, loi portant création d'un système national de prévention, d'atténuation et de gestion des catastrophes (note 343 *supra*), art. 10.

⁴²⁶ Philippines, loi nationale relative à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe de 2010 (voir *supra* la note 344), par. 5.

accordée à la question⁴²⁷. Poussant plus loin le principe, Sri Lanka a désigné non seulement le Président mais aussi le Premier Ministre et le Chef de l'opposition comme responsables du Conseil national de gestion des catastrophes⁴²⁸.

149. Enfin, les textes portant gestion des catastrophes édictent généralement des obligations à la charge des entités et des plans de gestion des catastrophes⁴²⁹. En Colombie, par exemple, le plan national doit prévoir un système permettant de classer les risques par ordre de priorité, de les surveiller, d'informer les populations concernées de leur existence et de prendre des mesures visant à prévenir ou à réduire les dommages causés par les catastrophes⁴³⁰.

b) Financement

150. La législation veut que des fonds soient mis à la disposition des pouvoirs publics pour leur permettre de s'acquitter des obligations qu'ils ont créées. Les lois concernant la gestion des catastrophes consacrent d'ordinaire des dispositions au financement. Toutefois, dans la plupart des cas, la loi ne fixe pas de montants spécifiques. La loi algérienne ne parle pas de financement. Plusieurs lois créent un fonds aux fins de la gestion des catastrophes, y compris la réduction des risques⁴³¹. Dans certains cas, ces fonds sont autorisés mais non pas prescrits⁴³².

⁴²⁷ Voir, par exemple, Japon, loi sur la lutte contre les catastrophes (note 342 *supra*), art. 11 ; Nicaragua, loi portant création d'un système national de prévention, d'atténuation et de gestion des catastrophes (note 343 *supra*), art. 10 ; Colombie, loi portant création du Système national de gestion des risques et des catastrophes (note 354 *supra*), art. 9 ; et État plurinational de Bolivie, loi sur la réduction des risques et la gestion des catastrophes (note 337 *supra*), art. 8.

⁴²⁸ Sri Lanka, loi relative à la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 346), art. 3.

⁴²⁹ Voir, par exemple, État plurinational de Bolivie, loi sur la réduction des risques et la gestion des catastrophes (note 337 *supra*), art. 5 ; États-Unis, *Homeland Security Act* (note 348 *supra*), par. 318 ; Inde, loi relative à la gestion des catastrophes (note 315 *supra*), art. 10 ; Japon, loi sur la lutte contre les catastrophes (note 342 *supra*), art. 3 à 5 ; Philippines, loi nationale relative à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe de 2010 (note 344 *supra*), par. 6 ; Sri Lanka, loi relative à la gestion des catastrophes (note 346 *supra*), art. 4 ; Afrique du Sud, loi relative à la gestion des catastrophes (note 326 *supra*), par. 4 ; Nicaragua, loi portant création d'un système national de prévention, d'atténuation et de gestion des catastrophes (note 343 *supra*), art. 7 ; et Royaume-Uni, loi sur la gestion des inondations et de l'eau (note 347 *supra*), art. 7.

⁴³⁰ Colombie, loi portant création du Système national de gestion du risque de catastrophe (voir *supra* la note 354), art. 6.

⁴³¹ État plurinational de Bolivie, loi sur la réduction des risques et la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 337), art. 21 (portant création d'un fonds pour la réduction des risques et le relèvement économique) ; Nicaragua, loi portant création d'un système national de prévention, d'atténuation et de gestion des catastrophes (voir *supra* la note 343), art. 12 et 13 (portant création d'un fonds national pour les catastrophes qui comprend des ressources provenant du budget national et de dons de sources nationales et internationales) ; Colombie, loi portant création du Système national de gestion du risque de catastrophe (voir *supra* la note 354), art. 46 à 54 (renommant le Fonds national des catastrophes Fonds national de gestion des risques de catastrophe et fixant les procédures relatives à la gestion du Fonds).

⁴³² Viet Nam, ordonnance relative à la prévention et à la maîtrise des inondations et des orages, et mesures d'application (voir *supra* la note 349), art. 27 ; Inde, loi relative à la gestion des catastrophes (2005) [voir *supra* la note 315], art. 46 à 49 ; Japon, loi sur la lutte contre les catastrophes (voir *supra* la note 342), art. 94 et 101 ; Afrique du Sud, loi relative à la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 326), par. 56 et 57 ; Royaume-Uni, loi sur la gestion des inondations et de l'eau (voir *supra* la note 347), art. 16.

Enfin, les États-Unis⁴³³, les Philippines⁴³⁴ et Sri Lanka⁴³⁵ ont chacun une loi fixant des niveaux de financement spécifiques à affecter à la gestion des catastrophes. Ces dispositions financières permettent à l'État de mettre en œuvre la politique de réduction des risques de catastrophe envisagée sans devoir emprunter de nouveau la procédure budgétaire.

c) Planification préalable et éducation à l'échelon communautaire

151. La planification préalable implique une action à l'échelon communautaire. Dans la plupart des cas, l'État le fait dans le cadre de campagnes d'éducation et de sensibilisation prescrites par la législation portant réduction des effets des catastrophes. Ainsi, au Japon, la Société de la Croix-Rouge du Japon est expressément investie d'une mission spéciale en matière de planification préalable à l'échelon communautaire⁴³⁶. Aux Philippines, par contre, la gestion des risques de catastrophe est d'enseignement obligatoire aux cycles secondaire et supérieur, tous les agents de l'État étant tenus de suivre une formation en la matière⁴³⁷.

152. La loi indienne recommande par ailleurs de recenser les bâtiments qui peuvent servir de centres de secours en cas de catastrophe, de stocker des vivres, de fournir des informations aux pouvoirs publics, d'encourager la participation des organisations non gouvernementales et de la société civile et de veiller au bon fonctionnement des systèmes de communication (notamment en les soumettant à des essais périodiques)⁴³⁸. Au Japon, les plans locaux de gestion des catastrophes doivent organiser les provisions d'urgence, leur stockage et leur distribution, et les opérations de prévention des catastrophes⁴³⁹. Au Viet Nam, l'accent est mis sur l'éducation et l'exécution de programmes éducatifs, le but étant de sensibiliser la population aux phénomènes des tempêtes et inondations⁴⁴⁰. Le Royaume-Uni prescrit l'assistance financière aux personnes, l'éducation du public et la publication de directives et d'instructions sur la gestion des risques⁴⁴¹.

⁴³³ États-Unis, *Homeland Security Act* (voir *supra* la note 348), par. 321 j (autorisant l'ouverture d'un crédit de plus de 5,5 milliards de dollars pour la période 2004-2013).

⁴³⁴ Philippines, loi nationale relative à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe de 2010 (voir *supra* la note 344), par. 21 (le fonds local pour la réduction des risques de catastrophe et la gestion des catastrophes est financé à pas moins de 5 % du montant estimatif des recettes des sources ordinaires – c'est-à-dire les recettes fiscales – pour financer les activités de gestion des risques de catastrophe, 30 % de ces fonds étant alloués aux interventions d'urgence). Voir également *ibid.*, par. 23 (allouant 1 milliard de pesos au Bureau de la défense civile pour mener des activités de réduction des risques de catastrophe).

⁴³⁵ Sri Lanka, loi relative à la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 346), art. 16 (allouant au Conseil national de la gestion des catastrophes un capital de départ de 10 millions de roupies).

⁴³⁶ Japon, loi sur la lutte contre les catastrophes (voir *supra* la note 342), art. 2.

⁴³⁷ Philippines, loi nationale relative à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe de 2010 (voir *supra* la note 344), par. 4.

⁴³⁸ Inde, loi relative à la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 315), art. 30.

⁴³⁹ Japon, loi sur la lutte contre les catastrophes (voir *supra* la note 342), art. 42.

⁴⁴⁰ Viet Nam, décret n° 32-CP (20 mai 1996), art. 11.

⁴⁴¹ Royaume-Uni, loi sur la gestion des inondations et de l'eau (note 347 *supra*), art. 3.

Toutefois, l'État ne formule en général guère de recommandations ou des prescriptions précises concernant la structure ou le contenu de cette éducation.

d) *Alerte rapide*

153. Déjà en 1971, l'Assemblée générale était consciente de l'importance des systèmes d'alerte rapide en tant qu'élément essentiel de la prévention⁴⁴². Elle en fera état par la suite dans presque toutes ses résolutions sur la question⁴⁴³. Le Conseil économique et social a souligné que l'alerte rapide devrait être un « élément clef » de toutes initiatives régionales, nationales et locales de prévention⁴⁴⁴.

154. Comme il ressort de la Stratégie de Yokohama, « [l']alerte rapide en cas de catastrophe imminente et la diffusion efficace d'informations [...] sont des éléments clefs du succès de la prévention des catastrophes⁴⁴⁵ ». On y a vu une modalité essentielle de la prévention aux niveaux national, régional et international⁴⁴⁶.

155. Le Cadre d'action de Hyogo parle expressément de l'alerte rapide, qui est visée sous la deuxième priorité, les États Membres étant encouragés à envisager de mener les activités essentielles ci-après :

d) Mettre en place des systèmes d'alerte rapide axés sur les populations, qui, en particulier, permettent d'alerter en temps voulu les personnes menacées en leur adressant des messages qui leur soient compréhensibles, tiennent compte des caractéristiques des publics visés (démographie, sexe, culture et moyens de subsistance), donnent des instructions sur la marche à suivre en cas d'alerte et contribuent au bon déroulement des opérations menées par les responsables des interventions en cas de catastrophe et les autres décideurs[.]

e) Mettre en place, revoir périodiquement et gérer des systèmes d'information dans le cadre des systèmes d'alerte rapide afin d'assurer la rapidité et la coordination des interventions en cas d'alerte ou de situation d'urgence[.]

[...]

g) Appliquer les textes issus de la deuxième Conférence internationale sur les systèmes d'alerte rapide, tenue à Bonn (Allemagne) en 2003, notamment en renforçant la coordination et la coopération entre tous les secteurs et acteurs concernés le long de la chaîne de l'alerte rapide afin que les systèmes d'alerte soient pleinement efficaces[.]

h) Appliquer la Stratégie de Maurice pour la poursuite de la mise en œuvre du Programme d'action de la Barbade pour le développement durable des petits États insulaires en développement, notamment en mettant en place des systèmes d'alerte rapide efficaces ou en renforçant les systèmes existants et en prenant d'autres mesures pour faire face aux catastrophes et en atténuer les effets⁴⁴⁷.

⁴⁴² Au paragraphe 8 de sa résolution 2816 (XXVI), du 14 décembre 1971, l'Assemblée générale a invité les gouvernements des pays appelés à bénéficier éventuellement de l'aide à améliorer leur dispositif national d'alerte.

⁴⁴³ Voir, par exemple, les résolutions de l'Assemblée générale : 46/182, du 19 décembre 1991 ; 59/233, du 22 décembre 2004, par. 7 ; 60/196, du 22 décembre 2005, par. 8 ; 61/200, du 20 décembre 2006, par. 9 ; et 63/217, du 19 décembre 2008, par. 12.

⁴⁴⁴ Résolution 1999/63 du Conseil économique et social.

⁴⁴⁵ Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes naturelles (A/CONF.172/9) [voir *supra* la note 29], chap. 1, annexe I.

⁴⁴⁶ Voir, par exemple, la résolution 36/225, du 17 décembre 1981, de l'Assemblée générale.

⁴⁴⁷ Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes (A/CONF.206/6) [voir *supra* la note 49], chap. I, résolution 2, par. 17 ii).

156. Au nombre des États et territoires dotés de systèmes nationaux d'alerte rapide comportant un volet d'information des populations, on citera les suivants : Allemagne, Anguilla, Antigua-et-Barbuda, Arménie, Australie, Bangladesh, Bolivie (État plurinational de), Botswana, Canada, Cap-Vert, Chili, Colombie, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Équateur, États-Unis, ex-République yougoslave de Macédoine, Fidji, Finlande, Géorgie, Ghana, Guatemala, Honduras, îles Caïmanes, îles Cook, Îles Marshall, Îles Salomon, îles Turques et Caïques, îles Vierges britanniques, Inde, Indonésie, Italie, Jamaïque, Japon, Kenya, Lesotho, Madagascar, Malaisie, Maldives, Maroc, Maurice, Mexique, Mongolie, Mozambique, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Paraguay, Pérou, Pologne, République arabe syrienne, République démocratique populaire lao, République dominicaine, République tchèque, Sainte-Lucie, Saint-Kitts-et-Nevis, Sénégal, Sri Lanka, Suède, Suisse, Vanuatu, Venezuela (République bolivarienne du) et Zambie⁴⁴⁸.

157. Des 14 États retenus, seuls l'Algérie⁴⁴⁹, les Philippines⁴⁵⁰ et l'Inde⁴⁵¹ se sont spécialement dotés de systèmes d'alerte rapide, un certain nombre d'autres États y faisant allusion en évoquant le partage d'information ou la communication rapide des informations sur les risques. En Afrique du Sud, l'État doit collecter et diffuser des informations sur les phénomènes qui causent ou aggravent les catastrophes et sur les facteurs de risque, les systèmes d'alerte rapide et les ressources d'intervention d'urgence⁴⁵². Le Nicaragua situe le dispositif à trois niveaux de risque dans son système national d'alerte rapide⁴⁵³.

158. Bien entendu, l'alerte rapide n'est pas affaire de politiques ou de lois nationales uniquement, étant évoquée dans des accords multilatéraux et bilatéraux et dans la jurisprudence. Compte tenu de son intérêt pratique, il semble bon de donner quelques exemples de la manière dont l'alerte rapide est envisagée dans ces trois autres sources.

159. Selon l'Accord de l'Association de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence, les États doivent non seulement mettre en place des systèmes d'alerte rapide mais aussi les entretenir et les revoir périodiquement⁴⁵⁴. Cet examen périodique vise à déterminer la pertinence du système d'alerte rapide au regard d'une évaluation régulière des

⁴⁴⁸ Voir la compilation des rapports nationaux sur le suivi de la mise en œuvre du Cadre d'action de Hyogo (2009-2011), Cadre d'action de Hyogo, priorité 2, indicateur de base 2.3 ; disponible en ligne à l'adresse suivante : www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/documents/hfa-report-priority2-3%282009-2011%29.pdf.

⁴⁴⁹ Algérie, loi relative à la prévention des risques majeurs et à la gestion des catastrophes dans le cadre du développement durable (voir *supra* la note 306), art. 17.

⁴⁵⁰ Philippines, loi nationale relative à la réduction et à la gestion des risques de catastrophe de 2010 (note 344 *supra*), par. 4.

⁴⁵¹ Inde, loi relative à la gestion des catastrophes (2005) [voir *supra* la note 315], art. 30.

⁴⁵² Afrique du Sud, loi relative à la gestion des catastrophes (voir *supra* la note 326), par. 17.

⁴⁵³ Nicaragua, loi portant création d'un système national de prévention, d'atténuation et de gestion des catastrophes (voir *supra* la note 343), art. 26 à 31.

⁴⁵⁴ Art. 7, par. 1.

risques⁴⁵⁵. Tout système d'alerte rapide doit comporter un mécanisme de communication d'informations à la population en temps voulu⁴⁵⁶. Les États doivent s'employer à informer et à éduquer toutes personnes se trouvant sur leur territoire ou sous leur contrôle sur la façon de réagir au système d'alerte rapide qui a été mis en place⁴⁵⁷. Parlant de ces systèmes d'alerte rapide, l'Assemblée générale estime qu'ils doivent être axés sur la protection des populations⁴⁵⁸. Selon qu'il conviendra, les États devront également mettre en place un mécanisme d'alerte rapide pour notifier aux autres États les effets transfrontières des risques⁴⁵⁹.

160. Certains accords bilatéraux instituent également des systèmes d'alerte rapide. Ainsi, un accord conclu entre le Royaume-Uni et les États-Unis en 1958 envisage l'amélioration de l'alerte rapide, «l'objectif final étant d'établir plus rapidement, et avec plus d'exactitude, les prévisions de cyclones et les avertissements relatifs aux vents, marées et inondations à effets dévastateurs qu'ils produisent⁴⁶⁰». Très répandue, la pratique interne en matière d'alerte rapide obéit aux besoins et facteurs de risque propres à chaque pays⁴⁶¹.

161. La Cour européenne des droits de l'homme a consacré l'obligation faite à l'État de mettre en place des systèmes d'alerte rapide, ayant conclu dans l'affaire *Boudaïeva* que «rien ne justifi[ait] [...] la faillite des autorités à garantir le fonctionnement du système d'alerte

précoce⁴⁶²» et, par ailleurs, qu'il y avait «un lien de cause à effet entre les graves carences administratives à l'origine [du] défaut de mise en œuvre et le décès», ainsi que les blessures infligées aux requérants⁴⁶³. En outre, sans employer expressément les termes «alerte rapide», elle a jugé également que, en vertu de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la vie), les États avaient «l'obligation positive [...] d'informer le public de manière adéquate de toute situation pouvant mettre la vie en danger⁴⁶⁴».

E. Propositions de projets d'article

162. Compte tenu de ce qui précède, nous proposons les deux projets d'article suivants :

«*Projet d'article 16. Obligation de prévention*»

«1. Les États entreprennent de réduire les risques de catastrophe en adoptant des mesures appropriées pour définir les responsabilités et les mécanismes de responsabilisation et établir les dispositifs institutionnels afin de prévenir de telles catastrophes, d'en atténuer les effets et de s'y préparer.

«2. Ces mesures appropriées consistent notamment dans la réalisation d'évaluations multirisques, la collecte et la diffusion d'informations concernant les pertes et risques, ainsi que la mise en place et l'exploitation de systèmes d'alerte rapide.»

«*Projet d'article 5 ter. Coopération en matière de réduction des risques de catastrophe*»

«La coopération consistera dans l'adoption de mesures censées réduire les risques de catastrophe.»

⁴⁵⁵ Ibid.

⁴⁵⁶ Ibid.

⁴⁵⁷ Ibid.

⁴⁵⁸ Résolutions de l'Assemblée générale: 60/196, du 22 décembre 2005, par. 8; 61/200, du 20 décembre 2006, par. 9; et 63/217, du 19 décembre 2008, par. 12.

⁴⁵⁹ Accord de l'Association de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence, art. 7, par. 2.

⁴⁶⁰ Voir *supra* la note 215.

⁴⁶¹ Bureau des Nations Unies pour la prévention des catastrophes (UNISDR), *Early Warning Practices Can Save Lives: Selected Examples – Good Practices and Lessons Learned*.

⁴⁶² *Boudaïeva et autres c. Russie* (voir *supra* la note 163), par. 155.

⁴⁶³ Ibid., par. 158.

⁴⁶⁴ Ibid., par. 131.

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

[Point 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/661

Deuxième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par M^{me} Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale

[Original: espagnol]
[4 avril 2013]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	39
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	40
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-12 40
<i>Chapitres</i>	
I. PLAN DE TRAVAIL ET ÉCONOMIE DU PRÉSENT RAPPORT	13-18 42
II. PORTÉE DU SUJET ET CHAMP D'APPLICATION DU PROJET D'ARTICLES	19-34 42
III. LES NOTIONS D'IMMUNITÉ ET DE JURIDICTION	35-46 45
A. La notion de juridiction pénale	36-42 45
B. La notion d'immunité de juridiction pénale étrangère	43-46 47
IV. LA DISTINCTION ENTRE IMMUNITÉ <i>RATIONE PERSONAE</i> ET IMMUNITÉ <i>RATIONE MATERIAE</i>	47-53 47
V. ÉLÉMENTS NORMATIFS DE L'IMMUNITÉ <i>RATIONE PERSONAE</i>	54-79 49
A. Portée subjective de l'immunité <i>ratione personae</i>	56-68 49
B. Champ d'application matériel de l'immunité <i>ratione personae</i>	69-74 52
C. Champ d'application temporel de l'immunité <i>ratione personae</i>	75-79 53
VI. PLAN DE TRAVAIL FUTUR	80-81 54
ANNEXE Projets d'article proposés.....	55

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, n° 7310, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, n° 8638, p. 261.
Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969)	Ibid., vol. 1400, n° 23431, p. 231.
Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973)	Ibid., vol. 1035, n° 15410, p. 167.
Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004)	<i>Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49 et Corr.1), vol. I, résolution 59/38, annexe.</i>

Ouvrages cités dans le présent rapport

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

«Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), Paris, Pedone, p. 743 à 755.

«Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73 (session de Naples, 2009), Paris, Pedone, p. 228 à 230.

Introduction

1. Ayant inscrit la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session, en 2006, sur la base de la proposition figurant à l'annexe I de son rapport¹, la Commission du droit international a décidé, à sa cinquante-neuvième session, en 2007, de retenir le sujet intitulé «L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État» dans son programme de travail en cours et de nommer M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet². À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet³.

2. L'ancien Rapporteur spécial a présenté trois rapports dans lesquels il définissait l'angle sous lequel il conviendrait d'envisager le sujet, analysait diverses questions de fond touchant l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère et examinait également les questions de procédure liées à ce type d'immunité⁴. La Commission a examiné les rapports du Rapporteur spécial à ses soixantième et soixante-troisième sessions, en 2008 et en 2011, respectivement. De son côté, la Sixième Commission de l'Assemblée générale s'est penchée sur le sujet à l'occasion de l'examen du rapport de la Commission du droit international, en particulier en 2008 et en 2011.

3. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la Commission a nommé au poste de Rapporteuse spéciale M^{me} Concepción Escobar Hernández, en remplacement de M. Roman A. Kolodkin, membre sortant de la Commission⁵. Après sa nomination, la Rapporteuse spéciale a tenu, le 30 mai 2012, une première séance de consultations avec les membres de la Commission sur la base d'une série de questions qu'elle avait soulevées dans un document de travail dont la teneur est reproduite dans le rapport préliminaire⁶.

4. La Rapporteuse spéciale a saisi la Commission d'un rapport préliminaire concernant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, rapport que

cette dernière a examinée pendant la seconde partie de sa soixante-quatrième session, en 2012⁷.

5. Le rapport préliminaire se voulait un «rapport de transition», par lequel la Rapporteuse spéciale entendait contribuer à clarifier les termes du débat qui s'était tenu jusqu'alors et recenser les principaux points de controverse qui subsistaient et dont l'examen pouvait être poursuivi si la Commission le jugeait utile⁸. Ainsi, le rapport préliminaire se penchait sur l'approche du sujet pendant le quinquennat 2007-2011 selon une triple perspective: a) les travaux de l'ancien Rapporteur spécial; b) son examen par la Commission; c) son examen par la Sixième Commission.

6. À la lumière de ces éléments, le rapport préliminaire recensait un ensemble de questions à examiner intéressant la quasi-totalité des sujets traités dans les trois rapports de l'ancien Rapporteur spécial et à propos desquelles aucun consensus ne s'était dégagé pendant le dernier quinquennat. Se fondant sur cette analyse, la Rapporteuse spéciale a rangé lesdites questions en quatre groupes, qui doivent être examinées tout au long du présent quinquennat, à savoir:

1. Questions générales d'ordre méthodologique et conceptuel:
 - 1.1 La distinction entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae* et ses conséquences.
 - 1.2 L'immunité dans le système de valeurs et les principes du droit international contemporain.
 - 1.3 Les relations entre l'immunité, d'une part, et la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle, de l'autre.
2. L'immunité *ratione personae*:
 - 2.1 Les personnes bénéficiant de l'immunité.
 - 2.2 Le champ *ratione materiae* de l'immunité: actes privés et actes officiels.
 - 2.3 Le caractère absolu ou limité de l'immunité, en particulier la place qu'occupent ou que doivent occuper les crimes internationaux.
3. L'immunité *ratione materiae*:
 - 3.1 Les personnes bénéficiant de l'immunité: la controverse terminologique résiduelle et la notion de représentant de l'État.
 - 3.2 La notion d'acte officiel et sa relation avec la responsabilité de l'État.
 - 3.3 Le caractère absolu ou limité de l'immunité: exceptions et crimes internationaux.
4. Les aspects procéduraux de l'immunité⁹.

¹ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 194, par. 257 et annexe I.

² *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 101, par. 376.

³ *Ibid.*, p. 105, par. 386. Le texte définitif du mémorandum du Secrétariat, intitulé «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État», document A/CN.4/596 et Corr.1, sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie).

⁴ Le rapport préliminaire a été publié dans *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 161; le deuxième rapport a été publié dans *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631; et le troisième rapport a été publié dans *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646.

⁵ *Annuaire... 2012*, vol. I, 3132^e séance, p. 23; et *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 60, par. 84.

⁶ *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654, par. 73.

⁷ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 60 à 67, par. 86 à 139.

⁸ *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654, par. 5.

⁹ *Ibid.*, par. 72.

7. Le rapport préliminaire comportait également diverses considérations d'ordre méthodologique dont la Commission doit tenir compte à l'occasion de ses travaux sur le sujet pendant le quinquennat en cours. Exposées par la Rapporteuse spéciale lors de la présentation de son rapport préliminaire à la Commission, ces considérations peuvent se résumer ainsi :

a) Les travaux futurs sur le sujet doivent reposer sur les rapports présentés par l'ancien Rapporteur spécial, ainsi que sur l'étude du Secrétariat. Cependant, compte tenu des divergences de vues entre les membres de la Commission et au sein de la Sixième Commission, il faut également prendre en considération les différentes opinions exprimées dans ces deux instances dans la suite des travaux précédemment menés par le Secrétariat et l'ancien Rapporteur spécial.

b) Le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État doit être envisagé selon une double perspective: celle de la *lex lata* et de la *lex ferenda*, c'est-à-dire sous l'angle de la codification et du développement progressif. Quoi qu'il en soit, s'agissant d'un sujet complexe et délicat, il semblerait préférable de commencer par l'envisager sous l'angle de la *lex lata* avant d'apprécier l'opportunité de formuler des propositions *de lege ferenda*.

c) Le sujet devrait en toute circonstance être envisagé selon une approche systémique, l'idée étant que toutes les propositions normatives que la Commission viendrait à faire puissent facilement prendre place dans l'ordre juridique international pris au sens large. Il faudrait ainsi prendre en compte tous les principes, toutes les règles et les normes de droit international ayant trait au sujet.

d) Le sujet doit être abordé selon une démarche progressive et ordonnée qui permette de traiter tour à tour des différentes questions relevant des quatre groupes susmentionnés.

e) L'examen du sujet par la Commission doit s'enrichir des débats sur les projets d'article proposés dans les rapports annuels établis par la Rapporteuse spéciale.

8. La Commission du droit international a tenu un débat intéressant sur le rapport préliminaire, consacré aux principales questions traitées dans ledit rapport, notamment celles d'ordre méthodologique et de fond¹⁰. Dans l'ensemble, l'approche méthodologique fondée sur l'examen structuré des questions a recueilli une large adhésion. L'approche systémique préconisée par la Rapporteuse spéciale a, quant à elle, recueilli l'adhésion de la majorité des membres de la Commission, encore que certains aient exprimé quelque doute quant à l'opportunité de retenir les principes et valeurs du droit international positif comme grille d'analyse. En ce qui concerne les questions de fond, les différentes interventions des membres de la Commission ont fait ressortir un large consensus autour des questions à approfondir pendant le quinquennat en cours. Cependant, il subsiste des divergences d'opinion

sur les aspects de fond d'un certain nombre de questions traitées dans le rapport préliminaire.

9. À l'issue de ce débat, la Commission a décidé de demander aux États

de lui donner des informations sur leur législation et leur pratique relatives aux deux points suivants :

a) La distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* se traduit-elle par des conséquences juridiques différentes et, si tel est le cas, comment sont-elles traitées différemment ?

b) Quels critères sont utilisés pour identifier les personnes couvertes par l'immunité *ratione personae* ?¹¹

Pour sa part, l'Assemblée générale a également appelé l'attention des États sur l'intérêt qu'il y avait pour eux de communiquer à la Commission les informations demandées¹². La Rapporteuse spéciale tient à remercier de leur coopération les États qui ont répondu à ces questions à l'occasion des débats tenus à la Sixième Commission en novembre 2012.

10. À la soixante-septième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné le rapport préliminaire sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État établi par la Rapporteuse spéciale à l'occasion de l'examen du rapport de la Commission du droit international¹³. Il ressort des intéressantes interventions faites à cette occasion que beaucoup sont favorables aux approches méthodologiques et à la proposition de travail décrite dans le rapport préliminaire, y compris celle consistant à ordonner les travaux futurs autour de la présentation de projets d'article. Il convient également de souligner que nombre de délégations ont souscrit à l'idée d'une double approche méthodologique reposant à la fois sur la codification et sur le développement progressif, y compris sur le principe de prudence mis en avant dans son rapport préliminaire par la Rapporteuse spéciale, qui propose de commencer les travaux par l'analyse de la *lex lata* avant d'envisager le sujet sous l'angle de la *lex ferenda*.

11. En ce qui concerne les questions de fond évoquées dans le rapport préliminaire, il est à noter que les questions fondamentales toujours controversées ont fait l'objet d'un intense débat. En outre, il convient de souligner la place de choix faite, directement ou indirectement, au débat sur les exceptions à l'immunité, ainsi que le débat autour de l'incidence possible et probable des nouvelles avancées en droit pénal international et la consécration de cette nouvelle branche du droit dans l'ordre juridique international contemporain. Toutefois, il convient également de noter qu'il n'est pas encore dégagé de consensus sur la plupart des questions de fond suscitées par le sujet.

¹¹ Voir *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 13, par. 28.

¹² Voir la résolution 67/92 de l'Assemblée générale, du 14 décembre 2012, par. 4.

¹³ La Sixième Commission a examiné la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État à ses 20^e, 21^e, 22^e et 23^e séances lors de ladite session; en outre, deux États ont évoqué ce sujet à la 19^e séance [voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e à 23^e séance (A/C.6/67/SR.19 à SR.23)]. Voir aussi le résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-septième session, A/CN.4/657, par. 26 à 38.

¹⁰ Pour en savoir plus sur ce débat, voir *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 60 à 67, par. 86 à 139. Voir aussi *ibid.*, vol. I, 3143^e séance, 10 juillet 2012, à 3147^e séance, 20 juillet 2012, p. 100 à 142.

12. Quoi qu'il en soit, il y a lieu de souligner toute l'importance que les États qui participent aux travaux de la Sixième Commission continuent d'attacher au sujet, ainsi qu'il ressort de nouveau de la résolution 67/92, que l'Assemblée

générale a adoptée le 14 décembre 2012 sans la mettre aux voix, au paragraphe 8 de laquelle elle invite la Commission à continuer de donner la priorité au sujet «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État».

CHAPITRE I

Plan de travail et économie du présent rapport

13. Faisant fond sur les approches méthodologiques et la proposition générale décrites dans le rapport préliminaire, le présent rapport s'inspire en outre des débats tenus à la Commission du droit international et à la Sixième Commission en 2012, l'idée étant d'offrir à la Commission un canevas pour ses débats pendant la présente session. À cette fin, le rapport tient compte des apports théoriques sur la matière et des analyses de la pratique proposées dans les rapports établis par l'ancien Rapporteur spécial, ainsi que dans l'étude du Secrétariat¹⁴. Ont également été prises en considération, dans la mesure nécessaire, de nouvelles évolutions survenues l'an passé, en particulier dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de telle ou telle juridiction interne, ainsi que de la décision du Tribunal pénal fédéral suisse en date du 25 juillet 2012¹⁵.

14. Compte tenu de ce qui précède, et conformément à l'approche méthodologique tendant à susciter un débat ordonné et systémique sur le sujet, on traitera tour à tour des questions suivantes :

- a) portée du sujet et champ d'application du projet d'articles (chap. II);
- b) les notions d'immunité et de juridiction (chap. III);
- c) la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* (chap. IV);
- d) la définition des normes de base du régime de l'immunité *ratione personae* (chap. V).

15. Ainsi seront envisagés tous les aspects des questions visées aux points 1.1, 2.1. et 2.2 des groupes thématiques définis dans le rapport préliminaire¹⁶, auxquelles ont été

¹⁴ Mémoire du Secrétariat, «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État», document A/CN.4/596 et Corr.1; le texte définitif de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie).

¹⁵ Décision rendue dans l'affaire n° BB.2011.140 relative à la mise en accusation d'un ancien ministre algérien de la défense, TPF 2012 97.

¹⁶ Voir *supra* le paragraphe 6 et la note 9.

ajoutées trois questions préalables : la définition précise du champ d'application du projet d'articles à établir dans l'année en cours; la notion de juridiction pénale; et la notion d'immunité de la juridiction pénale étrangère.

16. Les questions susvisées sont accompagnées chacune de projets d'article dont la nature est nécessairement différente. Ainsi, les projets d'article consacrés au champ d'application, aux notions d'immunité et de juridiction, ainsi qu'aux notions d'immunité *ratione personae* et d'immunité *ratione materiae* ont valeur introductive et descriptive et doivent par suite trouver place dans une première partie introductive consacrée à la délimitation du champ d'application et aux définitions. En revanche, les projets d'article traitant des éléments normatifs de l'immunité *ratione personae* qui viennent définir les règles de fond applicables à ce type d'immunité doivent faire l'objet d'une section distincte consacrée spécialement à ce type d'immunité.

17. Enfin, il n'a pas été jugé nécessaire à ce stade de traiter séparément les alinéas 1.2 (L'immunité dans le système de valeurs et les principes du droit international contemporain) et 1.3 (Les relations entre l'immunité, d'une part, et la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle, de l'autre), qui relèvent du premier groupe de questions recensées dans le rapport préliminaire. Si ces questions traversent horizontalement le sujet en général, leur étude détaillée ne sera pas sans incidence sur l'examen d'autres questions qui seront traitées à l'occasion de futurs rapports.

18. On peut en dire autant du fait que ce deuxième rapport n'examine pas l'alinéa 2.3 (Le caractère absolu ou limité de l'immunité, en particulier la place qu'occupent ou que doivent occuper les crimes internationaux), relevant du deuxième groupe de questions recensées dans le rapport préliminaire. Encore qu'il traite de l'immunité *ratione materiae*, ledit alinéa est à rapprocher aux fins d'examen des problèmes d'ordre général liés aux exceptions à l'immunité, de sorte que l'on gagnerait à le traiter dans la suite des travaux.

CHAPITRE II

Portée du sujet et champ d'application du projet d'articles

19. L'ancien Rapporteur spécial a abordé la question de la portée du sujet «Immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère» dans son rapport préliminaire¹⁷, dans lequel il recense un certain nombre

d'éléments à prendre en compte pour définir la portée du sujet : le caractère pénal de la juridiction; la qualification de la juridiction comme étant «étrangère»; le caractère national (et non international) de la juridiction à laquelle ferait obstacle l'immunité. Il viendrait s'y ajouter un quatrième élément, sans rapport avec la juridiction mais lié à la personne protégée par l'immunité : il doit s'agir d'un

¹⁷ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 161, en particulier p. 190, par. 103 et 104, et p. 197, par. 130.

fonctionnaire de l'État autre que celui qui voudrait exercer sa compétence. Enfin, le rapport évoque également la situation particulière des agents diplomatiques, agents consulaires, membres des missions spéciales et agents ou fonctionnaires d'une organisation internationale, même si cette situation n'est pas analysée dans la perspective de la définition de la portée du sujet.

20. Ces éléments ont permis de camper le débat sur la portée du sujet, à la Commission et devant la Sixième Commission, débat duquel s'est dégagé une large adhésion en faveur de ces éléments, qui sont par ailleurs des circonstances pertinentes courantes dans la pratique des États s'agissant de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Ainsi, la Rapporteuse spéciale estime que les critères susmentionnés doivent être pris en compte dans la définition du champ d'application du projet d'articles dans son ensemble. D'où l'intérêt de définir précisément le champ d'application.

21. À cette fin, il serait donc indiqué de procéder selon une approche double, qui tienne compte des éléments tant inclusifs qu'exclusifs :

a) le projet d'articles vise la seule juridiction pénale, à l'exclusion de l'immunité de la juridiction civile ou administrative¹⁸;

b) le projet d'articles vise la seule immunité de la juridiction pénale étrangère, c'est-à-dire celle exercée par un État autre que celui de la nationalité du fonctionnaire se prévalant de l'immunité, et ce, à l'exclusion de l'immunité qui peut être accordée en vertu du droit interne de l'État de nationalité du fonctionnaire concerné ;

c) le projet d'articles vise la seule immunité de la juridiction pénale interne de l'État, à l'exclusion de l'immunité de juridiction pénale internationale ;

d) le projet d'articles ne vise pas les personnes qui sont soumises à un régime d'immunité spécial, comme les agents diplomatiques, agents consulaires, membres de missions spéciales ou agents ou fonctionnaires d'une organisation internationale ;

e) le projet d'articles vise la seule immunité des représentants de l'État.

22. Les motifs de ce choix de la délimitation ont déjà été exposés par le menu dans les rapports précédents, mais il convient de revenir brièvement sur certains éléments dignes d'intérêt, tant pour rappeler ou appuyer les arguments déjà avancés par l'ancien Rapporteur spécial ou par d'autres membres de la Commission, que pour ajouter de nouveaux éléments qui peuvent être dignes d'intérêt.

23. En ce qui concerne l'idée de circonscrire le champ d'application du projet d'articles aux immunités de la

juridiction pénale, la Rapporteuse spéciale souligne que c'est là une décision de la Commission d'autant plus justifiée que c'est ce type de juridiction qui suscite les principaux problèmes dans la pratique. Il ne faut pas non plus méconnaître les particularités de la juridiction pénale, qui comporte des éléments étrangers aux juridictions civiles ou administratives. Aussi ne faut-il pas perdre de vue les conséquences que l'exercice de la compétence pénale peut avoir pour la liberté de circulation des personnes, qui peuvent résider non seulement dans une éventuelle condamnation à une peine privative de liberté, mais même avant dans la détention provisoire de l'accusé ou du prévenu par mesure de précaution. N'oublions pas non plus certaines mesures de précaution qui sont bien souvent prises dans l'exercice de la compétence pénale, telles que le retrait du passeport, l'assignation à domicile ou le contrôle judiciaire. Enfin, il convient de noter que l'exercice de poursuites pénales n'est pas sans incidence sur la considération, l'honneur et la dignité de la personne. Par ailleurs, il faudra retenir que les principaux instruments régissant l'immunité des organes de l'État de la juridiction étrangère opèrent une claire distinction entre l'immunité de juridiction pénale et l'immunité de juridiction civile ou administrative, qui sont soumises à des règles différentes¹⁹.

24. Vu ce qui précède, la Rapporteuse spéciale demeure convaincue qu'il convient de circonscrire le champ d'application du projet d'articles à l'immunité de la juridiction pénale, ce qui ne signifie pas, toutefois, qu'il faille méconnaître totalement l'existence de l'immunité des juridictions civiles ou administratives. Ces deux types de juridiction ont en commun avec la juridiction pénale qu'elles ménagent des immunités. En outre, il faut savoir que, dans la pratique, il existe des liens entre les trois types de juridiction. Ainsi, il suffit de rappeler à ce stade les rapports manifestes mis en évidence par la jurisprudence interne et internationale entre la sanction pénale et la sanction administrative ou, d'un point de vue plus général, le fait que, parfois, les poursuites au civil sont un moyen indirect d'obtenir réparation en cas de violation grave du droit, même constitutive d'infraction. Ajoutons enfin que les juridictions civiles, en particulier, se prononcent assez souvent sur la question de l'immunité, décisions qui pourraient s'appliquer *mutatis mutandis* à l'immunité de la juridiction pénale.

25. En tout état de cause, les arguments avancés plus haut n'autorisent pas à remettre en question le choix susvisé de circonscrire le projet d'articles à la juridiction pénale. Y insérer des dispositions consacrées spécialement aux juridictions civile ou administrative serait y introduire une distorsion qui viendrait sans doute compromettre l'issue des travaux de la Commission. Cela dit, celle-ci peut prendre en considération, dans la mesure possible et nécessaire, la pratique des États en matière d'immunité de juridiction civile ou administrative, si l'on peut y puiser des éléments d'ordre conceptuel ou autre propres à contribuer à l'examen du sujet de l'immunité de juridiction pénale.

¹⁸ Bien qu'un membre de la Commission ait récemment souligné l'intérêt qu'il y aurait à se pencher sur l'immunité de juridiction civile et qu'un État ait averti que sa pratique était avant tout orientée vers l'immunité des représentants de l'État de la juridiction civile étrangère, on ne saurait voir dans ces observations et réflexions, certes intéressantes, une proposition visant à étendre le champ d'application du projet d'articles au-delà de l'immunité de juridiction pénale.

¹⁹ Voir, en particulier, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 31 et 37 ; la Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 43, *a contrario* ; et la Convention sur les missions spéciales, art. 31.

26. En ce qui concerne le caractère «étranger» de la juridiction pénale en ce qu'il viendrait circonscrire le champ d'application du projet d'articles, on observera tout d'abord que les immunités accordées en vertu du droit interne et du droit international ne sont pas nécessairement de même nature, ne couvrent pas forcément les mêmes fonctions et n'ont pas nécessairement la même finalité, et qu'elles n'ont pas vocation à protéger les mêmes valeurs et principes. Par conséquent, seule l'apparition de l'élément «étranger», qui renvoie en dernier ressort au principe de l'égalité souveraine des États et à l'impératif du maintien de relations internationales durables et pacifiques, justifie que la Commission s'intéresse à la question de l'immunité de juridiction pénale. De plus, on n'oubliera pas que la reconnaissance de l'immunité de juridiction pénale étrangère dont jouit le fonctionnaire ou représentant de l'État n'emporte pas automatiquement la reconnaissance de cette immunité devant sa juridiction interne dans la mesure où, comme l'a fait observer la Cour internationale de Justice, l'exercice de la compétence pénale par les juridictions nationales de l'État de nationalité du représentant en cause doit assurer que l'immunité n'est pas synonyme d'exonération totale dudit représentant de sa responsabilité pénale. En conséquence, ce critère de délimitation du champ d'application du projet d'articles a sa raison d'être et l'analyse de la pratique nationale concernant l'immunité n'a d'intérêt aux fins des travaux de la Commission que dans la mesure où ladite pratique intéresse l'immunité du fonctionnaire ou représentant étranger.

27. Par ailleurs, en ce qui concerne l'exclusion du champ d'application du projet d'articles de l'immunité de la juridiction pénale internationale, l'ancien Rapporteur spécial avait mis en avant un premier critère reposant sur la distinction entre juridiction nationale et juridiction internationale. Il convient de tenir compte également d'une raison évidente et non moins importante: la question de l'immunité de la juridiction pénale internationale est déjà expressément réglée dans les instruments internationaux portant création et organisation des instances pénales internationales. Aussi est-il sans intérêt pour la Commission de se pencher de nouveau sur une question déjà bien réglée, quoi qu'il en soit des interprétations divergentes qui sont faites dans l'application desdites règles de droit international.

28. En outre, l'exclusion de la question de l'immunité des juridictions pénales internationales recueille un large consensus. Cependant, on ne saurait ignorer que l'acceptation de ce choix a donné lieu à des interprétations différentes quant à l'incidence que celui-ci pourrait ou devrait avoir sur les travaux futurs de la Commission. Il convient donc de rappeler que certains membres de la Commission et certains États ont avancé, directement ou indirectement, dans leurs interventions devant la Sixième Commission, que l'exclusion de la question de l'immunité des juridictions pénales internationales devrait faire obstacle de fait à toute analyse de la juridiction pénale internationale dans les travaux de la Commission sur le sujet.

29. Cependant, cette thèse est loin d'être cohérente d'un point de vue méthodologique. Ainsi qu'il est dit plus haut au sujet des juridictions civile et administrative, il faut faire la distinction entre, d'une part, la définition du champ d'application du projet d'articles excluant toutes

dispositions concernant l'immunité de la juridiction pénale internationale et, d'autre part, la prise en compte d'éléments interprétatifs donnés par les juridictions pénales internationales ou en rapport avec elles. Si le moment n'est pas venu d'entamer ce débat, on peut penser qu'il serait surprenant que la Commission envisage la possibilité de tenir compte des décisions d'autres instances internationales (comme la Cour internationale de Justice ou les juridictions régionales des droits de l'homme) sans que l'on juge opportun de prendre en compte l'existence même d'une juridiction internationale pénale qui, comme les juridictions internes, a vocation à juger certains crimes de portée internationale.

30. On se souviendra qu'il faut distinguer clairement le fait d'examiner en soi la juridiction pénale internationale dans le cadre du sujet (approche à exclure) et prendre cet élément en considération à titre complémentaire, instrumental et, le cas échéant, interprétatif. Cela ne revient pas à dire qu'il faille reprendre servilement des principes relatifs à l'immunité consacrés dans les instruments régissant les tribunaux pénaux internationaux. En revanche, il faut pouvoir, pour le moins, analyser les normes appliquées par les juridictions pénales internationales et leur jurisprudence, dans le cas où elles pourraient être pertinentes ou éclairer le sujet de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Cette approche n'est contraire ni aux règles d'interprétation en droit international ni à la pratique suivie par la Commission pour l'examen d'autres sujets.

31. Quant au troisième élément limitant le champ d'application, il ne semble pas nécessaire de justifier l'exclusion du champ d'application du projet d'articles des dispositifs traitant expressément de l'immunité de la juridiction pénale, du fait de la qualité particulière des personnes qui en bénéficieraient ou du fait des fonctions qu'elles assument. Tant les immunités diplomatiques et consulaires que celles qui sont accordées aux fonctionnaires d'organisations internationales font l'objet d'un travail non négligeable de définition de règles (conventionnelles et coutumières). Aussi ne semble-t-il pas nécessaire que la Commission s'y intéresse à nouveau, et il paraît encore moins opportun de modifier des dispositifs déjà bien établis et généralement acceptés. Cela dit, rien n'empêche la Commission d'examiner ces systèmes pour éclairer ses travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, d'autant que la Commission du droit international a joué un grand rôle dans la définition de ces régimes.

32. Enfin, s'agissant de l'étendue personnelle du projet d'articles, il convient de se rappeler que l'intitulé même du sujet renvoie aux termes *funcionario* en espagnol, *official* en anglais et «représentant» en français. S'il est largement accepté qu'ils renvoient, en dernière analyse, aux personnes qui agissent au nom et pour le compte de l'État, le décalage terminologique a suscité un débat quant à la nécessité de les définir dans le contexte du sujet qui nous intéresse et, en particulier, du projet d'articles. Cette définition est certes essentielle, mais il convient de noter que, de l'avis de la Rapporteuse spéciale, elle revêt un intérêt particulier pour ce qui est de l'immunité *ratione materiae*, et c'est donc dans ce contexte qu'il faudra s'en soucier. Par conséquent, les mêmes termes continueront pour l'instant

d'être utilisés dans le rapport et figureront dans les projets d'article y inclus, tout en sachant qu'ils pourront être modifiés une fois tranché le débat terminologique.

33. Les éléments qui précèdent permettent de formuler deux projets d'article qui définissent, selon une double perspective, positive et négative, la portée du projet. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, le champ d'application doit être défini d'emblée afin d'éviter toute lacune susceptible de compromettre les travaux. En outre, ces projets d'article doivent se trouver dans la première partie du projet pour l'encadrer, au même titre que les définitions.

34. Aussi les projets d'article suivants sont-ils proposés :

«*Projet d'article 1. Champ d'application du projet d'articles*

« Sans préjudice des dispositions du projet d'article 2, le présent projet d'articles renvoie à l'immunité dont jouissent certains représentants de l'État au regard des juridictions pénales d'un autre État. »

«*Projet d'article 2. Immunités exclues du champ d'application du projet d'articles*

« Sont exclues du champ d'application du présent projet d'articles :

« a) les immunités pénales reconnues dans le cadre des relations diplomatiques, des relations consulaires, ou dans le cadre ou le contexte d'une mission spéciale ;

« b) les immunités pénales établies dans le cadre d'accords de siège ou de traités régissant la représentation diplomatique devant les organisations internationales ou définissant les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs représentants ou agents ;

« c) les immunités qui peuvent être établies en vertu d'autres traités internationaux ad hoc ;

« d) toutes les autres immunités qui peuvent être accordées unilatéralement par un État aux représentants d'un autre État, en particulier quand ces derniers se trouvent sur son territoire. »

CHAPITRE III

Les notions d'immunité et de juridiction

35. Les notions d'immunité et de juridiction sont les deux catégories de référence fondamentales autour desquelles doit s'ordonner l'examen du sujet, ainsi que du projet d'articles qui en découle, dans la mesure où son objet consiste – précisément – à déterminer les hypothèses dans lesquelles les juridictions de l'État ne peuvent exercer leur compétence pénale à cause de l'immunité dont bénéficient certains fonctionnaires d'un État tiers. Par conséquent, et même s'il est vrai que ces deux catégories sont autonomes, ainsi que l'a souligné à juste titre la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*²⁰ et que l'a rappelé le Rapporteur spécial M. Roman A. Kolodkin²¹, il n'en demeure pas moins que seule la relation qui les unit explique que la Commission s'intéresse à ce sujet²². Or, pour traiter convenablement le sujet et le projet d'articles, il faut au préalable définir ces deux notions en les rapprochant l'une de l'autre, et ce, en bonne logique, dans la première partie du projet d'articles pour ainsi baliser l'ensemble du projet.

A. La notion de juridiction pénale

36. La notion d'immunité suppose nécessairement l'existence préalable d'une juridiction pénale de l'État, sans laquelle l'institution même de l'immunité n'a ni sens

ni signification²³. Par conséquent, indépendamment du régime procédural de l'immunité, il convient de définir en premier lieu ce que l'on entend par juridiction aux fins du projet d'articles.

37. Au premier abord, il peut sembler sans intérêt de définir la notion de juridiction²⁴, tant l'institution en est généralement admise et incontestée dans les différents ordres juridiques internes qui connaissent l'immunité. Il reste néanmoins que la notion de juridiction est diversement appréciée en droit international et notamment que ce terme peut revêtir diverses significations selon les ordres juridiques internes²⁵. En tout état de cause, on retiendra que,

²³ En ce sens, voir le mémorandum du Secrétariat (note 14 *supra*), par. 7 et 14. La relation intime qui existe entre «juridiction» et «immunité» se retrouve également au paragraphe 2 de l'article I de la résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux adoptée en 2009 par l'Institut de droit international, aux termes duquel : « Pour les besoins de la présente résolution, l'expression "juridiction" s'entend de la compétence pénale, civile ou administrative des tribunaux nationaux d'un État en tant qu'elle se rapporte aux immunités conférées à un autre État ou à ses agents par le droit international conventionnel ou coutumier » (Institut de droit international, « Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux », p. 229).

²⁴ On se rappellera que la définition des notions de juridiction et d'immunité a également été abordée par la Commission du droit international à l'occasion de l'examen de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, mais que les propositions formulées par le Rapporteur spécial à ce sujet n'ont pas été retenues par la Commission ni par l'Assemblée générale dans la Convention adoptée en 2004.

²⁵ Dans son rapport préliminaire, l'ancien Rapporteur spécial a envisagé la notion de juridiction dans un sens large. Cette analyse conserve une certaine utilité. Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 174 et 175, par. 43 à 47. La notion est également évoquée dans le mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 14), par. 7 à 13.

²⁰ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 19, par. 46.

²¹ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 178, par. 61.

²² Voir *ibid.*, p. 174, par. 43 et note 88. Comme l'a bien rappelé l'ancien Rapporteur spécial, la Cour internationale de Justice a jugé, dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, que « ce n'est que lorsqu'un État dispose, en droit international, d'une compétence à l'égard d'une question particulière qu'un problème d'immunité peut se poser au regard de l'exercice d'une telle compétence » (C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 19, par. 46).

dans le présent rapport, le terme de juridiction s'entend toujours de l'immunité de juridiction pénale, élément distinctif qui doit être dûment pris en compte²⁶. Ainsi, s'il n'entre pas dans l'objet du présent rapport de procéder à l'analyse théorique du sujet, il convient néanmoins de partir de cette diversité conceptuelle pour montrer que la portée du terme juridiction n'est sans doute pas indifférente pour le sujet. En effet, à la diversité conceptuelle susévoquée s'ajoute le fait que la définition des différents actes qui entrent dans la catégorie générique de «juridiction» est une question qui suscite bien des débats et que la Commission devra examiner le moment venu, notamment lorsqu'elle envisagera la problématique de l'immunité de juridiction pénale étrangère sous l'angle procédural. Cela comprend par exemple l'incidence que peuvent avoir sur l'immunité de juridiction pénale étrangère les actes de gouvernement pris antérieurement ou parallèlement à l'exercice de la fonction judiciaire (arrestation, rétention de titres de voyage, demande de délivrance de mandat de recherche et d'arrestation dans le cadre d'un régime international de coopération et d'entraide policière). Il résulte de ce qui précède qu'il est loin d'être sans importance de définir la notion de juridiction pénale, aux fins du présent sujet.

38. Il s'agit toutefois à ce stade non pas tant de dresser l'inventaire détaillé des différents actes qui relèvent de l'institution de la juridiction que de proposer une définition suffisamment large de cette institution pour permettre de la rapprocher des différents éléments constitutifs de l'immunité et des divers actes – judiciaires ou exécutifs – susceptibles de donner prise à l'immunité. Selon la Rapporteuse spéciale, aux fins de cette comparaison, il faut partir du principe que la juridiction pénale de l'État préexiste à l'immunité de juridiction pénale étrangère des fonctionnaires de l'État et, par suite, que l'État du for est compétent pour accomplir un ensemble d'actes – judiciaires voire exécutifs – dont le but n'est autre que de déterminer l'existence d'une responsabilité pénale individuelle à raison des faits qualifiés crimes ou délits dans son ordre juridique interne.

39. Par conséquent, la notion même de compétence est étroitement liée à la définition de la juridiction pénale et doit en faire partie. À cet égard, il faut garder à l'esprit que la notion même de compétence et les titres de compétence ne sont pas les mêmes dans tous les pays et dépendent non seulement des règles et principes du droit international mais aussi des normes propres que l'État adopte sur ce fondement pour attribuer compétence à ses propres tribunaux. Sur ce point, la Rapporteuse spéciale estime qu'il n'est pas dans le propos du présent rapport d'analyser chacun de ces titres de compétence ou liens de rattachement juridictionnel, ni de s'interroger sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'attribution de ces compétences est ou non pleinement conforme au droit international. Il n'entre pas non plus dans l'objet du présent rapport de rechercher si les normes internationales sur lesquelles l'État se fonde pour attribuer compétence à ses tribunaux internes prescrivent ou ménagent uniquement la faculté d'attribuer lesdites compétences, ni de réfléchir à la conséquence pratique d'une telle distinction. Ce débat déborde le cadre fixé par la Commission aux

fins de l'examen du sujet et pourrait en outre intéresser d'autres sujets inscrits au programme de travail à long terme de la Commission (compétence extraterritoriale) ou à son programme de travail en cours (principe *aut dedere aut judicare*) ou qui viendraient à l'être si l'Assemblée générale en décidait ainsi (compétence internationale).

40. Cela étant, il convient – à tout le moins – d'attirer l'attention sur la diversité des titres de compétence sur lesquels les États ont bâti leur propre système de juridiction pénale nationale, dans la mesure où, en dernière analyse, c'est la juridiction pénale interne (chaque juridiction pénale interne) qui se heurte à l'immunité. On se bornera à ce stade à rappeler les principes que sont la compétence territoriale, la compétence personnelle (active ou passive), la compétence réelle et la compétence universelle. Toutes ces règles peuvent fonder l'exercice de la compétence pénale *stricto sensu* et toutes, à l'exception du principe de la personnalité active, peuvent donner lieu à l'exercice de la compétence pénale à l'encontre de l'étranger qui aurait la qualité de fonctionnaire et, partant, invoquerait l'immunité. Le recours à l'une ou l'autre de ces règles de compétence dépend de la volonté de l'État concerné et se traduit dans la pratique par une pluralité de systèmes juridictionnels nationaux. La Commission doit tenir compte de cette multiplicité, surtout quand on sait que bon nombre de cas de la pratique proviennent en grande partie de l'invocation de titres de compétence tirés d'une forme ou une autre de compétence extraterritoriale²⁷. Elle doit toutefois le faire aux seules fins de définir la compétence comme préexistant à l'immunité. Par conséquent, la Rapporteuse spéciale estime que, pour définir la notion de juridiction aux fins du présent sujet et du projet d'articles, la nature de chacune des règles sur lesquelles l'État désireux d'exercer sa compétence importe peu. En résumé, l'existence d'une pluralité de titres de compétence et, partant, d'une multitude de systèmes juridictionnels pénaux internes constitue un fait antérieur dont la Commission se doit de tenir compte dans ses travaux, sans que cette prise en considération implique quelque jugement de valeur sur les différents titres de compétence en question.

41. Par ailleurs, il convient de souligner que la notion de juridiction pénale renvoie essentiellement à l'aptitude de l'État à exercer son pouvoir de juger les crimes et délits conformément aux règles applicables dans son ordre juridique. En conséquence, cet élément de finalité doit être présent dans la définition de la notion de juridiction pénale. En tout état de cause, il convient de préciser que la nature juridique de l'immunité, qui reste une institution essentiellement procédurale ne s'en trouve nullement affectée. Ainsi, parler de la détermination de la responsabilité pénale individuelle dans la définition de la juridiction pénale n'a pas et ne peut avoir comme conséquence que l'immunité décharge le fonctionnaire étranger qui en bénéficie de sa responsabilité pénale individuelle, question qui sera examinée par la suite²⁸.

²⁷ Il suffit à cet égard de souligner la récente décision du Tribunal pénal fédéral suisse (Cour des plaintes) du 25 juillet 2012, dossier n° BB.2011.140, dans laquelle le Tribunal a été appelé à statuer sur l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un ancien ministre de la défense algérien dans le cadre de l'exercice de la compétence universelle.

²⁸ Sur ce point, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice est constante. Voir ainsi l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du*

²⁶ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 174 à 177, par. 48 à 55.

42. Des considérations qui précèdent, la Rapporteuse spéciale conclut à l'opportunité de proposer dans le projet d'articles une définition de la notion de «juridiction pénale étrangère», qui ferait l'objet d'un projet d'article introductif consacré aux «définitions». À cette fin, le texte suivant est proposé :

« *Projet d'article 3. Définitions*

«Aux fins du présent projet d'articles :

«a) on entend par "juridiction pénale" l'ensemble des compétences, processus, procédures et actes qui, conformément au droit de l'État qui entend exercer sa compétence, sont nécessaires pour qu'une juridiction puisse déterminer et sanctionner la responsabilité pénale individuelle des auteurs d'actes érigés en crimes ou délits par la loi de cet État. Aux fins de la définition de la notion de "juridiction pénale", le titre de compétence sur lequel l'État se fonde pour exercer sa compétence est indifférent ;»

B. La notion d'immunité de juridiction pénale étrangère

43. À l'exemple de la notion de «juridiction», la notion d'«immunité» n'est généralement pas définie dans les instruments internationaux qui intéressent d'une manière ou d'une autre les immunités de l'État ou de ses agents ou fonctionnaires, notamment la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ou la Convention sur les missions spéciales. En particulier, s'agissant de l'«immunité de juridiction pénale», on relève que les textes antérieurs se bornent généralement à viser l'«immunité de juridiction pénale» entre autres éléments constitutifs du régime des privilèges et immunités considéré sans en donner une définition. On se trouve ainsi en présence d'une notion juridique vierge dont l'étendue doit être délimitée à la faveur de l'étude de la pratique, en particulier celle des États.

11 avril 2000 (note 20 supra), à la page 25, par. 60 ; l'affaire relative à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, à la page 244, par. 196 ; l'affaire relative aux Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)], arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, aux pages 124 et 143, par. 58 et 100, respectivement.

44. Nonobstant la pratique susévoquée, il reste relativement aisé d'appréhender cette notion juridique vierge, dans la mesure où le concept d'immunité de juridiction a été longuement invoqué à l'occasion des travaux préparatoires des instruments précités, en particulier au sein de la Commission elle-même. Il faut ajouter que la notion précitée, appelée ici juridiction pénale, a été analysée en détail par le Secrétariat dans son mémorandum²⁹ et par l'ancien Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire³⁰.

45. De tous ces travaux antérieurs se dégagent un certain nombre d'éléments caractéristiques de la notion d'«immunité de juridiction pénale étrangère», qui se résumerait comme suit :

a) l'immunité emporte le non-exercice par l'État de sa compétence pénale, alors même que – en principe – ses tribunaux sont compétents pour poursuivre les crimes et délits en question ;

b) l'immunité joue uniquement en raison de la présence d'un élément d'extranéité que l'on désigne sous le terme générique de « fonctionnaire » d'un État tiers ;

c) l'immunité de juridiction pénale étrangère a un caractère essentiellement procédural et est sans effet ni sur la loi pénale de fond de l'État ayant compétence ni sur la responsabilité pénale individuelle du bénéficiaire de l'immunité³¹.

46. De ce qui précède, on peut dégager une définition de l'immunité de juridiction pénale étrangère qui englobe les caractéristiques générales énumérées ci-dessus. Nous proposons ainsi la rédaction suivante :

« *Projet d'article 3. Définitions*

«Aux fins du présent projet d'articles :

«b) on entend par "immunité de juridiction pénale étrangère" la protection dont jouissent certains fonctionnaires de l'État et qui fait obstacle à l'exercice de la compétence pénale par les juridictions d'un État tiers ;»

²⁹ Mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 14), par. 14 à 66.

³⁰ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 177 à 180, par. 56 à 70.

³¹ Voir *supra* les notes 15 et 27.

CHAPITRE IV

La distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*

47. La distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* a été analysée et est généralement admise par une partie de la doctrine, que ce soit sous ces dénominations ou sous celles d'«immunité personnelle» et d'«immunité fonctionnelle». Par ailleurs, ces deux types d'immunité sont largement évoqués dans le rapport préliminaire de l'ancien Rapporteur spécial³² et dans

³² Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 182 et 183, par. 78 à 83.

le mémorandum du Secrétariat³³, de sorte qu'il n'est point besoin d'y revenir à ce stade. Enfin, il faut retenir que la distinction entre l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* est l'une des rares questions qui fassent l'objet d'un large consensus au sein de la Commission.

48. Ces deux institutions présentent beaucoup de caractéristiques communes mais aussi de grandes différences.

³³ Mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 14), par. 88 et suiv.

Elles ont le même fondement et la même finalité, qui n'est autre que de garantir le principe de l'égalité souveraine des États, d'éviter les ingérences dans les affaires intérieures et de concourir à la sécurité des relations internationales stables, tout en permettant aux fonctionnaires et représentants des États d'exercer leurs fonctions sans entraves ni difficultés³⁴. Il s'ensuit qu'il faut envisager l'immunité de juridiction pénale d'un point de vue nécessairement fonctionnel, dans la mesure où la protection reconnue au bénéficiaire de l'immunité lui est accordée en dernière analyse en vertu des fonctions ou missions qu'il est amené à assumer dans le cadre de la relation organique qui l'unit à l'État. Ces missions varient nécessairement en fonction de la qualité de la personne protégée, ce qui détermine une manifestation distincte de la composante fonctionnelle de l'immunité et, partant, appelle un régime juridique différencié pour chacun des types d'immunité de juridiction pénale étrangère mentionnés plus haut. Cette composante « fonctionnelle » se retrouvant dans les deux types d'immunité, il est préférable, aux fins du présent rapport et du projet d'articles, d'employer les termes « immunité *ratione personae* » et « immunité *ratione materiae* » pour éviter toute confusion terminologique susceptible de faire problème sur le plan théorique.

49. L'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* ont également ceci en commun qu'elles protègent des personnes et leur sont accordées, même si elles ont en dernière analyse pour finalité de protéger les droits et les intérêts de l'État, et, par conséquent, il convient de reconnaître à l'État quelque rôle vis-à-vis de ces immunités, en particulier s'agissant de l'invocation ou de la levée de l'immunité. Ainsi, il ne faut pas oublier que l'immunité de juridiction pénale étrangère fait obstacle à l'exercice de la compétence pénale et s'applique à certaines catégories de personnes qui, en l'absence d'immunité, pourraient faire l'objet d'une procédure pénale qui viserait à déterminer leur responsabilité pénale individuelle. En conséquence, et même si ce n'est pas ici le lieu de s'arrêter sur la question, il conviendra de ne pas confondre immunité de juridiction pénale étrangère (aussi bien *ratione personae* que *ratione materiae*) et immunité de l'État, même si ces deux institutions présentent un certain lien de connexité³⁵.

50. Par-delà les similitudes qui viennent d'être évoquées, l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione*

³⁴ À cet égard, l'Institut de droit international déclare dans sa résolution de 2009 sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux (Institut de droit international, « Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux », p. 229, art. II, par. 1) que « [l]es immunités sont accordées en vue d'assurer conformément au droit international une répartition et un exercice ordonnés de la compétence juridictionnelle dans les litiges impliquant des États, de respecter l'égalité souveraine de ceux-ci, et de permettre aux personnes qui agissent en leur nom de remplir effectivement leurs fonctions ». La Cour internationale de Justice a souligné le caractère fonctionnel et finaliste de l'immunité dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 20), p. 21 et 22, par. 53.

³⁵ La Cour internationale de Justice a expressément évoqué la distinction entre immunité de l'État et immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, aux pages 137 et 138, par. 87. Elle l'a également évoquée de façon implicite dans le même arrêt, *ibid.*, à la page 139, par. 91.

materiae présentent de grandes différences qu'il convient de mettre en évidence. Ainsi, il ressort de la pratique que l'immunité *ratione personae* se caractérise par les éléments suivants :

a) elle n'est reconnue qu'à certains organes de l'État qui y occupent une place de premier plan et qui, par leur charge, représentent l'État dans les relations internationales de manière automatique et en vertu de règles du droit international ;

b) elle couvre tous les actes accomplis par les représentants de l'État, à titre privé ou officiel ;

c) elle a une dimension clairement temporelle, étant limitée à la période pendant laquelle les organes bénéficiaires de l'immunité exercent leurs fonctions³⁶.

En revanche, l'immunité *ratione materiae* se caractérise par les éléments suivants :

a) elle est reconnue d'une manière générale aux représentants de l'État ;

b) elle ne s'applique qu'aux actes pouvant être qualifiés d'« actes officiels » ou d'« actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles » ;

c) elle n'est soumise à aucune limite temporelle, l'immunité *ratione materiae* subsistant même après que son bénéficiaire a perdu la qualité de représentant.

51. Encore qu'elle soit largement acceptée par la doctrine et la jurisprudence, la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* n'est pas aussi clairement consacrée dans les législations nationales. Ainsi, la majorité des États qui ont répondu à la première des questions posées par la Commission à sa session précédente ont fait savoir qu'aucune règle spécifique ne consacrait ladite distinction dans l'ordre interne. Toutefois, certains ont cité des exemples montrant comment cette distinction était établie indirectement dans certaines normes internes et plus souvent dans la jurisprudence. En fait, cette réponse n'est pas tout à fait surprenante à en juger par deux éléments de la pratique à ne pas méconnaître, à savoir : a) que la pratique des États en matière d'immunité de juridiction pénale étrangère n'est pas très étendue ; b) que la législation interne ne réglemente d'ordinaire pas les immunités comportant un élément d'extranéité se bornant à consacrer généralement l'applicabilité du droit international.

52. Malgré tout, il est utile et nécessaire, aux fins du présent sujet et du projet d'articles qui pourrait en résulter, de bien distinguer entre immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* et immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*, et ce, non pas tant pour des raisons d'analyse ou de description que parce que déterminer la nature des règles qui gouvernent ces deux types d'immunité présente un intérêt s'agissant

³⁶ Concernant ces caractéristiques, voir le chapitre V du présent rapport.

de définir le régime juridique applicable à chacune d'elles, y compris du point de vue du régime procédural à mettre en place pour donner effet à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Au demeurant, cette distinction n'est pas non plus étrangère à la problématique générale des exceptions dont est susceptible l'immunité de juridiction pénale étrangère, une des questions qui suscitent sans doute le plus d'incertitude et de désaccord.

53. Compte tenu de ce qui précède, il paraît nécessaire de proposer une définition générale des deux types d'immunité pour camper le cadre des développements qui leur seront consacrés. Cette définition, qui doit trouver place dans le projet d'article 3 consacré aux définitions, serait rédigée de la façon suivante :

«Projet d'article 3. Définitions

«Aux fins du présent projet d'articles :

«c) on entend par "immunité *ratione personae*" l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à certains fonctionnaires de l'État en vertu de la qualité qu'ils détiennent dans l'État dont ils ont la nationalité et qui leur donne une fonction de représentation directe et automatique de l'État dans les relations internationales ;

«d) on entend par "immunité *ratione materiae*" l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à un fonctionnaire de l'État pour les actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions et qui peuvent être qualifiés d'"actes officiels".»

CHAPITRE V

Éléments normatifs de l'immunité *ratione personae*

54. Dans le présent rapport, l'expression «éléments normatifs» s'entend des éléments caractéristiques de l'immunité *ratione personae* utiles pour définir le régime juridique applicable à ce type d'immunité de la juridiction pénale étrangère. Sur la base de la définition de l'immunité *ratione personae* donnée plus haut, dans le chapitre IV, et qui figure au paragraphe c du projet d'article 3, les éléments normatifs peuvent se présenter comme suit :

a) Portée subjective de l'immunité *ratione personae* : quelles sont les personnes qui bénéficient de l'immunité ?

b) Champ d'application matériel de l'immunité *ratione personae* : quels sont les actes de ces personnes couverts par l'immunité ?

c) Champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae* : durant combien de temps l'immunité peut-elle être invoquée et appliquée ?

On envisagera tour à tour ces éléments ci-après.

55. Les éventuelles exceptions à l'immunité *ratione personae* et les aspects procéduraux de celle-ci seront examinés plus tard.

A. Portée subjective de l'immunité *ratione personae*

56. La détermination des personnes auxquelles s'applique l'immunité est incontestablement indispensable à l'exercice de celle-ci, et ce, s'agissant spécialement de l'immunité de la juridiction pénale qui est le lieu d'apprécier l'opportunité d'exercer la compétence de l'État pour retenir la responsabilité pénale individuelle et non la responsabilité de l'État. En l'occurrence, la détermination de ces personnes présente un deuxième intérêt, la Commission ayant choisi de parler en termes généraux de «représentants de l'État» (*funcionarios* en espagnol et *officials* en anglais). La définition de la notion de «représentant de l'État» a suscité quelque préoccupation.

57. Cette préoccupation a ceci de singulier qu'il est question ici de l'immunité *ratione personae*, laquelle,

comme cela a été dit précédemment, couvre nécessairement un nombre limité de personnes qui, par les hautes fonctions qu'elles exercent ou le poste de haut niveau qu'elles occupent, représentent l'État dans les relations internationales³⁷. Par conséquent, définir l'expression «représentant de l'État» n'aurait guère d'intérêt pour ce type d'immunité si l'on s'en tient à une approche stricte qui réserverait l'immunité *ratione personae* au chef de l'État, au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères. Par contre, l'entreprise aurait davantage de sens si l'on retenait une approche plus générale qui engloberait, parmi les bénéficiaires de l'immunité, d'autres représentants de l'État, dont (comme cela a été répété) d'autres membres du gouvernement, tels que le ministre de la défense ou le ministre du commerce, ou encore des ministres qui, par leurs fonctions, doivent participer d'une manière ou d'une autre aux relations internationales en général ou à des rencontres internationales consacrées à telle ou telle question, à l'occasion desquelles ils sont appelés à quitter le territoire national. Dans ce second cas de figure, il faudra définir clairement la notion de «représentant de l'État» aux fins de l'immunité *ratione personae* en opérant une distinction nette avec la définition générale utilisée dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*, le régime juridique applicable n'étant pas le même.

58. Si l'on considère tout d'abord l'approche restrictive, on constate, de façon générale, que la reconnaissance de l'immunité *ratione personae* du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères est consacrée dans la pratique. Il est vrai que l'immunité a d'abord été reconnue au chef de l'État avant d'être étendue au chef du gouvernement³⁸ par la Cour internationale

³⁷ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 192 à 195, par. 109 à 121 ; et memorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 14), par. 96 à 136.

³⁸ On notera en ce sens l'origine de ce type d'immunité, liée à la personne du souverain. Si on dépasse cette première approche, il n'en reste pas moins que différents instruments internationaux, jusqu'à il y a peu, renvoyaient uniquement au chef de l'État pour définir une règle spéciale d'immunité personnelle. Voir à ce sujet le paragraphe 2 de

de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, mais il ne fait aucun doute qu'elle s'applique aussi au ministre des affaires étrangères: «[I]l est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales³⁹». Certes, l'application de l'immunité au ministre des affaires étrangères a suscité des contestations au sein de la Commission et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale⁴⁰, mais qui sont restées l'exception. En outre, elles vont à l'encontre de l'arrêt susmentionné de la Cour internationale de Justice, au vu duquel il convient de conclure que s'applique le droit coutumier en vigueur au moment de trancher.

59. L'immunité *ratione personae* reconnue au chef de l'État, au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères repose sur la fonction de représentation de l'État que ceux-ci exercent dans les relations internationales. Cette fonction, il faut le rappeler, trouve son fondement dans le droit international lui-même, et ils l'exercent automatiquement, sans qu'il soit besoin de lettre de créance de la part de l'État qu'ils représentent⁴¹. En définitive, ils exercent une fonction de représentation de l'État en marge du modèle politique et administratif de l'État qu'ils incarnent et en marge du droit interne qui, dans leurs États respectifs, régit l'accès aux fonctions de chef de l'État, de chef du gouvernement ou de ministre des affaires étrangères. Il s'agit là en réalité d'une fonction de représentation que le droit international attache à

(Suite de la note 38.)

l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. De son côté, la Convention sur les missions spéciales mentionne de façon séparée l'immunité du chef de l'État (art. 21, par. 1) et celle du «chef du gouvernement, [du] ministre des affaires étrangères et [des] autres personnalités de rang élevé quand ils prennent part à une mission spéciale» (art. 21, par. 2). Dans le cadre de la codification du droit, il faut souligner que l'Institut de droit international, dans sa résolution de Vancouver en 2001, s'est arrêté en premier lieu sur la personne du chef de l'État, pour étendre ensuite le régime de l'immunité de juridiction et de l'inviolabilité au chef du gouvernement, sans toutefois mettre sur le même plan le ministre des affaires étrangères («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international»).

³⁹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 20), p. 20 et 21, par. 51.

⁴⁰ L'Afrique du Sud s'est opposée à plusieurs reprises à ce que l'immunité *ratione personae* soit reconnue au ministre des affaires étrangères.

⁴¹ Bien qu'elles concernent le ministre des affaires étrangères, les conclusions tirées par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* sont parfaitement transposables sur le fond au chef de l'État et au chef du gouvernement et apportent des éclaircissements particulièrement utiles sur la question: «Celui-ci assure la direction de l'action diplomatique de son gouvernement et le représente généralement dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales. [...] Ses actes sont susceptibles de lier l'État qu'il représente [...]. La Cour fait en outre observer qu'un ministre des affaires étrangères, responsable de la conduite des relations de son État avec tous les autres États, occupe une position qui fait qu'à l'instar du chef de l'État et du chef du gouvernement il se voit reconnaître par le droit international la qualité de représenter son État du seul fait de l'exercice de sa fonction. Il n'a pas à présenter de lettres de créance: tout au contraire, c'est généralement lui qui décide des pouvoirs à conférer aux agents diplomatiques et qui contresigne leurs lettres de créance» [*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 20), p. 21 et 22, par. 53].

ces charges, indépendamment du droit interne, et qui vise uniquement à établir un modèle organique de représentation de l'État homogène dans l'ensemble de la communauté internationale favorisant et facilitant le maintien de relations internationales⁴². C'est précisément ce caractère de représentativité automatique fondée sur le droit international qui explique la place reconnue à ces trois organes de l'État par le droit international en général (voir, par exemple, le droit des traités et le droit de la responsabilité internationale) et qui explique également qu'on leur reconnaisse l'immunité de la juridiction pénale étrangère et qu'ils bénéficient d'un régime (l'immunité *ratione personae*) différent de celui applicable à d'autres représentants de l'État.

60. Dès lors, une fois admis que ce régime spécial repose précisément sur la nature représentative très particulière du chef de l'État, du chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères, expressément reconnue et consacrée par le droit international, il est clair que l'on se trouve dans une situation exceptionnelle difficilement transposable à d'autres personnes, qu'elles exercent ou non des fonctions de haut niveau dans l'État dont elles ont la nationalité, et même si elles font partie du gouvernement de cet État⁴³ sauf, bien entendu, s'il existe des normes de droit international semblables à celles applicables aux membres de la troïka qui leur confèrent un rôle de représentation comparable à celui reconnu à ces derniers. En l'absence de telles normes, on ne pourra pas appliquer l'immunité *ratione personae* à d'autres représentants de l'État que ceux qui composent la troïka, qu'ils participent ou non de la même façon aux relations internationales⁴⁴.

61. Si l'on considère maintenant l'approche extensive de l'immunité *ratione personae*, on constate qu'elle permet d'englober dans son champ d'application certains représentants de l'État distincts de ceux composant la troïka lorsque, du fait des fonctions qu'ils exercent en vertu du droit interne, ils sont appelés à participer à des

⁴² Le régime des relations diplomatiques et consulaires, y compris le régime applicable aux missions spéciales, a un fondement similaire. On y trouve des règles relatives à l'immunité de juridiction pénale étrangère qui correspondent à la catégorie de l'immunité *ratione personae*.

⁴³ À ce sujet, il y a lieu de rappeler que plusieurs instruments et textes internationaux opèrent une distinction entre, d'une part, le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères et, d'autre part, les autres personnalités de rang élevé, y compris les autres ministres. Voir en particulier l'article 21 de la Convention sur les missions spéciales, déjà cité. De son côté, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, a une perspective différente mais définit l'expression «personne jouissant d'une protection internationale» en opérant une distinction nette entre, d'un côté, le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères (paragraphe 1 a de l'article premier) et, de l'autre, «tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un État» (paragraphe 1 b de l'article premier). L'Institut de droit international quant à lui, dans sa résolution de 2001, opère une distinction nette entre les immunités du chef de l'État et du chef du gouvernement et les «immunités qui peuvent être reconnues aux autres membres du gouvernement en raison de leurs fonctions officielles» («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État...», p. 754, paragraphe 2 de l'article 15).

⁴⁴ À la dernière session de la Sixième Commission, plusieurs États se sont déclarés favorables à l'idée de limiter l'immunité *ratione personae* aux membres de la troïka, à savoir: l'Autriche, la Belgique, le Congo, l'Espagne, les États-Unis d'Amérique, la Grèce, l'Irlande, la Jamaïque, la Malaisie, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, le Portugal et la Slovaquie.

échanges internationaux et à se rendre souvent à l'étranger, y compris pour représenter l'État, même si c'est uniquement dans un domaine bien précis. Retenir cette approche permettrait de renforcer le caractère sûr et durable des relations internationales, ainsi que l'égalité souveraine de l'État à la lumière des nouveaux modèles de diplomatie et de relations internationales, en octroyant à ces personnes l'immunité *ratione personae* déjà reconnue au chef de l'État, au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères et en les dotant de fonctions comparables⁴⁵. Les défenseurs de cette approche élargie se fondent sur le libellé de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* mentionnée plus haut, et plus précisément sur l'emploi de l'expression «telles que», qui sert à présenter une énumération non limitative. Il faut ajouter à cela certains éléments de la pratique judiciaire des États, en vertu de laquelle certains tribunaux internes auraient reconnu une immunité *ratione personae* à des représentants de l'État autres que ceux composant la troïka. Cela mérite réflexion.

62. Pour ce qui est de «l'approche élargie», il faut tout d'abord interpréter comme il convient l'expression employée par la Cour : malgré le sens littéral de cette expression, on peut difficilement conclure que la Cour ait eu l'intention de reconnaître l'immunité *ratione personae* à une liste non limitative de personnes. En effet, quand elle a eu l'occasion d'allonger la liste des personnes protégées par ce type d'immunités, dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, elle ne l'a pas fait, limitant l'application de l'immunité au chef de l'État. En ce qui concerne le procureur général de la République et le chef de la sécurité nationale, elle n'a pas dit expressément s'ils seraient admis à bénéficier d'une immunité *ratione personae* de portée générale, mais a conclu qu'ils ne bénéficiaient pas d'immunités personnelles étant donné qu'ils n'étaient pas des diplomates et que la Convention sur les missions spéciales n'était pas applicable en l'espèce⁴⁶.

63. Par ailleurs, la pratique des États en la matière n'est guère répandue et n'est ni constante ni uniforme, tant pour ce qui est des solutions données dans tel ou tel cas qu'en ce qui concerne les arguments employés par les juridictions nationales. Ainsi, les juridictions sont favorables à une application élargie de l'immunité *ratione personae* dans certains cas, mais pas dans d'autres⁴⁷ où, sans se prononcer sur le type d'immunité allégué ou appliqué, elles ne traitent clairement pas de la même manière les membres de la troïka et les autres représentants de l'État. Par conséquent, la pratique des États n'étant pas homogène, il est impossible de trouver des arguments en faveur

d'une application élargie de l'immunité *ratione personae* à d'autres représentants de l'État que ceux composant la troïka, car cela reviendrait à leur attribuer une fonction de représentation directe et automatique de l'État dans les relations internationales sur la base d'une norme de droit international dont on ne peut établir l'existence⁴⁸.

64. Enfin, on ne saurait trop insister sur le fait que même les partisans de l'application de l'immunité *ratione personae* à d'autres représentants de l'État que les membres de la troïka s'accordent à dire qu'il est impossible d'établir une liste exhaustive des personnes concernées, les opinions étant très variées quant au type de représentants de l'État qui devraient en bénéficier⁴⁹. On constate au contraire que les partisans d'une application élargie de l'immunité semblent considérer que la solution serait de déterminer les critères qui justifieraient d'accorder l'immunité *ratione personae* à ces «autres représentants de l'État»⁵⁰.

65. Cependant, il n'est pas rare dans la pratique de rencontrer des exemples dans lesquels le droit international reconnaît une immunité *ratione personae* générale à des représentants de l'État autres que le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères. L'exemple le plus significatif est sans aucun doute celui de l'immunité de juridiction pénale reconnue aux agents diplomatiques. On peut mentionner également l'immunité *ratione personae* reconnue en vertu des dispositions applicables aux missions spéciales, ainsi que plusieurs cas dans lesquels la même protection a été accordée unilatéralement à certains représentants de l'État en voyage officiel dans un pays donné. Il s'agit cependant de régimes spéciaux qui sont hors sujet et ne devraient donc pas entrer dans le champ d'application du projet d'articles approuvé par la Commission le moment venu. C'est précisément dans le cadre de ces régimes spéciaux, en particulier de celui appliqué aux missions spéciales au sens large, qu'il faut chercher une réponse plus appropriée à la question de savoir si les représentants de l'État appelés à quitter le territoire national plus ou moins souvent pourraient être soumis à la juridiction pénale étrangère, ce qui nuirait clairement à l'exercice de leurs fonctions et au principe d'égalité souveraine de l'État au nom duquel ils exercent ces fonctions.

66. Enfin, on ne saurait trop insister sur le fait que reconnaître une immunité *ratione personae* semblable à celle reconnue aux membres composant la troïka à d'autres représentants de l'État, y compris à d'autres ministres, aurait pour conséquence d'empêcher les tribunaux compétents d'un État tiers d'exercer leur compétence et les priverait d'un pouvoir souverain. Cela ne pourrait se

⁴⁵ À ce sujet, les États suivants se sont dits prêts à envisager, avec prudence, une application plus large de l'immunité : l'Algérie, le Bélarus, le Chili, la Chine, la Fédération de Russie, la France, Israël, la Norvège, le Pérou, le Portugal, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la Suisse et le Viet Nam.

⁴⁶ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, aux pages 243 et 244, par. 194. Cependant, dans cet arrêt, la Cour internationale de Justice semble rapprocher, bien qu'en partie seulement, l'immunité reconnue à ces deux représentants de l'État de celle reconnue à l'État (voir *ibid.*, p. 242, par. 187 et 188, et p. 244, par. 196).

⁴⁷ À ce sujet, il convient de mentionner la décision rendue par le Tribunal pénal fédéral suisse le 25 juillet 2012 (voir *supra* la note 15).

⁴⁸ Plusieurs États (la Malaisie, la Norvège et la Slovénie) ont appelé à la prudence concernant toute approche élargie, étant donné que les niveaux de représentation attribués à telle ou telle catégorie de représentants de l'État sont sensiblement différents.

⁴⁹ Pour certains États, l'immunité *ratione personae* devrait être reconnue aux ministres de la défense et du commerce (Norvège et Suisse), au ministre des finances, compte tenu de la situation mondiale du moment (Norvège), au vice-premier ministre, aux ministres en général et au président du parlement (Chine, Irlande, Royaume-Uni).

⁵⁰ Pour le Chili, la Chine, la Fédération de Russie, la France, l'Inde, l'Irlande, Israël, le Japon, le Portugal et la République de Corée, il fallait définir ces critères. Pour certains États, il fallait retenir comme critères essentiels le rang occupé par la personne en question, sa participation à la coopération et aux relations internationales et la nécessité de voyager (voir, en particulier, l'intervention du Royaume-Uni).

produire qu'en application d'une règle de droit international coutumier. Cette règle est établie pour les membres de la troïka, mais il ne semble pas qu'on puisse en démontrer l'existence pour d'autres représentants de l'État en l'état actuel du droit international.

67. Compte tenu de ce qui précède, la Rapporteuse spéciale considère que la portée subjective de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* doit s'appliquer uniquement au chef de l'État, au chef du gouvernement et au ministre des affaires étrangères. Elle propose donc le projet d'article suivant :

« *Projet d'article 4. Portée subjective de l'immunité ratione personae*

« Le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères bénéficient de l'immunité de la juridiction pénale de l'État dont ils ne sont pas ressortissants. »

68. Toutefois, il est vrai que dans la pratique on peut trouver des exemples de reconnaissance ponctuelle de l'immunité *ratione personae* à des fonctionnaires de haut rang autres que les membres de la troïka. À cela, il faut également ajouter les avis exprimés par certains membres de la Commission et par des États qui sont favorables à l'extension de cette immunité aux fonctionnaires de haut rang. À cet égard, si la Commission estime opportun de lancer le débat sur ce processus d'extension de la portée de l'immunité *ratione personae*, la Rapporteuse spéciale se doit de signaler que, à son avis, il relèverait plutôt du développement progressif du droit international. Dans tous les cas, pour aborder comme il se doit une telle extension, il conviendrait d'envisager ladite immunité de manière indépendante et distincte de celle du chef d'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères, notamment afin d'incorporer à ce processus tout élément qui la différencierait de l'immunité *ratione personae* traditionnellement reconnue aux membres de la troïka. Il faudrait dans ce contexte tenir tout particulièrement compte du nouvel élément territorial qui caractériserait ce type particulier d'immunité *ratione personae*, dérivé de l'incorporation du concept de « voyage officiel », qui devrait être au cœur de la réflexion et qui a suscité récemment un intérêt tout particulier de la part d'un État⁵¹.

B. Champ d'application matériel de l'immunité *ratione personae*

69. Les types d'actes auxquels s'étend ladite immunité constituent le deuxième des éléments normatifs définissant l'immunité *ratione personae*. À ce sujet, il convient de souligner que, contrairement à la portée subjective de l'immunité *ratione personae*, la détermination abstraite de son champ d'application matériel n'a pas soulevé de problème dans la pratique. Ainsi, l'extension de celle-ci à tout acte, privé ou officiel, accompli par le chef d'État, le chef de

gouvernement ou le ministre des affaires étrangères n'a pas été contestée. Cela s'explique en grande partie par le lien particulier qui existe entre cette catégorie d'immunité de juridiction pénale étrangère et celle visée précédemment.

70. Cette solution est conforme à celle proposée par les divers instruments internationaux qui définissent des régimes particuliers envisageant également une typologie d'immunité de nature *ratione personae*, tels que la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention sur les missions spéciales⁵². Étant donné que la protection accordée par les différentes conventions face à l'exercice de la juridiction pénale étrangère répond à la même considération que pour celle octroyée aux chefs d'État, chefs de gouvernement ou ministres des affaires étrangères, il est logique que la réponse apportée au champ d'application matériel de celle-ci soit identique. Par ailleurs, les diverses tentatives de codification privée qui ont été menées à bien, notamment par l'Institut du droit international, placent aussi bien les actes privés que les actes officiels sous la protection de l'immunité *ratione materiae*⁵³.

71. Par ailleurs, il faut également tenir compte du fait que l'on retrouve cette même position dans la jurisprudence internationale qui fait référence à cette catégorie d'immunité en la qualifiant d'immunité « pleine », « totale », « complète », « entière » ou « absolue » précisément pour déclarer qu'elle s'applique à tout acte accompli par les personnes qui en sont bénéficiaires. En parallèle, la pratique suivie par les organes judiciaires nationaux est traditionnellement alignée sur cette approche⁵⁴.

72. Par conséquent et suivant l'expression employée par la Cour internationale de Justice, il est possible de conclure que l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae* est une immunité pleine. Il n'est pas nécessaire, en ce qui la concerne, de procéder à une étude analytique des types d'actes qui doivent être considérés comme des « actes privés » ou comme des « actes officiels » ; il n'est pas non plus utile, en principe, de se pencher sur le moment où ces actes se sont produits ou

⁵² Voir l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, et *a contrario* le paragraphe 2 de l'article 39 de la même Convention. Voir également l'article 31 de la Convention sur les missions spéciales, et *a contrario* le paragraphe 2 de l'article 43. Il convient, dans les deux cas, d'appeler l'attention sur la différence de traitement accordée à l'immunité de juridiction pénale et à l'immunité de juridiction civile et administrative, si l'on admet que ces deux dernières exceptions sont directement liées aux actes accomplis à titre privé. De même, en réglementant la fin de l'immunité, ces conventions établissent une distinction entre les actes officiels et les autres actes, ce qui entraîne la reconnaissance implicite du fait que les actes non officiels (privés) sont protégés par l'immunité *ratione personae* lorsque celle-ci s'applique à un agent diplomatique ou aux membres d'une mission spéciale.

⁵³ Voir notamment la résolution adoptée par l'Institut de droit international en 2001, « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État... ». L'article 2, qui doit être lu, pour les questions qui nous concernent, à la lumière des articles 3 et 13, par. 2, mérite une attention particulière (*ibid.*, p. 744 et 752, respectivement).

⁵⁴ Voir, à cet égard, l'analyse intéressante reproduite dans le mémorandum du Secrétariat (note 14 *supra*), par. 137 à 140. La récente décision du Tribunal pénal fédéral suisse, citée à plusieurs reprises dans le présent rapport, montre que le juge s'est également rallié à la doctrine communément acceptée, à savoir que l'immunité couvre tous les actes accomplis, dans ce cas, par un chef d'État [(voir *supra* les notes 15 et 27), par. 5.3.1)].

⁵¹ Lors de la précédente session de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, la Suisse a affirmé que le fait qu'un fonctionnaire d'un État se trouve en voyage officiel sur le territoire d'un État tiers devait être considéré comme un critère méthodologique pertinent au moment d'aborder l'examen de l'immunité *ratione personae*. L'importance de prendre en considération le voyage officiel a également été mise en avant par la Norvège, s'exprimant au nom des pays nordiques.

sur les circonstances qui les entourent, ni sur la question de savoir où se trouvaient les bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* lorsqu'ils ont accompli les actes couverts par l'immunité, ni où ils se trouvent au moment où un État étranger entend exercer sa compétence à leur égard⁵⁵. La « plénitude » de l'immunité *ratione personae* se traduit donc par son applicabilité à l'un quelconque des actes accomplis par un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères, indépendamment de sa nature, du lieu où il a été commis et de la nature éventuelle du voyage (visite officielle ou privée) qu'il effectue lui-même à l'étranger lorsqu'un État déterminé décide d'exercer sa compétence. Dans tous les cas, de ce point de vue et de l'avis de la Rapporteuse spéciale, l'emploi de l'expression « immunité pleine » est préférable à celui d'« immunité absolue », qui peut prendre d'autres significations si l'on en croit l'évolution récente du concept d'immunité en droit international au cours de ces dernières décennies.

73. Néanmoins, il convient de signaler que la qualification de l'immunité *ratione personae* comme « pleine » ne veut pas dire qu'elle ne peut pas éventuellement faire l'objet d'exceptions. Ces exceptions, le cas échéant, entraîneraient, par leur propre nature, l'exclusion de la règle générale, qui est précisément l'immunité « pleine ». Cela étant, les éventuelles exceptions à l'immunité ne sont pas un thème faisant l'objet du présent rapport, et ne doivent par conséquent pas être envisagées dans le projet d'article proposé ci-après. Elles seront examinées par la suite, comme déjà indiqué plus haut, au chapitre I.

74. Au regard des considérations qui précèdent, il y a lieu de proposer le projet d'article suivant concernant le champ d'application matériel de l'immunité *ratione personae* :

« *Projet d'article 5. Champ d'application matériel de l'immunité ratione personae*

« 1. L'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficient le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères s'étend à tous les actes, privés ou officiels, qu'ils ont accomplis avant leur nomination ou au cours de l'exercice de leur mandat.

« 2. Le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères ne bénéficient pas de l'immunité *ratione personae* pour les actes, privés ou officiels, qu'ils pourraient accomplir après la fin de leur mandat. Cette disposition s'applique sans préjudice de toute autre forme d'immunité dont peuvent bénéficier lesdites personnes par rapport aux actes officiels qu'elles sont amenées à accomplir après expiration de leur mandat, en vertu d'une qualité autre. »

C. Champ d'application temporel de l'immunité *ratione personae*

75. Comme pour l'aspect matériel de l'immunité *ratione personae*, le champ d'application temporel de cette catégorie d'immunité ne suscite aucune controverse. Au contraire, l'affirmation que l'immunité de juridiction

pénale *ratione personae* n'est applicable au chef d'État, au chef de gouvernement ou au ministre des affaires étrangères que pendant la durée de l'exercice de leur mandat rassemble un large consensus. Par conséquent, l'immunité *ratione personae* naît avec la nomination de la personne qui en est bénéficiaire et prend fin au terme de son mandat⁵⁶. Ou bien, si l'on préfère, l'immunité *ratione personae*, du fait de sa nature même, a un caractère indubitablement temporel lié à la durée de l'exercice de sa fonction par la personne qui en est bénéficiaire⁵⁷.

76. On retrouve cette caractéristique de l'immunité *ratione personae* dans la pratique courante des États, leur jurisprudence ainsi que la jurisprudence internationale. Cependant, il est vrai qu'il existe parfois une certaine ambiguïté et/ou confusion terminologique qui peut avoir des conséquences sur la nature juridique de la catégorie d'immunité visée. Ainsi, il a été dit dans certains cas qu'après l'extinction du mandat des personnes bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* il subsistait une certaine « immunité résiduelle »⁵⁸ pour ce qui est des actes officiels accomplis par le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères. Selon un autre point de vue, l'immunité *ratione personae* s'étend parfois au-delà du mandat des bénéficiaires en ce qui concerne les actes officiels accomplis par ces derniers dans l'exercice de leurs fonctions. Ces affirmations ont un objectif évident : préserver un type d'immunité de juridiction pénale étrangère pour les actes accomplis à titre officiel au-delà de la durée de la fonction des personnes susmentionnées. Néanmoins, il convient de préciser la nature de l'immunité envisagée pour lesdits actes officiels, car elle peut avoir des conséquences, le cas échéant, sur le régime juridique qui lui est applicable.

77. À cet égard, il est nécessaire de rappeler, en premier lieu, que l'immunité *ratione personae* se justifie par la position particulière des personnes qui en bénéficient, à savoir leur qualité de représentants suprêmes de l'État qui, de manière automatique et sans qu'aucun acte exprès ne soit nécessaire, représentent l'État dans les relations internationales, et peuvent engager automatiquement tant la volonté que la responsabilité de celui-ci. C'est précisément pourquoi l'immunité *ratione personae* bénéficie d'un régime juridique particulier lui permettant de s'appliquer à tout acte accompli par le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères sans qu'il soit possible ou nécessaire, dans l'abstrait, de chercher à identifier les actes que ceux-ci ont accomplis afin de leur octroyer l'immunité. Si l'on préfère, la nature de l'acte accompli par le bénéficiaire de l'immunité n'est

⁵⁶ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 182, par. 79, et mémorandum du Secrétariat (note 14 *supra*), par. 90.

⁵⁷ Ainsi en a décidé la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 20), p. 22, par. 54. Voir également le paragraphe 61 du même arrêt. Le même aspect temporel de l'immunité *ratione personae* a été mis en exergue par l'Institut de droit international dans sa résolution de 2009 : « L'immunité personnelle prend fin au terme de la fonction ou de la mission de son bénéficiaire » (« Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux », p. 229, art. III, par. 2).

⁵⁸ Dans sa décision du 25 juillet 2012 (voir *supra* la note 15), le Tribunal pénal fédéral suisse semble avoir suivi cette approche en affirmant qu'une immunité résiduelle subsistait au terme de la fonction, et cela bien qu'il mette expressément en avant le caractère temporel de l'immunité *ratione personae* (par. 5.3.1 et 5.3.2).

⁵⁵ Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 20 *supra*), p. 22, par. 55.

pas pertinente pour justifier l'application de cette institution juridique. De même, cette immunité possède une limite temporelle évidente, déterminée par l'exercice de la fonction, à la fin de laquelle l'acte devient pertinent, c'est-à-dire que, d'un côté, les actes, accomplis à titre privé par le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, cessent d'être protégés par l'immunité, et que, de l'autre, les actes accomplis à titre officiel pourront bénéficier de l'immunité, mais pour cela ils devront être identifiés comme des actes officiels⁵⁹. Il est donc impératif de «qualifier les actes officiels» pour reconnaître l'immunité, élément qui est étranger à la nature même de l'immunité *ratione personae* mais qui, au contraire, est l'un des éléments caractéristiques de l'immunité *ratione materiae*.

78. Par conséquent, dans le cas d'une éventuelle immunité présumée pour ce qui est d'actes officiels accomplis par un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères, il s'agit d'une hypothèse d'immunité *ratione materiae* caractéristique qui le protège en ce qui concerne les actes accomplis par un fonctionnaire de l'État dans l'exercice de ses fonctions, indépendamment du fait que ledit fonctionnaire, au moment de l'accomplissement de ces actes, ait ou non qualité de représentant suprême de l'État et du fait qu'il ait cessé d'exercer ses anciennes fonctions au moment où cette immunité doit lui être étendue. Il ne s'agit pas pour autant d'une prolongation de l'immunité

⁵⁹ Dans ce sens, l'Institut de droit international a déclaré dans sa résolution de 2001 que le chef d'État qui a cessé d'exercer ses fonctions «n'y bénéficie d'aucune immunité de juridiction [...] en matière pénale [...], sauf lorsqu'il y est assigné ou poursuivi en raison d'actes qu'il a accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice» («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État...», p. 752, art. 13.2).

ratione personae, ni du maintien résiduel de l'un de ses éléments mais de l'application des règles générales mêmes de l'immunité *ratione materiae*. Étant donné que la distinction entre ces deux catégories d'immunité de juridiction pénale étrangère a été acceptée de manière générale et qu'il est aussi accepté qu'elles relèvent toutes deux de régimes juridiques différenciés, il est nécessaire d'établir clairement dans ce projet d'articles la distinction déjà signalée par rapport aux cas d'immunité dont peuvent bénéficier les anciens chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères, s'agissant des actes officiels qu'ils auraient pu accomplir au cours de l'exercice de fonctions aussi importantes.

79. Au regard des considérations qui précèdent, il y a lieu de proposer le projet d'article suivant, qui tient compte des deux aspects auxquels il est fait référence plus haut :

«Projet d'article 6. *Champ d'application temporel de l'immunité ratione personae*

«1. L'immunité *ratione personae* s'applique exclusivement pendant la durée du mandat du chef d'État, du chef de gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, et s'éteint automatiquement dès expiration dudit mandat.

«2. L'extinction de l'immunité *ratione personae* s'entend sans préjudice du fait qu'un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères puissent bénéficier, après expiration de leurs mandats respectifs, de l'immunité *ratione materiae* en rapport avec les actes qu'ils auront accomplis à titre officiel pendant l'exercice de ces fonctions.»

CHAPITRE VI

Plan de travail futur

80. Conformément au plan de travail proposé dans le rapport préliminaire, la Rapporteuse spéciale entend consacrer son troisième rapport à l'examen des éléments normatifs de l'immunité *ratione materiae*, en s'attachant notamment à deux aspects particulièrement complexes, à savoir le concept de fonctionnaire et le concept d'acte officiel. Dans ce rapport, qui sera présenté à la Commission du droit international à sa soixante-sixième session,

en 2014, figureront également des projets d'article sur les questions susmentionnées.

81. Par la suite, la Rapporteuse spéciale entamera les premières études concernant la question des exceptions à l'immunité, en vue de soumettre quelques observations préliminaires à la Commission à l'occasion de sa soixante-sixième session.

ANNEXE

Projets d'article proposés

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Projet d'article 1. Champ d'application du projet d'articles

Sans préjudice des dispositions du projet d'article 2, le présent projet d'articles renvoie à l'immunité dont jouissent certains représentants de l'État au regard des juridictions pénales d'un autre État.

Projet d'article 2. Immunités exclues du champ d'application du projet d'articles

Sont exclues du champ d'application du présent projet d'articles :

a) les immunités pénales reconnues dans le cadre des relations diplomatiques, des relations consulaires, ou dans le cadre ou le contexte d'une mission spéciale ;

b) les immunités pénales établies dans le cadre d'accords de siège ou de traités régissant la représentation diplomatique devant les organisations internationales ou définissant les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs représentants ou agents ;

c) les immunités qui peuvent être établies en vertu d'autres traités internationaux ad hoc ;

d) toutes les autres immunités qui peuvent être accordées unilatéralement par un État aux représentants d'un autre État, en particulier quand ces derniers se trouvent sur son territoire.

Projet d'article 3. Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

a) on entend par «juridiction pénale» l'ensemble des compétences, processus, procédures et actes qui, conformément au droit de l'État qui entend exercer sa compétence, sont nécessaires pour qu'une juridiction puisse déterminer et sanctionner la responsabilité pénale individuelle des auteurs d'actes érigés en crimes ou délits par la loi de cet État. Aux fins de la définition de la notion de «juridiction pénale», le titre de compétence sur lequel l'État se fonde pour exercer sa compétence est indifférent ;

b) on entend par «immunité de juridiction pénale étrangère» la protection dont jouissent certains fonctionnaires de l'État et qui fait obstacle à l'exercice de la compétence pénale par les juridictions d'un État tiers ;

c) on entend par «immunité *ratione personae*» l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache

à certains fonctionnaires de l'État en vertu de la qualité qu'ils détiennent dans l'État dont ils ont la nationalité et qui leur donne une fonction de représentation directe et automatique de l'État dans les relations internationales ;

d) on entend par «immunité *ratione materiae*» l'immunité de juridiction pénale étrangère qui s'attache à un fonctionnaire de l'État pour les actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions et qui peuvent être qualifiés d'«actes officiels».

DEUXIÈME PARTIE

IMMUNITÉ *RATIONE PERSONAE**Projet d'article 4. Portée subjective de l'immunité ratione personae*

Le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères bénéficient de l'immunité de la juridiction pénale de l'État dont ils ne sont pas ressortissants.

Projet d'article 5. Champ d'application matériel de l'immunité ratione personae

1. L'immunité de juridiction pénale étrangère dont bénéficient le chef d'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères s'étend à tous les actes, privés ou officiels, qu'ils ont accomplis avant leur nomination ou au cours de l'exercice de leur mandat.

2. Le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères ne bénéficient pas de l'immunité *ratione personae* pour les actes, privés ou officiels, qu'ils pourraient accomplir après la fin de leur mandat. Cette disposition s'applique sans préjudice de toute autre forme d'immunité dont peuvent bénéficier lesdites personnes par rapport aux actes officiels qu'elles sont amenées à accomplir après expiration de leur mandat, en vertu d'une qualité autre.

Projet d'article 6. Champ d'application temporel de l'immunité ratione personae

1. L'immunité *ratione personae* s'applique exclusivement pendant la durée du mandat du chef d'État, du chef de gouvernement ou du ministre des affaires étrangères, et s'éteint automatiquement dès expiration dudit mandat.

2. L'extinction de l'immunité *ratione personae* s'entend sans préjudice du fait qu'un ancien chef d'État, un ancien chef de gouvernement ou un ancien ministre des affaires étrangères puissent bénéficier, après expiration de leurs mandats respectifs, de l'immunité *ratione materiae* en rapport avec les actes qu'ils auront accomplis à titre officiel pendant l'exercice de ces fonctions.

LES ACCORDS ET LA PRATIQUE ULTÉRIEURS DANS LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/660

Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, par M. Georg Nolte, Rapporteur spécial

[Original: anglais]
[19 mars 2013]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	58
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	59
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION ET PRÉCÉDENTS TRAVAUX DE LA COMMISSION	1-3 61
<i>Chapitres</i>	
I. PORTÉE, OBJECTIF ET RÉSULTAT POSSIBLE DES TRAVAUX.....	4-7 61
II. RÈGLE GÉNÉRALE ET MOYENS D'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS	8-28 62
A. Cour internationale de Justice.....	10 63
B. Organes juridictionnels et quasi juridictionnels créés dans le cadre de régimes économiques internationaux	11-14 63
C. Juridictions des droits de l'homme et Comité des droits de l'homme.....	15-21 64
D. Autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux.....	22-27 65
E. Conclusion : projet de conclusion 1	28 66
III. ACCORDS ET PRATIQUE ULTÉRIEURS COMME MOYENS D'INTERPRÉTATION	29-64 66
A. Consécration par des organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux.....	31-41 67
B. Accords et pratique ultérieurs entre autres moyens d'interprétation.....	42-53 69
C. Interprétation contemporaine et interprétation évolutive	54-63 71
D. Conclusion : projet de conclusion 2	64 74
IV. DÉFINITION DE L'ACCORD ULTÉRIEUR ET DE LA PRATIQUE ULTÉRIÈRE EN TANT QUE MOYENS D'INTERPRÉTATION D'UN TRAITÉ	65-118 74
A. Accord ultérieur	66-90 74
B. Pratique ultérieure.....	91-117 78
C. Conclusion : projet de conclusion 3	118 83
V. ATTRIBUTION À L'ÉTAT D'UNE PRATIQUE SUIVIE DANS L'APPLICATION D'UN TRAITÉ	119-144 83
A. Portée de la pratique pertinente des États	120-124 84
B. Attribution à l'État du comportement ultérieur qui est le fait d'acteurs privés ou d'une évolution de la société	125-134 85
C. La pratique des autres acteurs en tant que preuve de la pratique des États	135-143 86
D. Conclusion : projet de conclusion 4	144 88
VI. PROGRAMME DES TRAVAUX FUTURS.....	145 89

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (Genève, 22 août 1864)	CICR, <i>Manuel de la Croix-Rouge internationale</i> , 12 ^e éd., Genève, 1983, p. 19.
Acte général de la Conférence internationale d'Algésiras (Algésiras, 7 avril 1906)	France, Ministère des affaires étrangères, <i>Documents diplomatiques, Affaires du Maroc, 1906. II, Protocoles et comptes rendus de la Conférence d'Algésiras : fascicule n° 1</i> , Paris, 1906.
Pacte de la Société des Nations (Versailles, 28 juin 1919)	Société des Nations, <i>Journal officiel</i> , n° 1, février 1920, p. 3.
Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 15, n° 102, p. 295 ; et <i>annexe 9, Facilitation</i> , 13 ^e éd. (juillet 2011), disponible sur le site de l'Organisation de l'aviation civile internationale : http://www.icao.int .
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n° 1021, p. 277.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, n° 970 à 973, p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Convention I)	Ibid., n° 970, p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Convention II)	Ibid., n° 971, p. 85.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Convention III)	Ibid., n° 972, p. 135.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV)	Ibid., n° 973, p. 287.
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, n° 17512, p. 3.
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., n° 17513, p. 609.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)	Ibid., vol. 189, n° 2545, p. 137.
Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967)	Ibid., vol. 606, n° 8791, p. 267.
Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957)	Ibid., vol. 294, n° 4300, p. 3. Voir également la version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> , C 325, 24 décembre 2002, p. 33.
Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (Stockholm, 4 janvier 1960)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 370, n° 5266, p. 3.
Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965)	Ibid., vol. 575, n° 8359, p. 159.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) [San José, 22 novembre 1969]	Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
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 (Londres, Moscou et Washington, 10 avril 1972)	Ibid., vol. 1015, n° 14860, p. 163.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3.

Sources

Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]	A/CONF.129/15.
Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) [Mexico, Ottawa et Washington, 17 décembre 1992]	Ottawa, Ministère canadien des approvisionnements et services, 1992. Disponible sur le site Web du secrétariat de l'ALENA, à l'adresse suivante : www.nafta-sec-alena.org/Accueil/ .
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 (ouverte à la signature à Paris le 13 janvier 1993)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1975, n° 33757, p. 3.
Convention relative à la préservation du thon rouge du Sud (Canberra, 10 mai 1993)	Ibid., vol. 1819, n° 31155, p. 359.
Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 15 avril 1994)	Ibid., vol. 1867 à 1869, n° 31874.
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)	Ibid., vol. 2056, n° 35597, p. 211.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Ibid., vol. 2187, n° 38544, p. 3.
Convention sur les armes à sous-munitions (Dublin, 30 mai 2008)	Ibid., vol. 2688, n° 47713, p. 39.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ABI-SAAB, Georges
«The appellate body and treaty interpretation», dans M. Fitzmaurice *et al.* (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 99 à 109.
- ALDRICH, George
The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- AUST, Anthony
«The theory and practice of informal international instruments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n° 4 (octobre 1986), p. 787 à 812.
Modern Treaty Law and Practice, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- BARRIGA, Stefan et Leena GROOVER
«A historic breakthrough on the crime of aggression», *AJIL*, vol. 105 (juillet 2011), n° 3, p. 517 à 533.
- BENVENISTI, Eyal et George W. DOWNS
«The empire's new clothes: political economy and the fragmentation of international law», *Stanford Law Review*, vol. 60 (novembre 2007), p. 595 à 631.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz
«Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch das Iran-United States Claims Tribunal», dans K. Hailbronner *et al.* (dir. publ.), *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doehring*, Berlin, Springer, 1989, p. 119 à 131.
- BOWEN, Harry A.
«The Chicago International Civil Aviation Conference (1944-1945)», *George Washington Law Review*, vol. 13 (1944-1945), p. 308 à 327.
- BOYLE, Alan et Christine CHINKIN
The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRAUCH, Jeffrey A.
«The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: threat to the rule of law», *Columbia Journal of International Law*, vol. 11, n° 1 (hiver 2004-2005), p. 113 à 150.
- BROWER, Charles H.
«Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA article 1105», *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, n° 2 (2006), p. 347 à 363.
- BROWER, Charles et Jason BRUESCHKE
The Iran-United States Claims Tribunal, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998.
- CUMMINS, Sally J. (dir. publ.)
Digest of United States Practice in International Law 2006, Washington, Oxford University Press et International Law Institute, 2007.
- DISTEFANO, Giovanni
«La pratique subséquente des États parties à un traité», *AFDI*, vol. 40 (1994), p. 41 à 71.
- ELIAS, T. O.
«The doctrine of intertemporal law», *AJIL*, vol. 74 (1980), p. 285 à 307.
- FAUCHALD, Ole Kristian
«The legal reasoning of ICSID Tribunals – an empirical analysis», *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 2 (2008), p. 301 à 364.
- FITZMAURICE, Gerald
«The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and certain other treaty points», *The British Year Book of International Law 1957*, p. 203 à 293.
- FITZMAURICE, Malgosia
«Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I», *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 21 (2008), p. 101 à 153.
- FITZMAURICE, Malgosia et Panos MERKOURIS
«Canons of treaty interpretation: selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement», dans M. Fitzmaurice *et al.* (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 153 à 237.
- FOX, Hazel
«Articles 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case», dans M. Fitzmaurice *et al.* (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 59 à 74.

- GARDINER, Richard K.
Treaty Interpretation, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- GASSER, Hans-Peter
 «International Committee of the Red Cross (ICRC)», dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.
- GAUTIER, Philippe
 «Convention de Vienne de 1969: Article 2», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 45 et suiv.
- GREIG, D. W.
Intertemporal and the Law of Treaties, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2001.
- HAVEL, Brian F.
Beyond Open Skies: A New Regime for International Aviation, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer, 2009.
- HIGGINS, Rosalyn
 «Some observations on the inter-temporal rule in international law», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 173 à 181.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL
 «Le problème intertemporel en droit international public», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56 (session de Wiesbaden, 1975), Bâle, Karger, 1975, p. 536 à 540.
- JENNINGS, Robert et Arthur WATTS (dir. publ.)
Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, 9^e éd., Harlow, Longman, 1992.
- KAMTO, Maurice
 «La volonté de l'État en droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2004, t. 310, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, p. 9 à 428.
- KLABBERS, Jan
The Concept of Treaty in International Law, La Haye, Kluwer, 1996.
- KOLB, Robert
Interprétation et création du droit international. Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- KOTZUR, Markus
 «Intertemporal Law», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.
- KUIJPER, P. J.
 «The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 25, n° 1, p. 1 à 23.
- LETSAS, George
 «Strasbourg's interpretative ethic: lessons for the international lawyer», *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 3 (2010), p. 509 à 541.
- LINDERFALK, Ulf
On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Dordrecht, Springer, 2007.
 «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, n° 2 (2008), p. 109 à 141.
- LIXINSKI, Lucas
 «Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law», *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 3 (2010), p. 585 à 604.
- MCRÆ, Donald
 «Approaches to the interpretation of treaties: the European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body», dans S. Breitenmoser *et al.* (dir. publ.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Zurich, Dike, 2007, p. 1407 à 1422.
- NOLTE, Georg (dir. publ.)
Treaties and Subsequent Practice, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- ROBERTS, Anthea
 «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», *AJIL*, vol. 104, n° 2 (avril 2010), p. 179 à 225.
- ROSENNE, Shabtai
 «Treaties, conclusion and entry into force», dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, Amsterdam, 2000, p. 464 à 467.
- SANDS, Philippe
 «Convention de Vienne de 1969: Article 39», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1523 à 1544.
- SCHREUER, Christoph
 «Diversity and harmonization of treaty interpretation in investment arbitration», dans M. Fitzmaurice *et al.* (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 129 à 151.
- SINCLAIR, Sir Ian
The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SOREL, Jean-Marc
 «Convention de Vienne de 1969: Article 31», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1289 à 1334.
- TORRES-BERNÁRDEZ, Santiago
 «Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties», dans G. Hafner *et al.* (dir. publ.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 721 à 748.
- VAN DAMME, Isabelle
Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- VERDROSS, Alfred et Bruno SIMMA
Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, 3^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1984.
- VILLIGER, Mark E.
Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2009.
- WEERAMANTRY, Romesh J.
Treaty Interpretation in Investment Arbitration, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- WOLFRAM, Karl
Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht, Berlin, Springer, 1983.
- YASSEEN, Mustafa Kamil
 «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1976-III, vol. 151, Leyde, Sijthoff, 1978, p. 1 à 114.

Introduction et précédents travaux de la Commission

1. Au cours de sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission du droit international a décidé de modifier le cadre de ses travaux sur le sujet « Les traités dans le temps » et de nommer M. Georg Nolte Rapporteur spécial^{*1} pour le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »². Le présent rapport fait suite aux précédents travaux de la Commission concernant « Les traités dans le temps », sur lesquels il fait fond.

2. La Commission a inscrit le sujet « Les traités dans le temps » à son programme de travail à sa soixantième session, en 2008³. À sa soixante et unième session, en 2009, elle a créé un Groupe d'étude sur les traités dans le temps, présidé par M. Georg Nolte⁴. À la soixante-deuxième session, en 2010, le Groupe d'étude a commencé ses travaux sur les aspects du sujet relatifs aux accords et à la pratique ultérieurs, sur la base d'un rapport introductif établi par son président sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux de compétence spécialisée en la matière⁵. À la soixante-troisième session,

* Le Rapporteur spécial saisi gré à Katharina Berner, Stefan Raffaeiner et Alejandro Rodiles Bretón (de l'Université Humboldt de Berlin), qui l'ont aidé à l'occasion de ses recherches et de l'élaboration du présent rapport, et remercie également Prisca Feihle et Moritz von Rochow (également de l'Université Humboldt de Berlin) pour leur assistance technique.

¹ *Annuaire... 2012*, vol. I, 3136^e séance, 31 mai 2012, p. 52 et 53.

² *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 86, par. 269.

³ *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 159, par. 353 : pour le plan d'étude du sujet, voir *ibid.*, annexe I, p. 163. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008.

⁴ *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 154 et 155, par. 220 à 226.

⁵ *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 202 et 203, par. 344 à 354. Établis initialement sous la forme de documents de travail informels, le

en 2011, le Groupe d'étude a commencé l'examen du deuxième rapport établi par son Président consacré aux décisions rendues dans le cadre de régimes spéciaux, concernant les accords et la pratique ultérieurs, en s'arrêtant sur douze des conclusions générales qui y étaient proposées⁶. À la lumière des débats menés au sein du Groupe d'étude, le Président a remanié le texte des conclusions proposées, ramenées au nombre de neuf conclusions préliminaires⁷.

3. À la soixante-quatrième session de la Commission, en 2012, le Groupe d'étude a achevé l'examen du deuxième rapport de son Président⁸. À cette occasion, il a examiné six conclusions générales supplémentaires proposées dans le deuxième rapport. À la lumière des débats au sein du Groupe d'étude, le Président en a remanié le texte pour proposer six nouvelles conclusions préliminaires⁹. Le Groupe d'étude est convenu de revoir et d'approfondir les conclusions préliminaires de son Président à la lumière des futurs rapports du Rapporteur spécial nouvellement nommé¹⁰. Le Groupe d'étude a en outre examiné partiellement le troisième rapport établi par son Président sur les accords et la pratique ultérieurs des États en dehors des procédures judiciaires et quasi judiciaires¹¹.

rapport introductif ainsi que les deuxième et troisième rapports figurent dans Nolte, *Treaties and Subsequent Practice*.

⁶ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 173 et 174, par. 336 à 341.

⁷ Pour le texte des neuf conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude, voir *ibid.*, p. 174 à 176, par. 344.

⁸ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 78 à 80, par. 225 à 239.

⁹ *Ibid.*, p. 80 et 81, par. 240.

¹⁰ *Ibid.*, p. 79, par. 231.

¹¹ *Ibid.*, par. 232 à 234.

CHAPITRE I

Portée, objectif et résultat possible des travaux

4. L'objectif initial, lorsqu'il a été décidé que la Commission poursuivrait l'examen du sujet « Les traités dans le temps » au sein d'un groupe d'étude, avait été de permettre aux membres de rechercher si le sujet devait être envisagé extensivement, ce qui aurait également supposé, entre autres choses, un examen approfondi de l'extinction et de la modification formelle des traités, ou s'il devait être circonscrit à l'aspect des accords et de la pratique ultérieurs. Les débats au sein du Groupe d'étude ont conduit celui-ci à souscrire à l'avis initialement exprimé par le Président, à savoir qu'il serait préférable de circonscrire étroitement le sujet à l'aspect de la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs. Le Groupe d'étude a conclu que, dans le cadre des travaux futurs, une attention prioritaire serait accordée à la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs à des fins d'interprétation [Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), art. 31] et aux questions connexes¹², comme il ressort de la proposition initiale relative au sujet¹³. Selon

cette proposition, ces moyens d'interprétation sont importants en raison du rôle qu'ils jouent pour l'interprétation des traités dans le temps :

Alors que d'importants traités sont maintenant relativement anciens, en particulier les traités normatifs conclus après 1945, le contexte dans lequel ils s'appliquent diffère de plus en plus de celui dans lequel ils ont été conçus. Par voie de conséquence, il est vraisemblable que certaines de leurs dispositions feront l'objet d'efforts de réinterprétation, voire de modifications informelles. Cela peut concerner des règles techniques tout autant que des règles de fond plus générales. Dans un contexte en évolution, les traités risquent soit d'être « gelés » dans un [état où ils sont moins à même de remplir leur objet et leur but, soit de perdre leur fondement dans l'accord des parties. Normalement, les parties à un traité souhaitent préserver leur accord, mais d'une manière qui réponde aux exigences du présent. La reconnaissance du rôle d'un accord et d'une pratique ultérieurs vise à trouver une approche souple, rationnelle et prévisible de l'application et de l'interprétation des traités¹⁴.

5. Conformément aux conclusions du Groupe d'étude sur les traités dans le temps lors de la soixante-quatrième session de la Commission, en 2012, le présent rapport synthétise les trois rapports présentés au Groupe d'étude¹⁵

¹² *Ibid.*, p. 80, par. 238.

¹³ *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 164 et suiv., par. 11 et suiv.

¹⁴ *Ibid.*, p. 165, par. 14.

¹⁵ Voir *supra* les notes 5, 6 et 11.

dont il prend en considération les débats. Quatre projets de conclusion y sont proposés, et enrichis de commentaires, sur plusieurs aspects fondamentaux du sujet. En raison d'un certain nombre de contraintes, notamment faute de place, il n'a pas été possible de faire dans le présent rapport la synthèse de la totalité des trois rapports précités. Le Rapporteur spécial compte cependant pouvoir présenter la suite de ce travail de synthèse dans un prochain rapport qui sera consacré à d'autres aspects plus spécifiques du sujet. Il prévoit que les travaux sur le sujet pourront être terminés, comme cela avait été envisagé, au cours du présent quinquennat (voir le programme des travaux futurs, *infra*, chapitre VI).

6. L'examen du présent sujet voudrait permettre de déterminer le rôle que jouent les accords et la pratique ultérieurs dans l'interprétation des traités, et de donner ainsi des orientations à ceux qui interprètent ou appliquent les traités, notamment les juges (des juridictions internationales et nationales), les agents des États et des organisations internationales, les universitaires et d'autres acteurs privés. Les éléments d'appréciation et analyses figurant dans le présent rapport et ceux qui seront présentés dans les futurs rapports, ainsi que les conclusions de la Commission, devraient constituer des références communes et contribuer ainsi, autant que cela est possible et raisonnable, à dégager une approche commune et uniforme de l'interprétation et de l'application de tel ou tel traité. Le présent rapport fait principalement fond sur la jurisprudence d'un groupe – que l'on peut penser représentatif – de cours, tribunaux et autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels au niveau international¹⁶, ainsi que sur des exemples attestés de la pratique des États. Cet ensemble constitue un

¹⁶ Le terme de jurisprudence s'entend de décisions juridiques rendues dans telles ou telles affaires par des organes compétents composés de membres indépendants. Il vise non seulement les jugements et arrêts rendus par des cours ou tribunaux internationaux, mais aussi les « constatations » du Comité des droits de l'homme au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les rapports établis par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans le cadre de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Le rapport couvre les seules constatations de ces organes axées

élément, nécessairement incomplet, d'un répertoire de la pratique. Ainsi qu'il ressort de la proposition initiale concernant le sujet « Les traités dans le temps » :

[L'objectif] de l'examen du sujet [...] devrait être de tirer certaines conclusions ou directives générales du répertoire de la pratique, sans viser à l'élaboration d'un projet de convention, ne serait-ce que parce que des directives d'interprétation ne sont pratiquement jamais codifiées, même dans les systèmes juridiques internes. Ces conclusions ou directives générales pourraient néanmoins donner à ceux qui interprètent et appliquent les traités une orientation quant aux possibilités et limites d'un moyen d'interprétation de plus en plus important qui est propre au droit international. Ces conclusions ou directives, sans être un carcan pour les interprètes, ne les laisseraient pas non plus dans le vide. Elles offriraient un point de référence à tous ceux qui interprètent et appliquent les traités, contribuant ainsi à une base d'interprétation commune, réduisant au minimum les risques de conflit et rendant plus efficace le processus d'interprétation¹⁷.

7. La spécificité du sujet à l'examen par rapport à d'autres sujets apparaît assez clairement. Est susceptible de susciter des interrogations à cet égard le sujet intitulé « Formation et identification du droit international coutumier ». À ce propos, le Rapporteur spécial souscrit à l'avis de Sir Michael Wood, Rapporteur spécial sur le sujet « Formation et identification du droit international coutumier », selon lequel, si les effets des traités sur la formation du droit international coutumier font partie de ce sujet, le rôle que joue le droit international coutumier dans l'interprétation des traités s'inscrit dans le cadre du présent sujet. Il va sans dire que ce dernier a pour objet non pas tant de déterminer la teneur de telles ou telles règles conventionnelles, que de mettre en évidence le rôle et les effets possibles des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Un autre sujet susceptible de présenter des points de recoupement est celui intitulé « Application provisoire des traités », lequel ne semble cependant pas concerner l'effet de l'application provisoire sur l'interprétation d'un traité¹⁸.

sur des appréciations de droit (et non de fait), qui sont suffisamment accessibles et ont déjà suscité un nombre significatif de décisions.

¹⁷ *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 167, par. 22.

¹⁸ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 68 et 69, par. 144 à 155.

CHAPITRE II

Règle générale et moyens d'interprétation des traités

8. La portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs aux fins de l'interprétation des traités dépend, au départ, de la règle générale d'interprétation des traités, laquelle, constituée de plusieurs règles ou éléments secondaires, est codifiée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980. La Cour internationale de Justice a estimé que cette règle générale d'interprétation des traités consacrait le droit international coutumier¹⁹. Les articles 32 et 31 de la Convention énumèrent plusieurs « moyens

d'interprétation²⁰ » (au nombre desquels un « accord ultérieur » et une « pratique ultérieurement suivie » constituent un « moyen authentique d'interprétation²¹ ») à prendre en considération aux fins de l'interprétation.

9. Il est généralement admis que l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 ne doit pas être interprété « comme impliquant une hiérarchie » dans l'application des différents moyens d'interprétation qui y sont contenus, mais que l'application de ceux-ci constitue une « seule opération

¹⁹ *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.

²⁰ Article 32. Voir également *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 238 à 243, paragraphes 2, 5, 8, 10, 15, 18 et 19 du commentaire relatif à la section 3 : Interprétation des traités.

²¹ *Ibid.*, p. 242, par. 15; voir aussi *infra* le paragraphe 30 et le paragraphe 64 (projet de conclusion 2).

complexe»²². Ainsi, pour donner application à la règle générale d'interprétation des traités à différents traités, ou différentes dispositions conventionnelles en présence de tel ou tel cas, on peut être conduit à s'appuyer plus ou moins sur les différents moyens d'interprétation qu'elle comporte, notamment à mettre plus ou moins l'accent sur le texte du traité ou sur son objet et son but. C'est ce que confirme la jurisprudence de plusieurs organes juridictionnels ou quasi juridictionnels internationaux représentatifs.

A. Cour internationale de Justice

10. Après une période d'hésitation²³, la Cour internationale de Justice a commencé à invoquer les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 dans les années 1990²⁴. Depuis cette époque, la Cour fonde d'ordinaire son interprétation des traités sur la règle générale et sur les autres moyens d'interprétation prévus aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969²⁵. Elle réaffirme aussi généralement leur caractère coutumier, ce qui lui permet d'appliquer les règles qui y sont énoncées dans des affaires où une ou plusieurs parties au différend ne sont pas parties à la Convention de Vienne de 1969, ainsi qu'à des traités conclus avant l'entrée en vigueur de celle-ci en 1980²⁶.

B. Organes juridictionnels et quasi juridictionnels créés dans le cadre de régimes économiques internationaux

11. L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) s'appuie sur les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969²⁷ pour interpréter des traités. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel s'intéressent en

particulier au texte de l'accord en question²⁸. À ce jour, l'Organe d'appel ne s'est pas spécialement attaché à l'objet et au but comme moyen d'interprétation²⁹. Ce n'est que de manière incidente qu'il a recouru à une interprétation évolutive³⁰ ou appliqué le principe de l'effet utile afin d'éviter «de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité³¹».

12. Le Tribunal des différends irano-américains a lui aussi pris en considération les règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969³². Il s'est principalement attaché dans ses décisions au sens ordinaire à attribuer aux termes du traité considéré et à son objet et à son but³³. Ainsi, le Tribunal s'en tient à un mode d'interprétation assez équilibré, sans privilégier tel ou tel moyen d'interprétation³⁴.

13. Les tribunaux institués dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ont eux aussi considéré qu'ils devaient appliquer les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, à titre de droit conventionnel ou de droit coutumier³⁵. Ils invoquent régulièrement la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de Justice internationale, son prédécesseur, ainsi que des tribunaux arbitraux, inscrivant de la sorte leur raisonnement dans le contexte du droit international général³⁶. Bien que leurs décisions soient loin de révéler une approche uniforme, les tribunaux du CIRDI n'ont à ce jour pas mis ostensiblement l'accent sur l'objet et le but comme moyen d'interprétation, ni sur les intentions présumées des parties à la Convention lors de la conclusion de celle-ci³⁷.

14. La méthode générale d'interprétation adoptée par les groupes spéciaux dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) peut être regardée comme procédant des règles d'interprétation de la

²² Ibid., p. 239, par. 8.

²³ À propos des différentes étapes de réception des règles de Vienne par la Cour internationale de Justice, voir Torres-Bernárdez, «Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties»; voir aussi Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 12 et suiv.

²⁴ *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, arrêt, C.I.J. Recueil 1991, p. 53, à la page 69, par. 48; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime [El Salvador c. Honduras; Nicaragua (intervenants)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 351, aux pages 582 et 584, par. 373 et 376, respectivement.

²⁵ Voir, pour une affaire récente, *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, à la page 673, par. 91.

²⁶ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [voir supra la note 19]; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [voir supra la note 19]; *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, 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; *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); *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. 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 c. Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 6, aux pages 21 et 22, par. 41, sans mentionner expressément l'article 32 mais en visant les moyens complémentaires d'interprétation.

²⁷ Abi-Saab, «The appellate body and treaty interpretation».

²⁸ 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 Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, 21 juillet 2000, WT/DS46/AB/RW, par. 45.

²⁹ McRae, «Approaches to the interpretation of treaties: the European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body».

³⁰ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, par. 130.

³¹ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (Japon – Boissons alcooliques II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, sect. D.

³² Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, p. 361, citant la décision n° DEC 12-A1-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 1 (1982), p. 189, par. 190 à 192.

³³ Ibid., p. 362 à 365.

³⁴ Böckstiegel, «Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch das Iran-United States Claims Tribunal»; Aldrich *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, p. 360 et suiv.; Brower et Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, p. 263 et suiv.

³⁵ Schreuer, «Diversity and harmonization of treaty interpretation in investment arbitration»; Fauchald, «The legal reasoning of ICSID Tribunals – an empirical analysis», p. 314; Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*.

³⁶ Fauchald, «The legal reasoning of ICSID Tribunals», p. 311, 313 et 341.

³⁷ Ibid., p. 315 à 319.

Convention de Vienne de 1969, l'accent étant mis sur la libéralisation du commerce en tant qu'objet et but principaux de l'Accord³⁸.

C. Juridictions des droits de l'homme et Comité des droits de l'homme

15. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*³⁹, dont elle a été saisie très tôt, a considéré «qu'il y [avait] lieu pour elle de s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne⁴⁰», en reprenant l'explication donnée par la Commission du droit international pour l'interprétation des traités dans le cadre de la Convention :

Tel que le prévoit la «règle générale» de l'article 31 de la Convention de Vienne, le processus d'interprétation d'un traité forme un tout, une seule opération complexe ; ladite règle, étroitement intégrée, place sur le même pied les divers éléments qu'énumèrent les quatre paragraphes de l'article⁴¹.

16. Depuis, la Cour confirme régulièrement son attachement de principe aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne de 1969 comme base d'interprétation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme)⁴². Elle fait néanmoins une distinction entre la Convention européenne et les «traités internationaux de type classique⁴³». Selon elle,

la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une «garantie collective»⁴⁴.

17. En conséquence, l'interprétation de la Convention devrait tenir compte de l'«efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen⁴⁵». Ces caractéristiques de la Convention ont conduit

³⁸ ALENA, rapport final du comité d'arbitrage établi conformément à l'article 2008, *Les tarifs appliqués par le Canada sur certains produits agricoles en provenance des États-Unis*, dossier du secrétariat n° CDA-95-2008-01, 2 décembre 1996, par. 118 et 119 ; voir aussi pour les tribunaux constitués au titre du chapitre 11, *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (Award on Jurisdiction), arbitrage aux termes des règles d'arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, 28 janvier 2008, par. 45 à 48 et par. 122.

³⁹ *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A n° 18.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 29.

⁴¹ *Ibid.*, par. 30 ; pour le texte du commentaire de la Commission du droit international, voir *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 239, paragraphe 8 du commentaire relatif à la section 3 : Interprétation des traités.

⁴² *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, par. 111 et 123, CEDH 2005-I ; *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, par. 55 à 58, CEDH 2001-XII ; *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, par. 55, CEDH 2001-XI ; *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, par. 73, série A n° 310 ; *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, par. 100, série A n° 201 ; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, par. 51, série A n° 112 ; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, par. 126, CEDH 2010 ; *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, par. 273 et 274, CEDH 2010 (extraits) ; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, par. 65, CEDH 2008.

⁴³ *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, par. 239, série A n° 25 ; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, par. 127, CEDH 2010 ; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, par. 87, série A n° 161.

⁴⁴ *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, par. 239, série A n° 25.

⁴⁵ *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, par. 75, série A n° 310.

la Cour à considérer que «la Convention est un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles⁴⁶». Cette conception de l'«instrument vivant» ne fait cependant pas exception à la méthode générale d'interprétation fondée sur les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne de 1969. De fait, la Cour européenne des droits de l'homme réaffirme régulièrement que «la Convention doit être interprétée à la lumière des règles énoncées dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités» et qu'elle «doit déterminer la responsabilité des États conformément aux principes du droit international régissant la matière, tout en tenant compte du caractère particulier de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme»⁴⁷.

18. Dans le même sens, la Cour interaméricaine des droits de l'homme considère que, selon la Convention de Vienne de 1969, «l'opération d'interprétation doit être considérée comme un tout⁴⁸».

19. Bien que la Cour interaméricaine des droits de l'homme commence d'ordinaire par s'intéresser au texte⁴⁹, elle ne retient pas, en général, une méthode essentiellement textuelle mais a davantage recours à d'autres moyens d'interprétation⁵⁰. Mettant l'accent sur l'objet et le but, elle se montre peu encline à attribuer un rôle plus important au sens ordinaire des termes de toute disposition⁵¹. Elle a ainsi souligné que

le «sens ordinaire» à attribuer aux termes ne peut en soi devenir la seule règle, car il doit toujours être envisagé dans son contexte, en particulier à la lumière de l'objet et du but du traité⁵².

⁴⁶ *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, par. 31, série A n° 26 ; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, par. 119, CEDH 2010, citant *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, par. 163, CEDH 2005-IV ; *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, par. 101, CEDH 1999-V.

⁴⁷ *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, par. 111, CEDH 2005-I ; voir aussi *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, par. 119, CEDH 2010 ; *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, par. 55, CEDH 2001-XI ; *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, par. 73, série A n° 310 ; et *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, par. 98 à 108, CEDH 2011.

⁴⁸ Cour interaméricaine des droits de l'homme, «*Panel Blanca*» (*Paniagua Morales et autres c. Guatemala*), exceptions préliminaires, arrêt du 25 janvier 1996, série C n° 23, par. 40.

⁴⁹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *L'effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme* (art. 74 et 75), avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982, série A n° 2, par. 19 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Exigibilité du droit de réponse ou de rectification* (art. 14.1, 1.1 et 2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme), avis consultatif OC-7/86 du 29 août 1986, série A n° 7.

⁵⁰ *L'effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme* (art. 74 et 75), avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982, série A n° 2, par. 19 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *González et autres* («*Campo Algodonero*») c. Mexique, exception préliminaire, fond, réparations et coûts, arrêt du 16 novembre 2009, série C n° 205, par. 29.

⁵¹ Lixinski, «*Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law*», p. 587 et 588.

⁵² Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Proposition de modification de la Constitution politique du Costa Rica sur la question de la naturalisation*, avis consultatif OC-4/84 du 19 janvier 1984, série C n° 4, par. 23 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Article 55 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme*, avis consultatif OC-20/09 du 29 septembre 2009, série A n° 20, par. 26.

20. Il ressort de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme que « l'objet et le but » jouent le rôle le plus important parmi les différents moyens d'interprétation. Une caractéristique de cette méthode fondée sur l'objet et le but est l'accent mis sur la finalité première de la Convention dans son ensemble, à savoir protéger efficacement les droits de l'homme. Selon la Cour,

lorsqu'elle interprète la Convention, la Cour doit le faire de telle manière que le système de protection des droits de l'homme produise tous ses effets (effet utile)⁵³.

21. Le Comité des droits de l'homme prend en considération les règles d'interprétation de la Convention de Vienne de 1969⁵⁴, mais il les applique surtout de manière implicite. Sa jurisprudence concernant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques assigne à l'« objet » et au « but » du Pacte le principal rôle parmi les différents moyens d'interprétation énoncés dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne⁵⁵. Un aspect important de l'approche interprétative du Comité des droits de l'homme tient à sa conception évolutive des droits garantis par le Pacte. Ainsi, dans l'affaire *Yoon et Choi c. République de Corée*, le Comité a souligné que tout droit contenu dans le Pacte évoluait avec le temps⁵⁶, en justifiant par ce raisonnement une certaine évolution de sa jurisprudence antérieure⁵⁷. Cependant, dans l'affaire *Atasoy et Sarkut c. Turquie*, le Comité a souligné que l'interprétation évolutive « ne peut aller au-delà de la lettre et de l'esprit du traité ou au-delà de ce qu'a été l'intention initiale et expresse des États parties⁵⁸ ».

D. Autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux

22. D'autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux considèrent également que la Convention de Vienne de 1969 énonce les règles fondamentales d'interprétation des traités.

23. La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a souligné l'importance que revêt la Convention de Vienne de 1969 pour le Tribunal international du droit de la mer dans son avis consultatif

⁵³ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Le droit à l'information sur la protection consulaire dans le cadre du droit au procès équitable*, avis consultatif OC-16/99 du 1^{er} octobre 1999, série A n° 16, par. 58.

⁵⁴ *J. B. et consorts c. Canada*, communication n° 118/1982, décision du 18 juillet 1986, rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 40 (A/41/40)*, annexe IX, p. 167 et 168, par. 6.3.

⁵⁵ *Setelich c. Uruguay*, communication n° 63/1979, constatations adoptées le 28 octobre 1981, rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 40 (A/37/40)*, annexe VIII, p. 130 à 133, par. 11, 14 et 18.

⁵⁶ *Yoon et Choi c. République de Corée*, communications n°s 1321/2004 et 1322/2004, constatations adoptées le 3 novembre 2006, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 40 (A/62/40)*, vol. II, annexe VII, p. 173, par. 8.2.

⁵⁷ *L.T.K. c. Finlande*, communication n° 185/1984, décision adoptée le 9 juillet 1985, rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 40 (A/40/40)*, annexe XXI, p. 260, par. 5.2.

⁵⁸ *Atasoy et Sarkut c. Turquie*, communications n°s 1853/2008 et 1854/2008, constatations adoptées le 29 mars 2012, rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 40 (A/67/40)*, vol. II, annexe IX, p. 255 et 256, par. 7.13.

concernant les *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone* :

Parmi les règles de droit international que la Chambre est tenue d'appliquer, les règles en matière d'interprétation des traités revêtent une importance particulière. Celles-ci sont énoncées à la section 3 de la partie III intitulée « Interprétation des Traités » comprenant les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [...]. Ces règles doivent être considérées comme reflétant le droit international coutumier. Bien que le Tribunal n'ait jamais exprimé cette opinion explicitement, il l'a faite implicitement sienne en empruntant la terminologie et la méthodologie des articles de la Convention de Vienne relatifs à l'interprétation (voir l'arrêt [du 23 décembre 2002] concernant l'*Affaire du « Volga »* [...])⁵⁹.

24. Dans certaines affaires, le Tribunal international s'est montré prêt à appliquer une méthode d'interprétation dynamique et évolutive. Ainsi, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a qualifié certaines « obligations de veiller à »⁶⁰ d'obligations de « diligence requise⁶¹ », en précisant que « la notion de diligence requise a un caractère variable » et qu'elle « peut changer dans le temps lorsque les mesures réputées suffisamment diligentes à un moment donné peuvent ne plus l'être en fonction, par exemple, des nouvelles connaissances scientifiques ou technologiques »⁶². Ainsi, en cas de besoin, le Tribunal semble être disposé à interpréter la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de manière évolutive et dynamique en se fondant sur la Convention de Vienne de 1969, vraisemblablement en vue de respecter l'objet et le but de la disposition en cause.

25. La Cour pénale internationale a affirmé à plusieurs reprises qu'elle interprétait son statut et d'autres traités applicables en suivant les règles de la Convention de Vienne de 1969⁶³. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a plusieurs fois affirmé que les règles de la Convention de Vienne étaient applicables à l'interprétation des traités⁶⁴.

⁵⁹ Tribunal international du droit de la mer, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, à la page 28, par. 57. Voir également *ibid.*, par. 58.

⁶⁰ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, article 153, paragraphe 4, et article 4, paragraphe 4, de l'annexe III.

⁶¹ *Responsabilités et obligations des États* (voir *supra* la note 59), p. 41, par. 110.

⁶² *Ibid.*, p. 43, par. 117; voir également *ibid.*, p. 66, par. 211.

⁶³ Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, décision relative au système définitif de divulgation et à l'établissement d'un échancier, chambre préliminaire I, 15 mai 2006, annexe I, par. 1; Cour pénale internationale, *Situation en République démocratique du Congo*, arrêt relatif à la requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel, chambre d'appel, 13 juillet 2006, par. 6 et 33; Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, décision relative à la préparation des témoins avant qu'ils ne déposent devant la Cour, chambre préliminaire I, 8 novembre 2006, par. 8.

⁶⁴ Voir *Le Procureur c. Goran Jelisić*, affaire n° IT-95-10-T, chambre de première instance, jugement du 14 décembre 1999, *Supplément judiciaire*, n° 10, par. 61; *Le Procureur c. Delalić et al. (affaire « Celebići »)*, affaire n° IT-96-21-A, chambre d'appel, arrêt du 20 février 2001, *Supplément judiciaire*, numéro spécial, *Arrêts et jugements 2001*, par. 67 et suiv.; *Le Procureur c. Radislav Krstić*, affaire n° IT-98-33-T, chambre de première instance, jugement du 2 août 2001, *Supplément judiciaire*, numéro spécial, *Arrêts et jugements 2001*, par. 541; *Le Procureur c. Milomir Stakić*, affaire n° IT-97-24-T, chambre de première instance, jugement du 31 juillet 2003, *Supplément judiciaire*, n° 44, par. 501; *Le Procureur c. Stanislas Galić*, affaire n° IT-98-29-T, jugement et opinion du 5 décembre 2003, *Supplément judiciaire*, n° 44/49, par. 91.

26. La Cour de justice de l'Union européenne considère que les règles des traités fondateurs («droit primaire de l'Union») constituent un «ordre juridique autonome» et, en conséquence, elle ne se réfère pas à la Convention de Vienne de 1969 pour interpréter ces traités. Par contre, lorsque la Cour interprète des accords entre l'Union et des États tiers, elle estime être liée par les règles du droit international coutumier telles qu'elles résultent des règles d'interprétation de la Convention de Vienne⁶⁵. Dans l'affaire *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*⁶⁶, la Cour de justice de l'Union européenne fait observer que,

bien qu'elle ne lie ni la Communauté ni tous les États membres, une série de dispositions de la convention de Vienne reflète les règles du droit coutumier international, qui, en tant que telles, lient les institutions de la Communauté et font partie de l'ordre juridique communautaire⁶⁷.

La Cour conclut que

les règles contenues dans la convention de Vienne s'appliquent à un accord conclu entre un État et une organisation internationale, tel que l'accord d'association CE-Israël, dans la mesure où ces règles sont l'expression du droit international général de nature coutumière⁶⁸.

27. Citant l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, la Cour de justice de l'Union européenne a fait observer qu'un traité doit être interprété non pas uniquement en fonction des termes dans lesquels il est rédigé, mais également à la lumière de ses objectifs. C'est ainsi que, à propos du projet d'accord visant à la création d'un espace économique européen entre la Communauté européenne et les pays membres de l'Association européenne de libre-échange⁶⁹, la Cour a souligné que

⁶⁵ Voir Kuijper, «The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969»; *The Queen, à la demande de: International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association c. Department for Transport*, affaire C-344/04, demande de décision préjudicielle, arrêt du 10 janvier 2006, *Recueil de jurisprudence 2006*, p. I-403, par. 40.

⁶⁶ *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, affaire C-386/08, arrêt du 25 février 2010, *Recueil de jurisprudence 2010*, p. I-01289.

⁶⁷ *Ibid.*, par. 42.

⁶⁸ *Ibid.*, par. 41; voir aussi *Jean-E. Humblet c. État belge*, affaire 6/60, arrêt du 16 décembre 1960, *Recueil de jurisprudence 1960*, p. 1131, 1152 et 1153.

⁶⁹ Cour de justice des Communautés européennes, avis 1/91, 14 décembre 1991, *Recueil de jurisprudence 1991*, p. I-6079.

[l']identité des termes des dispositions de l'accord et des dispositions communautaires correspondantes ne signifient pas qu'elles doivent nécessairement être interprétées de façon identique⁷⁰.

La Cour a conclu que des dispositions rédigées en termes identiques dans l'accord et dans le Traité instituant la Communauté économique européenne avaient un sens différent⁷¹.

E. Conclusion : projet de conclusion 1

28. Prises ensemble, ces sources conduisent à proposer le projet de conclusion suivant⁷²:

« Conclusion 1. Règle générale et moyens d'interprétation des traités

«L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en tant qu'obligation conventionnelle et expression du droit international coutumier, énonce la règle générale d'interprétation des traités.

«L'interprétation d'un traité dans un cas particulier peut conduire à privilégier l'un ou l'autre des moyens d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, notamment le texte du traité ou son objet et son but, en fonction du traité ou des dispositions conventionnelles en cause.»

⁷⁰ *Ibid.*, par. 14.

⁷¹ *Ibid.*, par. 35.

⁷² Voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 174 et 175, par. 344, les conclusions préliminaires 1 à 3 du Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps, en particulier les conclusions préliminaires 1 et 2, par. 1 :

«1) Règle générale d'interprétation des traités

«Les différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels examinés considèrent que les dispositions de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 représentent, soit comme disposition conventionnelle applicable, soit comme expression du droit international coutumier, la règle générale d'interprétation des traités qu'ils appliquent.

«2) Approches de l'interprétation

«Indépendamment de l'application de la règle générale de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 comme base d'interprétation des traités, différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels ont dans différents contextes mis plus ou moins l'accent sur les différents moyens d'interprétation qui sont énoncés dans cet article.»

CHAPITRE III

Accords et pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation

29. La règle générale d'interprétation des traités prévoit, parmi les différents moyens d'interprétation, la prise en considération de tout accord ultérieur et de toute pratique ultérieurement suivie (Convention de Vienne de 1969, art. 31, par. 3 *a* et *b*). Dans son commentaire du projet d'articles sur le droit des traités, la Commission 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 traité⁷³.

30. En considérant qu'un accord ultérieur et une pratique ultérieurement suivie, selon les dispositions de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, de la Convention de Vienne de 1969, constituaient «une preuve objective de l'accord

⁷³ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241 et 242, paragraphe 15 du commentaire relatif au projet d'article 27.

des parties sur le sens du traité», la Commission les a envisagés comme un moyen «authentique»⁷⁴ d'interprétation. Cette conception des accords et de la pratique ultérieurs comme moyens authentiques d'interprétation laisse penser qu'ils sont souvent, mais pas nécessairement toujours⁷⁵, des facteurs particulièrement importants pour l'interprétation des traités⁷⁶.

A. Consécration par des organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux

31. Les accords et la pratique ultérieurs ont été considérés et appliqués comme moyens d'interprétation par des organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux, mais à des degrés différents.

1. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

32. La Cour internationale de Justice «elle-même, par le passé [...] a fréquemment examiné la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application [d'un] traité⁷⁷». Sa jurisprudence offre une orientation générale et des exemples significatifs des effets juridiques éventuels des accords et de la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation, ainsi que de leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation (pour plus de détails, voir *infra* les paragraphes 58 à 63).

2. ORGANES JURIDICTIONNELS ET QUASI JURIDICTIONNELS DANS LE CADRE DE RÉGIMES ÉCONOMIQUES INSTITUÉS PAR VOIE DE TRAITÉ

33. Les organes juridictionnels et quasi juridictionnels institués en vertu de régimes économiques d'origine conventionnelle ont souvent tenu compte des accords et de la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation. Ainsi, l'Organe d'appel de l'OMC a vu dans la pratique ultérieure un moyen d'interprétation qu'il a appliqué à plusieurs reprises⁷⁸, et a aussi tenu compte d'un accord

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Il a été affirmé que les traités établissant des droits pour d'autres États ou acteurs étaient moins susceptibles d'une interprétation «authentique» par les parties, par exemple dans le contexte des traités d'investissement : CIRDI, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 386 ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/3, sentence, 22 mai 2007, par. 337.

⁷⁶ Voir Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 1268, par. 630 ; Fitzmaurice, «The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and certain other treaty points», p. 223 à 225 ; OMC, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Mesures affectant le commerce des avions civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353/R, 31 mars 2011, par. 7.953.

⁷⁷ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, à la page 1076, par. 50 ; voir aussi *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)* [note 25 *supra*], p. 675 et 676, par. 99.

⁷⁸ OMC, *Japon – Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 31), rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, à la section E, 4 octobre 1996, et rapport du Groupe spécial, WT/DS8/R, WT/DS269/R et WT/DS11/R, 11 juillet 1996 ; *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS269/AB/R et WT/DS286/AB/R, 12 septembre 2005, par. 259, et rapports du Groupe spécial, WT/DS269/R et WT/DS286/R, 30 mai 2005 ; *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R et WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998, par. 92 et 93, et rapport du Groupe spécial, WT/DS62/R, WT/DS67/R et WT/DS68/R,

ultérieur⁷⁹. Il en est également ainsi du Tribunal des différends irano-américains⁸⁰, qui a reconnu ceci :

Dès lors, loin de jouer un rôle secondaire dans l'interprétation des traités, la pratique ultérieurement suivie par les parties constitue un élément important de l'opération d'interprétation. Pour interpréter des dispositions conventionnelles, les tribunaux internationaux examinent souvent la pratique ultérieure des parties. Le Tribunal a lui aussi admis l'importance de la pratique ultérieurement suivie par les parties et en a tenu compte dans plusieurs affaires⁸¹.

34. Les tribunaux du CIRDI ont souvent retenu des accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie comme moyens d'interprétation⁸². Dans certaines décisions, ces tribunaux ont même souligné que la pratique ultérieurement suivie était un moyen particulièrement important aux fins de l'interprétation que les parties au traité entendaient dégager de telles ou telles dispositions à la lumière de la pratique conventionnelle ultérieure. Ainsi, dans l'affaire *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, le Tribunal a déclaré ceci :

Aucune des parties n'a affirmé que la Convention CIRDI contient une définition a priori précise de l'«investissement». Au contraire, c'est la pratique ultérieurement suivie par les États qui devait dégager la définition, préservant ainsi son intégrité et sa souplesse et permettant un futur développement progressif du droit international au sujet de l'investissement⁸³.

5 février 1998 ; *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005, et rapport du Groupe spécial, WT/DS267/R et Add.1 à 3, 8 septembre 2004 ; voir aussi *Communautés européennes et leurs États membres – Traitements tarifaires de certains produits des technologies de l'information*, rapport du Groupe spécial, WT/DS375/R, WT/DS376/R et WT/DS377/R, 16 août 2010, par. 7.558.

⁷⁹ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon [États-Unis – Thon II (Mexique)]*, WT/DS381/AB/R, 16 mai 2012, par. 372.

⁸⁰ *The United States of America (and others) and the Islamic Republic of Iran (and others)*, sentence n° 108-A-16/582/591-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), p. 57 ; *International Schools Services, Inc. (ISS) and National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, sentence interlocutoire n° ITL 37-111-FT, *ibid.*, p. 338 ; *United States-Iran, Case No. A17*, décision n° DEC 37-A17-FT, *ibid.*, vol. 8 (1985), p. 189 ; *Burton Marks (and others) and the Islamic Republic of Iran*, sentence interlocutoire n° ITL 53-458-3, *ibid.*, p. 290 ; *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, sentence interlocutoire n° ITL 63-A15(I:G)-FT, *ibid.*, vol. 12 (1986), p. 40 ; *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, sentence partielle n° 382-B1-FT, *ibid.*, vol. 19 (1988-II), p. 273.

⁸¹ *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT, demande reconventionnelle, 9 septembre 2004, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (2004-2009), p. 77, notamment p. 117, par. 111.

⁸² Voir CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/3, décision sur la demande de l'Argentine tendant à la suspension d'exécution de la sentence, 7 octobre 2008, par. 70 ; CIRDI, *Siemens AG v. Argentine Republic (Germany/Argentina BIT)*, décision sur la compétence, affaire n° ARB/02/8, 3 août 2004, par. 105 ; Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *National Grid PLC v. Argentine Republic (UK/Argentina BIT)*, décision sur la compétence, 20 juin 2006, par. 84 et 85.

⁸³ CIRDI, *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT), affaire n° ARB/00/2, sentence et opinion individuelle concordante, 15 mars 2002, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 310, au paragraphe 33 ; de même, CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela*, affaire n° RB/00/5, décision sur la compétence, 27 septembre 2001, *ibid.*, p. 419, au paragraphe 97.

35. Les groupes spéciaux de l'ALENA ont en plusieurs occasions tenu compte d'accords ultérieurs et d'une pratique ultérieure comme moyens d'interprétation⁸⁴. S'ils n'ont apparemment pas très souvent examiné la pratique ultérieure⁸⁵, ils ont eu d'intenses débats sur les effets juridiques de tout document considéré comme un accord ultérieur⁸⁶.

3. JURIDICTIONS DES DROITS DE L'HOMME ET COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

36. Les juridictions des droits de l'homme et les organes conventionnels des droits de l'homme ont suivi une démarche sensiblement différente de celle des organes juridictionnels et quasi juridictionnels de régimes économiques institués par traités internationaux. Ainsi, ces juridictions et organes ne semblent pas avoir pris en considération des accords ultérieurs intervenus entre les parties pour interpréter des dispositions de fond relatives aux droits de l'homme. Il en va cependant différemment s'agissant de la pratique ultérieurement suivie par les parties.

37. La Cour européenne des droits de l'homme a de temps à autre visé l'article 31, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne de 1969, surtout dans des affaires concernant les relations de la Cour avec les États membres, ainsi que dans celles qui soulevaient des questions de droit international général⁸⁷. La Cour a cependant plus souvent tenu compte de la pratique législative des États membres sans mentionner expressément l'article 31, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne⁸⁸. Dans ces cas, elle a confirmé qu'une législation nationale, voire une pratique interne, uniforme, ou largement uniforme, peut en principe constituer une pratique ultérieure pertinente⁸⁹ et peut produire des effets qui sont même susceptibles d'aller au-delà de ceux d'un simple moyen d'interprétation selon l'article 31, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne⁹⁰. Ainsi, les arrêts dans lesquels la

Cour invoque la pratique ultérieurement suivie par l'État sans citer expressément l'article 31, paragraphe 3 *b*, sont plus caractéristiques que ceux dans lesquels elle cite cette disposition. Depuis l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, la Cour se guide généralement sur la pratique étatique (et autre) ultérieure à des fins d'interprétation «dynamique» ou «évolutive». La Cour détermine le caractère et la portée de son interprétation évolutive en examinant les «conditions de vie actuelles⁹¹» et les «développements du droit international» plus ou moins spécifiques dans lesquels elle voit

[des e]nsembles constitués des règles et principes acceptés par une grande majorité des États, les dénominateurs communs des normes de droit international ou des droits nationaux des États européens [qui] reflètent une réalité [...] que la Cour ne saurait ignorer lorsqu'elle est appelée à clarifier la portée d'une disposition de la Convention que le recours aux moyens d'interprétation classiques n'a pas permis de dégager avec un degré suffisant de certitude⁹².

38. De fait, chaque fois que la Cour indique qu'elle procède à une «interprétation évolutive», elle est généralement guidée par une pratique juridique étatique, sociale ou internationale⁹³.

39. La Cour interaméricaine des droits de l'homme, au contraire de la Cour européenne des droits de l'homme, n'a pas à ce jour invoqué l'article 31, paragraphe 3 *a* ou *b*, de la Convention de Vienne de 1969, et le nombre de décisions dans lesquelles elle vise la pratique ultérieurement suivie est relativement peu élevé⁹⁴. Cependant, bien qu'elle ne mentionne que rarement la pratique ultérieure *stricto sensu*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme se réfère abondamment aux développements internationaux entendus plus largement, qui se situent quelque part entre la pratique ultérieurement suivie, au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et toute autre «règle pertinente» visée à l'article 31, paragraphe 3 *c*, de la Convention de Vienne⁹⁵. Le Comité des droits de l'homme, pour sa part, s'est dans certaines affaires arrêté sur la pratique ultérieure des États⁹⁶. La raison pour laquelle la Cour interaméricaine

⁸⁴ *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (Award on Jurisdiction), arbitrage aux termes des règles d'arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, 28 janvier 2008, par. 181 à 183.

⁸⁵ ALENA, rapport final du Groupe spécial arbitral institué conformément à l'article 2008, *Dans l'affaire des services transfrontières de camionnage*, dossier du secrétariat n° USA-MEX-98-2008-01, 6 février 2001, par. 220, 221 et 235; ALENA, rapport final du comité d'arbitrage établi conformément à l'article 2008, *Les tarifs appliqués par le Canada sur certains produits agricoles en provenance des États-Unis*, dossier du secrétariat n° CDA-95-2008-01, 2 décembre 1996, par. 119, 141 et 142.

⁸⁶ Voir *infra* les paragraphes 88 à 90.

⁸⁷ *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, par. 100, série A n° 201; *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* la note 45), par. 73; *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, par. 56, CEDH 2001-XII.

⁸⁸ Voir, par exemple, *Lausi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06, par. 61, CEDH 2011; et *Herrmann c. Allemagne* [GC], n° 9300/07, par. 78, 26 juin 2012.

⁸⁹ Voir, par exemple, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, par. 111 et 123, CEDH 2005-I; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, par. 51, série A n° 112; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, par. 126, CEDH 2010; *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, par. 273 et 274, CEDH 2010 (extraits); *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, par. 65, CEDH 2008.

⁹⁰ *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, par. 103, série A n° 161; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, par. 119, CEDH 2010, citant *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, par. 163, CEDH 2005-IV.

⁹¹ *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, par. 31, série A n° 26.

⁹² *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, par. 76, CEDH 2008.

⁹³ Voir, par exemple, *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, par. 163, CEDH 2005-IV; *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, par. 53, série A n° 112; *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, par. 63, CEDH 2011; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, par. 103, série A n° 161; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, par. 119, CEDH 2010.

⁹⁴ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Gelman c. Uruguay*, fond et réparations, arrêt du 24 février 2011, série C n° 221, par. 215 à 224; et Cour interaméricaine des droits de l'homme, opinion concordante du juge Vio Grossi dans l'affaire *López Mendoza c. Venezuela*, fond, réparations et dépens, arrêt du 1^{er} septembre 2011, série C n° 233, par. 3; voir aussi Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago*, fond, réparations et dépens, arrêt du 21 juin 2002, série C n° 94, par. 12; voir aussi «*Panel Blanca*» (*Pantiga Morales et autres c. Guatemala*) [note 48 *supra*].

⁹⁵ Voir, par exemple, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, fond, arrêt du 29 juillet 1988, série C n° 4, par. 151; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Le droit à l'information sur la protection consulaire dans le cadre du droit à une procédure judiciaire* (voir *supra* la note 53), par. 130 à 133 et par. 137.

⁹⁶ Communication n° 470/1991, *Joseph Kindler c. Canada*, constatations adoptées le 30 juillet 1993, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 40 (A/48/40)*, partie II, annexe XII, par. 14.2; communication n° 829/1998, *Judge*

des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme visent moins souvent que la Cour européenne des droits de l'homme la pratique ultérieure tient sans doute, entre autres, à ceci qu'ils n'ont pas les moyens d'effectuer des recherches fiables sur une partie suffisamment représentative de la pratique pertinente.

4. AUTRES ORGANES JURIDICTIONNELS ET QUASI JURIDICTIONNELS INTERNATIONAUX

40. Le Tribunal international du droit de la mer a dans certains cas considéré la pratique ultérieurement suivie par les parties comme un moyen d'interprétation⁹⁷. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda ont l'un et l'autre considéré que l'interprétation des dispositions de fond du droit international pénal, notamment des traités, devait tenir compte de la pratique ultérieure des juridictions nationales en matière d'interprétation⁹⁸. Les deux tribunaux ne se sont pas bornés à envisager la jurisprudence ultérieure des juridictions internes, mais ils ont aussi visé la pratique ultérieurement suivie par les autorités exécutives ou militaires de l'État⁹⁹. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a même tenu compte de formes plus générales de pratique étatique, notamment d'évolutions législatives dans les États membres qui, à leur tour, sont susceptibles de modifier la portée de l'interprétation des crimes ou de leurs éléments constitutifs. Dans l'affaire *Furundžija* par exemple, la chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, à la recherche d'une définition du crime de viol tombant sous le coup de l'article 27 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV), du paragraphe 1 de l'article 76 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et du paragraphe 2 e de l'article 4 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)¹⁰⁰, a examiné les principes de droit pénal communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques et a souligné

c. *Canada*, constatations adoptées le 5 août 2002, *ibid.*, cinquante-huitième session, Supplément n° 40 (A/58/40), vol. II, annexe V, par. 10.3; communications n°s 270/1988 et 271/1988, *Randolph Barrett et Clyde Sutcliffe c. Jamaïque*, constatations adoptées le 30 mars 1992, *ibid.*, quarante-septième session, Supplément n° 40 (A/47/40), annexe IX, par. 8.4; n° 541/1993, *Errol Simms c. Jamaïque*, décision adoptée le 3 avril 1995, *ibid.*, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40), annexe XI, par. 6.5.

⁹⁷ Tribunal international du droit de la mer, *Navire « SAIGA » (n° 2) [Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée]*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10, aux pages 61 et 62, paragraphes 155 et 156; voir aussi Tribunal international du droit de la mer, *Navire « SAIGA » (n° 1) [Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée]*, prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 1997*, p. 16, aux pages 29 et 30, par. 57.

⁹⁸ *Le Procureur c. Kupreškić et autres*, affaire n° IT-95-16-T, jugement du 14 janvier 2000, *Supplément judiciaire*, n° 11, par. 541; voir aussi *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, chambre I, jugement du 2 septembre 1998, par. 503 et 542 et suiv.

⁹⁹ *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, *Supplément judiciaire*, n° 6, par. 94; *Le Procureur c. Goran Jelisić*, affaire n° IT-95-10-T, chambre de première instance, jugement du 14 décembre 1999, *Supplément judiciaire*, n° 10, par. 61.

¹⁰⁰ *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1, chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998, *Supplément judiciaire*, n° 1, par. 165 et suiv.

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 : une catégorie de plus en plus large de violences sexuelles sont désormais stigmatisées au même titre que le viol, à condition bien évidemment qu'elles répondent à certains critères, principalement celui de la pénétration physique forcée¹⁰¹.

41. La Cour de justice européenne, au contraire des autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux, s'est abstenue de prendre en considération la pratique ultérieure des États membres pour interpréter les traités fondateurs de l'Union européenne (droit primaire de l'Union). Ce choix va dans le sens de sa démarche générale consistant à voir dans les traités fondateurs un « ordre juridique autonome » et, en conséquence, à ne pas viser ni appliquer la Convention de Vienne de 1969 pour interpréter ces traités¹⁰². Néanmoins, la Cour prend effectivement en considération la pratique ultérieure lorsqu'elle interprète des accords que l'Union a conclus avec des États tiers et elle a reconnu l'intérêt de la « pratique constante des parties à l'accord » aux fins de leur interprétation¹⁰³.

B. Accords et pratique ultérieurs entre autres moyens d'interprétation

42. La consécration des accords ultérieurs et de la pratique ultérieurement suivie comme moyens d'interprétation par des organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux a conduit à leur application dans toute une série de situations. Aux fins de la présente étude, on retiendra quelques exemples de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice qui illustrent le rôle que les accords et la pratique ultérieurs peuvent jouer par rapport à d'autres moyens d'interprétation. Parmi ces derniers, les plus importants sont « le sens ordinaire » à attribuer aux termes du traité, leur « contexte » et « [l'] objet et [le] but » du traité (article 31, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969).

1. SENS ORDINAIRE

43. S'agissant du « sens ordinaire » à attribuer aux termes d'un traité, la Cour a considéré par exemple¹⁰⁴, dans l'avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, à propos des termes « du poison ou des armes empoisonnées », que

¹⁰¹ *Ibid.*, par. 179; de même, Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Alfred Musema*, affaire n° ICTR-96-13-T, chambre de première instance, jugement et sentence du 27 janvier 2000, par. 220 et suiv., en particulier le paragraphe 228.

¹⁰² Voir *supra* les paragraphes 26 et 27.

¹⁰³ Voir *Leonce Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli*, affaire 52/77, *Recueil de jurisprudence 1977*, p. 2262, à la page 2277, par. 18; voir aussi *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. et autres*, affaire C-432/92, *Recueil de jurisprudence 1994*, p. I-3116, aux pages I-3132 et I-3134, par. 43 et 50 respectivement.

¹⁰⁴ Voir aussi *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; *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; *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 4, à la page 9.

[d]ans la pratique des États, ces termes ont été entendus dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier, ou même exclusif, est d'empoisonner ou d'asphyxier. Ladite pratique est claire et les parties à ces instruments ne les ont pas considérés comme visant les armes nucléaires¹⁰⁵.

44. Dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour internationale de Justice a constaté que

[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 litigieux¹⁰⁶.

45. Et dans l'affaire de l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, la Cour a déclaré que

[d]ans 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 regardés comme des experts en missions au sens de la section 22¹⁰⁷.

46. Dans la plupart des cas, la Cour internationale de Justice a considéré que la détermination du «sens ordinaire» à attribuer aux termes du traité, tel qu'il ressort de la pratique ultérieurement suivie par les parties, avait un caractère décisif, que cette pratique conduite à une interprétation plus large ou plus restrictive du «sens ordinaire»¹⁰⁸. Un exemple bien connu est celui de l'interprétation donnée par la Cour, dans son avis consultatif relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies*, aux termes «dépenses» (interprétation large) et «action» (interprétation restrictive) à la lumière de la pratique ultérieurement suivie par l'Organisation¹⁰⁹.

47. La pratique ultérieure des parties tend ainsi souvent à restreindre différents sens possibles à attribuer aux termes. Il se peut cependant aussi que la pratique ultérieure autorise à nuancer le sens ou suggère une interprétation large des termes d'un traité¹¹⁰.

2. LE CONTEXTE

48. Loin de se limiter à l'interprétation textuelle de ses termes, l'interprétation d'un traité recouvre aussi

¹⁰⁵ *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.

¹⁰⁶ *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.

¹⁰⁷ *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.

¹⁰⁸ Voir, à titre d'exception, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime [El Salvador c. Honduras; Nicaragua (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 351, à la page 586, par. 380.

¹⁰⁹ *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 151, aux pages 158 («dépenses») et 164 («action»).

¹¹⁰ La Cour européenne des droits de l'homme, en particulier, admet que la diversité des pratiques suivies implique que les parties contractantes jouissent d'une large marge d'appréciation pour respecter leurs obligations en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme; voir, par exemple, *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06, par. 61, CEDH 2011; et *Van der Heijden c. Pays-Bas* [GC], requête n° 42857/05, par. 31 et 61, 3 avril 2012.

l'ensemble constitué par les «termes du traité dans leur contexte» (article 31, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969). Les accords et la pratique ultérieurs peuvent aussi influencer l'interprétation de telle ou telle règle lorsque la pratique se rapporte au traité dans son ensemble ou à d'autres règles conventionnelles pertinentes¹¹¹. C'est ainsi que, dans l'avis concernant la *Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime*, la Cour internationale de Justice a déclaré ce qui suit :

Cet emploi du critère du tonnage immatriculé dans l'application de différentes dispositions de la Convention [...] amèn[e] 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 immatriculé pour déterminer les pays possédant les flottes de commerce les plus importantes¹¹².

49. Si les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie par les parties servent principalement à élucider des termes ambigus ou de caractère général¹¹³, il serait excessif de supposer que le sens de termes apparemment clairs échappe largement au risque d'être remis en question par de tels accords et pratique¹¹⁴. La Cour internationale de Justice a de fait, dans certains cas, considéré qu'une pratique ultérieure autorisait une interprétation plus évolutive d'une disposition conventionnelle apparemment claire. On trouve un exemple de cette solution dans l'avis consultatif relatif à la *Construction d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans lequel la Cour a estimé que «la pratique acceptée de l'Assemblée générale, telle qu'elle a évolué, est compatible avec le paragraphe 1 de l'[A]rticle 12 de la Charte¹¹⁵».

50. L'Article 12 de la Charte des Nations Unies est une disposition dont le texte ne reflète pas clairement ce qu'a suggéré la pratique ultérieurement suivie par l'Assemblée générale.

3. OBJET ET BUT

51. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, un traité doit être interprété «à la lumière de son objet et de son but». Les accords et la pratique ultérieurs, d'une part, et l'objet et le but du traité, d'autre part, peuvent être étroitement liés. Ainsi, le

¹¹¹ Voir, par exemple, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 69, aux pages 87 et 88, par. 40.

¹¹² *Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime*, avis consultatif du 8 juin 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 150, à la page 169; et, dans le même sens, *Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR)*, sentence définitive, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (numéro de vente: E/F.04.V.15), partie II, p. 99, par. 141.

¹¹³ *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, arrêt du 18 décembre 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 192, aux pages 208 et suiv.; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213, déclaration de M. le juge ad hoc Guillaume, p. 290.

¹¹⁴ *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir supra la note 109), opinion individuelle de Sir Percy Spender, p. 189.

¹¹⁵ *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, par. 28.

comportement ultérieur des parties sert parfois à préciser l'objet et le but premiers du traité¹¹⁶. Dans l'affaire de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, par exemple, la Cour internationale de Justice a précisé l'objet et le but d'un accord bilatéral relatif à la délimitation du plateau continental en se référant à la pratique ultérieurement suivie ainsi qu'à l'application de l'accord par les parties¹¹⁷. Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a déclaré ce qui suit :

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 Charte¹¹⁸.

52. Il a été dit que le caractère d'un instrument (par exemple : multilatéral/bilatéral/unilatéral ; traité normatif/traité-contrat) et la nature de son contenu (par exemple : technique/axé sur des valeurs ; économique/relatif aux droits de l'homme) en tant qu'éléments de l'objet et du but d'un traité contribueraient à déterminer la place laissée aux accords et à la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation¹¹⁹. De telles hypothèses ne peuvent cependant pas être clairement confirmées par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Les accords et la pratique ultérieurs ont constitué un important moyen d'interprétation de la Charte des Nations Unies¹²⁰, ainsi que de traités bilatéraux de frontière¹²¹ et aux fins d'actes de saisine unilatérale d'une cour ou d'un tribunal¹²². Et il n'y a, semble-t-il, guère de différence quant à l'importance relative des accords et de la pratique ultérieurs entre « traités normatifs » et « traités-contrats », à supposer qu'une telle distinction puisse être établie, ni davantage entre traités, ou dispositions, techniques ou axés sur des valeurs.

53. Cette observation tirée de l'examen de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice ne saurait cependant être d'application générale. Les organes

¹¹⁶ *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. de Castro, p. 179; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir supra la note 115), p. 179, par. 109; *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; Higgins, « Some observations on the inter-temporal rule in international law », p. 180; Distefano, « La pratique subséquente des États parties à un traité », p. 52 à 54.

¹¹⁷ *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. 27.

¹¹⁸ *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.

¹¹⁹ *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, opinion individuelle de M. Dillard, p. 154, note 1.

¹²⁰ Voir, par exemple, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir supra la note 115), p. 149, par. 27.

¹²¹ Voir, par exemple, *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, à la page 1087, par. 63.

¹²² Voir, par exemple, *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, arrêt du 22 juillet 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 93, à la page 106.

juridictionnels et quasi juridictionnels relevant de traités internationaux de nature économique ou autre, ou relatifs aux droits de l'homme, mettent parfois davantage l'accent sur « l'objet et le but » du traité ou sur le « sens ordinaire » à attribuer aux termes du traité, selon le régime considéré¹²³. Il serait en conséquence prématuré de conclure de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice que le caractère d'un instrument et la nature de son contenu, en tant qu'éléments de l'objet et du but du traité, sont sans influence sur l'importance relative des accords ou de la pratique ultérieurs aux fins d'interprétation du traité. Le nombre relativement peu élevé d'affaires et l'absence de spécialisation de la Cour internationale de Justice n'ont peut-être pas permis jusqu'à présent de dégager une image plus différenciée de sa jurisprudence. Il y aurait donc lieu de revoir cette question de plus près à un stade ultérieur des travaux.

C. Interprétation contemporaine et interprétation évolutive

54. La portée juridique éventuelle des accords et de la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation dépend aussi de ce qu'on appelle le droit intertemporel¹²⁴. Il s'agit de savoir si un traité doit être interprété à la lumière des circonstances existant au moment où il a été conclu (« interprétation contemporaine ») ou, au contraire, de celles existant au moment où il est appliqué (« interprétation évolutive »)¹²⁵. Initialement, l'observation de Max Huber dans l'affaire de l'*Île de Palmas* selon laquelle « un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque de ce fait¹²⁶ » a conduit d'aucuns à privilégier de manière générale l'« interprétation contemporaine¹²⁷ ».

1. TRAVAUX ANTÉRIEURS DE LA COMMISSION

55. La Commission a principalement examiné la question du droit intertemporel à l'occasion de ses travaux sur le droit des traités et sur la fragmentation du droit international. Lors de ses travaux sur le projet d'articles sur le droit des traités, elle a examiné la question de l'interprétation des traités « dans le temps » dans le contexte de ce qui deviendra l'article 31, paragraphe 3 c, de la Convention de Vienne de 1969. À l'époque, la Commission a considéré que « toute tentative de formuler une règle tenant compte de l'élément temporel [...] ne manquerait pas de soulever des difficultés », et elle a donc « conclu qu'elle devait omettre l'élément temporel »¹²⁸.

¹²³ Voir supra les paragraphes 11 à 27.

¹²⁴ Fitzmaurice, « Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I »; Elias, « The doctrine of intertemporal law »; Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties*; Kotzur, « Intertemporal law »; Linderfalk, « Doing the right thing for the right reason: why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties »; Verdross et Simma, *Universelles Völkerrecht*, p. 496 et suiv., par. 782 et suiv.

¹²⁵ Fitzmaurice, « Dynamic (evolutive) interpretation of treaties », p. 102.

¹²⁶ *Île de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis d'Amérique)*, sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 845.

¹²⁷ Higgins, « Some observations on the inter-temporal rule in international law », p. 174.

¹²⁸ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 242, paragraphe 16 du commentaire relatif au projet d'article 27; Higgins, « Some observations on the inter-temporal rule in international law », p. 178.

56. La question a de nouveau été abordée au sein du Groupe d'étude sur la fragmentation¹²⁹, dont les débats ont conduit à la conclusion qu'il était difficile de formuler et d'admettre une règle générale privilégiant soit le principe de contemporanéité soit une interprétation évolutive. Dans son rapport définitif, le Président du Groupe d'étude, M. Martti Koskenniemi, a dès lors conclu que mieux valait «se contenter de dégager quelques considérations» à prendre en compte pour interpréter tel ou tel traité :

[I]l faut partir de l'idée que se prononcer sur cette question revient à interpréter le traité lui-même. Les termes employés donnent-ils une indication quelconque ? Le «principe de contemporanéité» – en ce qui concerne le milieu normatif tel qu'il existait au moment où les obligations sont entrées en vigueur pour la partie intéressée – pourrait vraisemblablement servir de point de départ. Quand la terminologie même du traité, dans son contexte, permet-elle de tenir compte de l'évolution des choses ? Les exemples suivants donnent une idée du moment où une telle hypothèse serait raisonnable :

a) emploi d'un terme dans un traité qui n'est pas statique mais évolutif. [...]

b) description des obligations en termes très généraux, qui renvoie en quelque sorte à l'état du droit au moment de son application¹³⁰.

57. Ainsi, les précédents travaux de la Commission laissent entrevoir la possibilité que les accords et la pratique ultérieurs jouent un rôle pour apprécier si, dans tel ou tel cas, il est plus indiqué de procéder à une interprétation contemporaine ou à une interprétation évolutive.

2. RAPPORTS ENTRE INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE ET INTERPRÉTATION À LA LUMIÈRE DE LA PRATIQUE ULTÉRIEURE

58. La Cour internationale de Justice a examiné la question des rapports entre interprétation évolutive et pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*¹³¹. Cette affaire mettait en cause un traité de 1858 entre le Costa Rica et le Nicaragua accordant au Costa Rica un droit de libre navigation sur les eaux du fleuve San Juan *con objetos de comercio* («à des fins de commerce»). Le Nicaragua soutenait que, à l'époque où le traité avait été conclu et longtemps après, les États parties avaient interprété le terme *comercio* comme visant les seules marchandises à l'exclusion des services, en particulier du transport de personnes à des fins de tourisme. La Cour n'a cependant pas jugé cet argument convaincant :

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 originaires 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 international¹³².

¹²⁹ «La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», document A/CN.4/L.682 et Add.1, par. 475 ; le texte définitif de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie).

¹³⁰ Ibid., par. 478.

¹³¹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213.

¹³² Ibid., p. 242, par. 64.

59. La Cour dira par la suite 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», et d'en conclure que «les parties doivent être présumées [...] avoir eu l'intention de conférer» à ce terme «un sens évolutif»¹³³. Et puisque le terme «commerce» serait susceptible, à l'heure actuelle, de couvrir à la fois des marchandises et des services, la Cour a conclu que le Costa Rica avait le droit, en vertu du traité, de transporter non seulement des marchandises mais aussi des personnes sur le fleuve San Juan¹³⁴. Le juge Skotnikov, tout en désapprouvant une interprétation évolutive du traité, est parvenu à la même solution en admettant qu'une pratique ultérieure, à savoir l'existence d'activités touristiques du Costa Rica sur le San Juan «depuis au moins dix ans» contre lesquelles le Nicaragua n'avait «jamais protesté», alors qu'il avait au contraire «systématiquement autorisé la navigation touristique», avait conduit à une interprétation différente du traité, aboutissant à inclure de tels services dans l'expression *objetos de comercio*¹³⁵. Le juge ad hoc Guillaume a lui aussi conclu «que la pratique est [...] en ce sens telle qu'attestée par le mémorandum d'accord entre les ministres du tourisme des deux États du 5 juin 1994 et le développement des croisières touristiques sur le San Juan au cours des dernières années»¹³⁶.

60. Il ressort de l'arrêt *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties peuvent avoir tant un effet favorable qu'un effet restrictif quant à la possibilité d'une interprétation évolutive. L'effet favorable consiste à confirmer qu'une interprétation évolutive d'un traité peut être fondée sur une pratique ultérieure comme moyen authentique d'interprétation. L'effet restrictif de la pratique ultérieure¹³⁷ apparaît lorsqu'elle est opposée à une interprétation évolutive fondée sur d'autres moyens, en particulier l'objet et le but du traité. Ainsi, les juges qui ont souligné la nécessité d'une stabilité des relations conventionnelles (Skotnikov et Guillaume) ont privilégié la reconnaissance d'une évolution informelle de l'interprétation par le biais d'une pratique ultérieure, alors que la Cour adopte une démarche plus dynamique en procédant à une forme plus abstraite d'interprétation évolutive. Quoi qu'il en soit, tous les juges ayant siégé dans l'affaire *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* ont appuyé la conclusion selon laquelle une interprétation évolutive est possible si elle s'accompagne d'une pratique ultérieure commune des parties.

61. L'approche nuancée, proposée dans le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international et dans l'arrêt *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, est bien ancrée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Cela n'empêche cependant pas que la nécessité de choisir entre une interprétation plus contemporaine et une interprétation plus évolutive

¹³³ Ibid., p. 243, par. 66.

¹³⁴ Ibid., p. 244, par. 71.

¹³⁵ Ibid., opinion individuelle de M. le juge Skotnikov, p. 285, par. 9.

¹³⁶ Ibid., déclaration de M. le juge ad hoc Guillaume, p. 299, par. 16.

¹³⁷ Voir, par exemple, Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 246.

réapparaisse dans des cas particuliers. Le juge Guillaume, notamment, a évoqué l'existence de deux différents courants de jurisprudence, l'un tendant vers une interprétation plus contemporaine et l'autre vers une interprétation plus évolutive¹³⁸. Il faut toutefois remarquer que les cas qui, selon lui, se prêtent à une interprétation plus contemporaine concernent principalement des termes spécifiques figurant dans des traités de frontière (« ligne de partage des eaux¹³⁹ »; « thalweg dudit chenal [principal]¹⁴⁰ »; noms de lieux¹⁴¹; « embouchure » d'une rivière¹⁴²). Dans de tels cas, on peut logiquement penser que les modifications de sens de certains termes (généraux ou spécifiques) ne modifient pas, normalement, le fond de l'accord considéré, qui est conçu pour être aussi stable et aussi indépendant du contexte que possible. En revanche, les cas susceptibles de justifier une interprétation évolutive sont axés sur des termes dont le sens est intrinsèquement plus dépendant du contexte. Tel est le cas, en particulier, des expressions « les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » ou « le bien-être et le développement de ces peuples » qui figuraient à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, et dont la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, a donné une interprétation progressiste en prenant en considération l'évolution du droit des peuples à l'autodétermination après la Seconde Guerre mondiale¹⁴³. D'autres raisons susceptibles de justifier une interprétation évolutive sont le caractère « générique » d'une formule figurant dans un traité¹⁴⁴ et le fait que le traité a été conclu « sans limite de durée »¹⁴⁵. Des raisons plus spécifiques peuvent aussi justifier une interprétation évolutive. Dans l'affaire *Iron Rhine*, par exemple, le maintien de la viabilité et de l'efficacité de l'accord a constitué, en soi, un motif important ayant conduit le tribunal à admettre qu'il lui fallait peut-être donner une interprétation évolutive à des règles, même relativement techniques¹⁴⁶.

¹³⁸ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [voir supra la note 131], 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 (2^e partie), p. 87 et 88, par. 467, et p. 90, par. 479; rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi (voir supra la note 129), par. 478; Institut de droit international, « Le problème intertemporel en droit international public ».

¹³⁹ *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt du 15 juin 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 6, à la page 15.

¹⁴⁰ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)* [voir supra la note 121], p. 1060 et 1061, par. 21.

¹⁴¹ *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie (Érythrée c. Éthiopie)*, décision du 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente: E/F.05.V.5), p. 110, par. 3.5.

¹⁴² *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.

¹⁴³ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (voir supra la note 119), p. 30 et 31, par. 51.

¹⁴⁴ *Plateau continental de la mer Égée*, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 3, à la page 32, par. 77.

¹⁴⁵ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [voir supra la note 131], p. 243, par. 66.

¹⁴⁶ *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des*

62. En tout état de cause, les décisions dans lesquelles la Cour internationale de Justice a entrepris une interprétation évolutive ne se sont pas beaucoup écartées du texte ni des objectifs déterminables des parties au traité, tels que celles-ci les avaient aussi exprimés dans leurs accords et pratique ultérieurs¹⁴⁷. Il semble ainsi que l'interprétation évolutive ne constitue pas une méthode distincte d'interprétation, mais qu'elle résulte plutôt d'une application correcte des moyens habituels d'interprétation¹⁴⁸. Il est donc logique que les accords et la pratique ultérieurs aient joué un rôle important dans les principales affaires dans lesquelles des cours et tribunaux ont admis et appliqué une interprétation évolutive. Dans l'affaire relative aux *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, par exemple, 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. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, la Cour a estimé qu'il était « significatif » que le « sens naturel et générique », selon elle, de l'expression « statut territorial » soit confirmé par la pratique administrative des Nations Unies et le comportement de la partie qui invoquait son interprétation restrictive dans un contexte différent¹⁴⁹.

63. Dans l'ensemble, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et des tribunaux arbitraux ne semble pas contredire le soutien généralement apporté, parmi les principaux auteurs contemporains, à une interprétation évolutive des traités, comme l'a relevé le tribunal dans l'affaire *Iron Rhine*¹⁵⁰. D'autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux se sont montrés plus ou moins ouverts à une interprétation évolutive. Tandis que l'Organe d'appel de l'OMC n'a admis et appliqué qu'à titre exceptionnel une interprétation évolutive, une approche évolutive de l'interprétation est devenue un trait caractéristique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (selon laquelle la Convention européenne des droits de l'homme est un « instrument

Pays-Bas, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII (numéro de vente: E/F.06.V.8), 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 également *Plateau continental de la mer Égée* (note 144 supra), p. 32, par. 77; voir aussi *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, aux pages 151 et 152, par. 85.

¹⁴⁷ Voir aussi *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente: E/F.93.V.3), deuxième partie, p. 119, aux pages 151 et 152, par. 85.

¹⁴⁸ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [voir supra la note 131], déclaration de M. le juge ad hoc Guillaume, p. 290, à la page 294, par. 9; Verdross et Simma, *Universelles Völkerrecht*, p. 498.

¹⁴⁹ *Plateau continental de la mer Égée* (voir supra la note 144), p. 31, par. 74.

¹⁵⁰ *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn »)* [voir supra la note 146], par. 81; voir, par exemple, Sorel, « Convention de Vienne de 1969: Article 31 », p. 1330, par. 55.

vivant¹⁵¹»). Ainsi, même s'il convient peut-être encore de poser à titre de présomption qu'un traité doit être interprété à la lumière du droit qui lui est contemporain, il ne s'agit plus d'une forte présomption et elle rencontre un certain nombre d'exceptions dont la liste reste ouverte.

D. Conclusion : projet de conclusion 2

64. Pris ensemble, les développements qui précèdent conduisent à proposer le projet de conclusion suivant¹⁵² :

¹⁵¹ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (voir *supra* la note 30), par. 130; Cour européenne des droits de l'homme, *Tyrer c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 91), par. 31; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, par. 119, CEDH 2010, par. 119, citant *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, par. 163, CEDH 2005-IV; *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, par. 101, CEDH 1999-V.

¹⁵² Voir les conclusions préliminaires 4 et 7 du Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps [*Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 175 et 176, par. 344]:

« Conclusion 2. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques

« Les accords et la pratique ultérieurs des parties à un traité sont des moyens d'interprétation authentiques à prendre en considération aux fins de l'interprétation des traités.

« Les accords et la pratique ultérieurs des parties peuvent guider l'interprétation évolutive d'un traité. »

« 4) Reconnaissance en principe des accords ultérieurs et de la pratique ultérieurement suivie comme moyen d'interprétation

« Tous les organes juridictionnels et quasi juridictionnels examinés admettent que les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 a et b, de la Convention de Vienne de 1969 constituent un moyen d'interprétation qu'il leur faut prendre en considération lorsqu'ils interprètent et appliquent des traités. »

« 7) Interprétation évolutive et pratique ultérieure

« L'interprétation évolutive est une forme d'interprétation téléologique qui peut être guidée par la pratique ultérieure au sens étroit et au sens large. »

CHAPITRE IV

Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation d'un traité

65. L'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 consacre, en son paragraphe 3 a, « tout accord ultérieur » et admet sous certaines conditions, en son paragraphe 3 b, la « pratique ultérieurement suivie » comme des moyens d'interprétation d'un traité. La pratique ultérieurement suivie par une ou plusieurs parties à tel traité peut aussi être un moyen d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention même si toutes les conditions posées à l'article 31, paragraphe 3 b, ne sont pas satisfaites. Il est par conséquent nécessaire de définir les concepts d'« accord ultérieur » et de « pratique ultérieure ».

A. Accord ultérieur

66. Le concept d'« accord ultérieur » suscite des questions concernant : a) la forme de l'accord ultérieur et la distinction à opérer entre celui-ci et « la pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties » ; b) le caractère relationnel de l'accord ultérieur ; c) le nombre requis de parties ; et d) le sens du terme « ultérieur ».

1. FORME DE « TOUT ACCORD ULTÉRIEUR » ET DISTINCTION À OPÉRER ENTRE CELUI-CI ET LA « PRATIQUE ULTÉRIÈRE [...] PAR LAQUELLE EST ÉTABLI L'ACCORD DES PARTIES »

67. L'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969 utilise l'expression « accord ultérieur » et non « traité ultérieur ». Cela ne revient cependant pas à dire que l'« accord ultérieur » est nécessairement moins solennel que le « traité ». Encore que, au sens de la Convention, le « traité » doive revêtir une forme écrite (art. 2, par. 1 a), le droit international général n'ignore pas cette prescription¹⁵³.

¹⁵³ *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 112; voir Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 81; Gautier, « Convention de Vienne de 1969 : Article 2 »,

Le terme « accord », dans la Convention¹⁵⁴ comme en droit international général, n'implique aucun degré particulier de solennité. L'article 39 de la Convention, qui édicte la règle générale selon laquelle « [u]n traité peut être amendé par accord entre les parties », a été explicité par la Commission comme signifiant qu'« [u]n accord portant amendement peut prendre toute forme que choisiront de lui donner les parties au premier traité¹⁵⁵ ». De même, les rédacteurs de la Convention de Vienne n'ont mis aucune condition formelle particulière aux accords au sens de l'article 31, paragraphe 3 a et b, de la Convention¹⁵⁶.

68. S'il est vrai que tout traité est un accord, tous les accords ne sont pas des traités. L'« accord ultérieur », au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de

p. 45 et suiv.; Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law*, p. 49 et suiv.; voir également Aust, « The theory and practice of informal international instruments », p. 794 et suiv.

¹⁵⁴ Voir article 2, paragraphe 1 a; article 3; article 24, paragraphe 2; articles 39 à 41, 58 et 60 de la Convention de Vienne de 1969.

¹⁵⁵ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 253, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 35; voir aussi Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, art. 39, p. 513, par. 7; Sands, « Convention de Vienne de 1969 : Article 39 », p. 1536 à 1538, par. 31 à 34.

¹⁵⁶ Le projet d'article 27, paragraphe 3 b, de la Commission, qui est ensuite devenu l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne de 1969, contenait le terme « entente », auquel la Conférence de Vienne a substitué le terme « accord ». Comme l'Australie l'a noté, cette modification était « une simple question de forme », voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7), p. 169, par. 59; Fox, « Articles 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case », p. 63; voir également l'affaire de l'île de *Kasikili/Sedudu* (*Botswana c. Namibie*) [note 121 *supra*], opinion dissidente de M. Weeramantry, vice-président, p. 1159 et suiv., par. 23 et suiv.

Vienne de 1969, a précisément pour finalité d'être un élément dont il « sera » uniquement « tenu compte » aux fins de l'interprétation d'un traité, sans nécessairement avoir un caractère contraignant¹⁵⁷. La question de savoir quand l'accord ultérieur entre les parties est contraignant et dans quelles circonstances il est un simple moyen d'interprétation sera examinée, ainsi que plusieurs autres, dans un futur rapport.

69. Il est cependant nécessaire d'établir une distinction entre l'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969 et « toute pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b. À défaut, tout accord établi par la pratique ultérieurement suivie serait en même temps un « accord ultérieur [...] au sujet de l'interprétation du traité » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a.

70. Il convient de noter d'emblée qu'en faisant une distinction 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) la Commission n'avait pas entendu distinguer selon leurs effets juridiques éventuels. Il ressort de son commentaire que l'« accord ultérieur » constitue « une interprétation authentique des parties, qui doit être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation¹⁵⁸ », et que la « pratique ultérieure », « de façon analogue », « constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité »¹⁵⁹. Cette explication donne à penser que la différence entre les deux concepts tient en ceci que l'« 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, la « pratique ultérieure » n'ayant cet effet que si elle « traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes »¹⁶⁰. Cela donne à penser qu'il est en général plus facile de rapporter la preuve de l'« accord ultérieur intervenu entre les parties » que celle de la « pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties »¹⁶¹.

71. La jurisprudence des organes juridictionnels internationaux trahit quelque hésitation à opérer une distinction nette entre accords et pratique ultérieurs. Dans l'affaire relative au *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, la Cour internationale de Justice a utilisé l'expression « attitudes que les parties ont adoptées par la suite » à la fois pour désigner ce qu'elle appellera par la suite « accords ultérieurs » et « attitudes »

unilatérales ultérieures¹⁶². Dans l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, la Cour ne s'est pas prononcée quant à savoir si telle ou telle carte pouvait constituer un accord ultérieur ou une pratique ultérieure¹⁶³. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, la Cour a pris en considération les « positions adoptées ultérieurement par les parties » afin d'établir que celles-ci avaient « reconnu en pratique que les termes exprimés du traité lui-même étaient négociables »¹⁶⁴. Dans la sentence arbitrale *CME*, un tribunal de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a utilisé l'expression « positions communes » entre l'État de l'investisseur et l'État défendeur afin de confirmer son interprétation du traité d'investissement sans dire si cette question relevait de l'alinéa a ou de l'alinéa b du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969¹⁶⁵. De même les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC n'ont pas toujours distingué nettement entre accord ultérieur et pratique ultérieure¹⁶⁶.

72. Le Groupe spécial de l'ALENA dans l'affaire *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America*¹⁶⁷ a traité de façon plus explicite de la question de la distinction entre accord ultérieur au sens de l'alinéa a du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne et pratique ultérieure au sens de l'alinéa b. Dans ladite espèce, les États-Unis soutenaient que, dans l'ensemble, un certain nombre de mesures prises de façon

¹⁶² *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 6, aux pages 34 et suiv., par. 66 et suiv.

¹⁶³ *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 625, à la page 656, par. 61.

¹⁶⁴ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, à la page 77, par. 138; voir également l'*Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn) (Compétence et recevabilité)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 6, par. 28 (« conduite ultérieure »).

¹⁶⁵ *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*, sentence finale, procédure conduite conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 14 mars 2003, par. 437.

¹⁶⁶ Voir « Lignes directrices pour l'établissement des listes » dans le rapport du Groupe spécial, *Mexique – Mesures visant les services de télécommunication*, WT/DS204/R, 2 avril 2004, et dans le rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R et Corr.1, 7 avril 2005; pour une interprétation de la décision de 1981 du Conseil du GATT, voir le rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger »*, WT/DS108/R, 8 octobre 1999. Voir « Code SCM » dans le rapport du Groupe spécial, *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/R, 17 octobre 1996, et « dérogation » dans les rapports de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/AB/RW2/ECU et Corr.1, et *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1, 26 novembre 2008 [CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II) / CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)].

¹⁶⁷ *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (Award on Jurisdiction), arbitrage aux termes des règles d'arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, 28 janvier 2008; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, décision sur la demande de récusation du Président du Comité, affaire n° ARB/97/3, 3 octobre 2001, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 330, par. 12; voir M. Fitzmaurice et Merkuris, « Canons of treaty interpretation: selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement », p. 217 à 233.

¹⁵⁷ Voir cependant les observations formulées par Ronald Bettauer, Conseiller juridique adjoint du Département d'État des États-Unis, à la réunion, tenue le 10 octobre 2006, du Comité des juristes du barreau de la ville de New York sur la politique nucléaire, sur le thème du respect par les États-Unis du droit international relatif aux armes nucléaires, dont des extraits sont reproduits dans Cummins, *Digest of United States Practice in International Law 2006*, p. 1260 et 1261.

¹⁵⁸ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241, paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 27.

¹⁵⁹ *Ibid.*, paragraphe 15 du commentaire relatif au projet d'article 27.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 242, paragraphe 15; Wolfram, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 294.

¹⁶¹ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)* [voir *supra* la note 121], p. 1087, par. 63.

unilatérale par chacune des parties à l'ALENA constituait un accord ultérieur¹⁶⁸. Dans un premier temps, le Groupe spécial a estimé que les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir l'existence d'un accord ultérieur :

Le défendeur soutient qu'il existe un tel « accord ultérieur » renvoyant à ses propres déclarations sur la question, devant le présent tribunal et d'autres instances; aux conclusions présentées par le Mexique en application de l'article 1128 en l'espèce; et aux déclarations du Canada sur la question, d'abord lors de la mise en application de l'ALENA et, par la suite, dans son contre-mémoire dans l'affaire *Meyers*.

Tous ces éléments indiquent certainement l'existence de quelque chose qui se rapproche d'un accord mais qui, de l'avis du tribunal, ne suffit pas à constituer un « accord ultérieur » entre les parties à l'ALENA. [...] Le tribunal conclut qu'il n'existe pas sur cette question d'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne¹⁶⁹.

73. Dans un second temps, le Groupe spécial a cependant conclu que ces mêmes éléments de preuve constituaient une pratique ultérieure à retenir :

Reste à savoir s'il existe une « pratique ultérieure », par laquelle est établi l'accord des parties à l'ALENA sur cette question au sens de l'article 31, paragraphe 3 b). Le Tribunal conclut à l'existence d'une telle pratique ultérieure. 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 »¹⁷⁰.

74. Cette jurisprudence donne à penser que la distinction entre « accord ultérieur » et « pratique ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties », au sens de l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne de 1969, fait apparaître une différence de norme de preuve à appliquer pour déterminer l'expression « authentique » de la volonté des parties. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure sont à distinguer, selon que l'on peut déceler une position commune *en tant que telle* dans une expression commune ou qu'il est nécessaire d'identifier indirectement un accord sur la base de tel ou tel comportement ou telles ou telles circonstances. Ainsi, l'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969 doit se manifester en tant que tel, bien que non nécessairement sous forme écrite¹⁷¹, alors que la « pratique ultérieure » regroupe toutes les (autres) formes de comportement ultérieur pertinent d'une ou plusieurs parties à un traité qui concourent à la manifestation d'un accord des parties au sujet de l'interprétation du traité.

75. Ainsi, si elle peut aider à identifier tel accord intervenu entre les parties, la « pratique ultérieure » ne constitue pas l'accord proprement dit. Il n'est cependant pas à

exclure que la « pratique » et l'« accord » coïncident et ne puissent être distingués sur la base d'éléments de preuve externes. C'est pourquoi on utilise souvent l'expression « pratique ultérieure » pour désigner une catégorie générale plus large qui englobe les moyens d'interprétation mentionnés aux alinéas a et b du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969¹⁷². Si elle est parfaitement envisageable en théorie, cette interprétation extensive de l'expression « pratique ultérieure » aurait cependant pour effet d'effacer la distinction faite dans la Convention de Vienne et dont le but est d'avertir les États et autres autorités chargées d'appliquer le droit des différents types de comportement interprétatif ultérieur des parties à prendre en considération.

2. CARACTÈRE RELATIONNEL

76. L'« accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969 doit concerner « l'interprétation du traité ou [...] l'application de ses dispositions » et, par conséquent, être relationnel. Par un tel accord, les parties doivent avoir, éventuellement entre autres buts, l'intention d'éclaircir le sens du traité ou d'indiquer comment ce traité doit s'appliquer¹⁷³.

77. On peut souvent retrouver la mention « au sujet [...] du traité » en recherchant quelque indication de la subordination de l'« accord ultérieur » au traité considéré. Une telle mention peut aussi se trouver dans un traité ultérieur qui renferme l'accord au sujet du sens d'un traité précédemment conclu entre les mêmes parties. Ainsi, dans l'affaire *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, la Cour a recherché si le « traité signé par la suite “entre les parties” dans le même domaine » pouvait être utilisé aux fins de l'interprétation du traité antérieur, mais a rejeté cette hypothèse parce que le traité ultérieur ne contenait « aucune mention » du traité antérieur¹⁷⁴. Dans l'affaire sur le *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, le juge ad hoc Guillaume a invoqué la pratique effective du tourisme sur le fleuve San Juan conformément à un mémorandum d'accord signé entre les deux États¹⁷⁵. La question est cependant de savoir si le mémorandum d'accord en question se voulait, selon les parties, une interprétation du traité frontalier en question. En conséquence, même un accord explicite entre les parties ne vaut pas nécessairement « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969 s'il ne se rapporte pas de façon suffisante au traité considéré.

78. Il n'est pas nécessaire, aux fins des définitions, de s'arrêter sur le caractère relationnel de l'« accord ultérieur », lequel sera examiné dans la suite des travaux.

¹⁶⁸ *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America* (Award on Jurisdiction), par. 174 à 177.

¹⁶⁹ *Ibid.*, par. 186 à 187.

¹⁷⁰ *Ibid.*, par. 188; dans un sens analogue, CIRDI, *Aguas del Tunari S. A. v. Republic of Bolivia* (accord bilatéral d'investissement Pays-Bas/Bolivie), décision relative aux exceptions à la compétence soulevées par le défendeur, affaire n° ARB/02/3, 21 octobre 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, n° 2 (2005), p. 450, par. 251; *Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR)* [voir *supra* la note 112], p. 110, par. 180.

¹⁷¹ Sorel, « Convention de Vienne de 1969: Article 31 », p. 1320, par. 43; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 209.

¹⁷² *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 127, par. 53: dans cette affaire, même un accord verbal ultérieur explicite avait été qualifié par l'une des parties de « pratique ultérieure ».

¹⁷³ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thon II (Mexique)* [voir *supra* la note 79], par. 366 à 378, en particulier par. 372; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, p. 164 et suiv.

¹⁷⁴ *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* [voir *supra* la note 117], p. 51, par. 28.

¹⁷⁵ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [voir *supra* la note 131], déclaration de M. le juge ad hoc Guillaume, p. 290, aux pages 298 et 299, par. 16.

3. NOMBRE DE PARTIES

79. L'«accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, de la Convention de Vienne de 1969 s'entend de tout accord entre «les parties», c'est-à-dire entre toutes les parties au traité (article 2, paragraphe 1 *g* de la Convention). Cela ne revient cependant pas à dire que l'expression «accord ultérieur» en soi, et indépendamment de l'article 31, paragraphe 3 *a*, de la Convention, est circonscrite, aux fins de l'interprétation des traités, aux accords entre toutes les parties au traité. En effet, il est aussi des exemples d'accords intervenus entre un nombre limité de parties à un traité au sujet de l'interprétation de ce traité.

80. Les traités comptant un grand nombre de parties sont parfois mis en œuvre pour des accords bilatéraux ou régionaux ultérieurs. Ces accords comportent généralement des déclarations concernant l'interprétation qu'il est permis de faire du traité considéré («bilatéralisme en série») ¹⁷⁶. La Convention relative à l'aviation civile internationale offre un exemple de cette forme d'application ultérieure par voie d'accords bilatéraux dans un cadre conventionnel multilatéral. Entre trois mille et quatre mille accords de services aériens ou accords de transport aérien, pour la plupart bilatéraux ¹⁷⁷, ont été conclus depuis l'entrée en vigueur de la Convention. Ce système bilatéral a été décrit comme un «écheveau complexe d'accords de services aériens imbriqués les uns aux autres ¹⁷⁸», qui «a évolué au gré de la pratique ultérieure des États ¹⁷⁹». Ces traités bilatéraux ne sont pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, de la Convention de Vienne de 1969, n'étant conclus que par un nombre limité de parties à un traité multilatéral. Néanmoins, si dans l'ensemble ils sont suffisamment concordants et assez nombreux, ils peuvent établir un accord entre toutes les parties quant au sens et à la portée de telle ou telle disposition du traité multilatéral correspondant.

81. Faut-il voir dans de tels accords entre un nombre limité de parties à un traité et concernant l'interprétation de celui-ci un «accord ultérieur» (au sens large) ou faut-il réserver l'expression «accord ultérieur» aux accords intervenus «entre [toutes] les parties» à un traité, comme le prévoit l'article 31, paragraphe 3 *a*, de la Convention de Vienne de 1969? C'est en définitive une question de commodité terminologique, la réponse n'impliquant aucune conclusion quant à la valeur de tout «accord ultérieur» entre un nombre limité d'États parties aux fins de l'interprétation du traité. On peut donc en théorie établir une distinction entre, d'une part, l'accord (ultérieur) entre un nombre limité de parties concernant l'interprétation d'un traité et, d'autre part, des accords (ultérieurs) intervenus entre toutes les parties à un traité au sujet de

l'interprétation de ce traité. Une telle distinction ne serait pas contraire à l'article 31, paragraphe 3 *a*, de la Convention, car cette disposition concerne les seuls accords du deuxième type, sans exclure la possibilité que ceux du premier type constituent des moyens d'interprétation complémentaires visés à l'article 32 de la Convention de Vienne ou non prévus par celui-ci.

82. En définitive, il est cependant plus commode aux fins du présent projet de réserver l'expression «accord ultérieur» aux accords entre toutes les parties à un traité qui se manifestent par un accord particulier unique (ou par un acte à l'égard duquel toutes les parties s'accordent sous une forme ou une autre) ¹⁸⁰. L'exemple des accords bilatéraux de services aériens démontre qu'un groupe d'accords différents intervenus entre un nombre limité de parties à un traité multilatéral peut tout aussi bien être considéré comme un ensemble de divers éléments factuels – une «pratique ultérieure» – qui, pris ensemble, «établi[ssent] l'accord [de toutes les] parties à l'égard de l'interprétation du traité» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne de 1969.

83. Un groupe de différents accords intervenus entre un nombre limité de parties n'est pas un accord unique, comme l'est «tout accord ultérieur» visé par l'article 31, paragraphe 3 *a*, de la Convention de Vienne de 1969. Par souci de clarté terminologique, il conviendrait de réserver le concept d'«accord ultérieur» aux accords uniques entre toutes les parties, comme l'indique l'article 31, paragraphe 3 *a*. Les accords ultérieurs (au sens large) intervenus entre un nombre limité de parties peuvent avoir valeur interprétative en tant que moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention, mais, dans ce cas, ils constituent une forme de «pratique ultérieurement suivie» (au sens large) par laquelle n'est pas (encore) établi l'accord de toutes les parties (voir paragraphes 92 à 110 ci-après).

4. SENS DE L'ADJECTIF «ULTÉRIEUR»

84. La Commission a expliqué que les «accords ultérieurs» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, de la Convention de Vienne de 1969 sont les seuls conclus «après la conclusion du traité» ¹⁸¹. La date de la conclusion du traité n'est pas nécessairement celle de son entrée en vigueur (art. 24). Il ressort des articles 18 et 25 de la Convention qu'un traité peut, à certaines fins, déjà être considéré comme «conclu» avant d'être effectivement entré en vigueur. En pareils cas, la date pertinente est celle à laquelle le texte du traité a été établi de façon formelle ¹⁸².

¹⁷⁶ Cette expression est empruntée à Benvenisti et Downs, «The empire's new clothes: political economy and the fragmentation of international law», p. 610 et 611.

¹⁷⁷ Voir Bowen, «The Chicago International Civil Aviation Conference (1944-1945)», p. 308 et 309 et suiv.

¹⁷⁸ Australia, Department of Infrastructure, Regional Development and Cities, «The Bilateral System – how international air services work», disponible à l'adresse suivante: www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral_system.aspx.

¹⁷⁹ Havel, *Beyond Open Skies: A New Regime for International Aviation*, p. 10.

¹⁸⁰ Voir OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thon II (Mexique)* [voir *supra* la note 79], par. 371; Conférence de révision du Statut de Rome (Kampala, 31 mai-11 juin 2010), résolution RC/Res.6, adoptée à la 13^e séance plénière, le 11 juin 2010, annexe III; et, d'une manière générale, Barriga et Groover, «A historic breakthrough on the crime of aggression». Cet aspect sera examiné plus en détail dans un rapport ultérieur.

¹⁸¹ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241, paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 27.

¹⁸² *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, document A/CN.4/43, p. 70 et suiv.; *Annuaire... 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 115; Rosenne, «Treaties, conclusion and entry into force», p. 465: «à proprement parler, c'est la négociation qui se conclut par un traité»; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 78 et 79, par. 9 à 13.

85. Cette date est également pertinente aux fins de déterminer le moment à partir duquel un accord peut être considéré comme « ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969. On voit mal pourquoi un accord intervenu entre les parties entre la date à laquelle le texte d'un traité a été établi de façon formelle et celle de l'entrée en vigueur de ce traité devrait être moins pertinent, à des fins d'interprétation, qu'un accord intervenu après la date d'entrée en vigueur, ce qui cadre avec le régime des réserves défini aux articles 19 à 23 de la Convention, et les règles applicables aux déclarations interprétatives, qui sont *lex specialis*¹⁸³.

86. La question du moment à partir duquel l'accord est « ultérieur » n'a rien à voir avec celle de la date à laquelle l'accord prend effet entre les parties en tant que moyen d'interprétation du traité, laquelle dépend de la date à laquelle les États qui sont parvenus à l'accord sont effectivement devenus « parties » au traité, c'est-à-dire sont des États qui ont « consenti à être lié[s] par le traité et à l'égard d[es]quel[s] le traité est en vigueur » (article 2, paragraphe 1 g de la Convention de Vienne de 1969).

87. Les « accords intervenus » et les « instruments établis »¹⁸⁴ « à l'occasion de la conclusion du traité » (article 31, paragraphe 2 de la Convention de Vienne de 1969) peuvent intervenir ou être établis soit avant soit après la date à laquelle le texte du traité est établi de façon formelle¹⁸⁵. S'ils interviennent ou sont établis après cette date, ils constituent des formes spéciales d'« accords ultérieurs ».

5. ACCORDS INTERPRÉTATIFS EN APPLICATION D'UNE DISPOSITION CONVENTIONNELLE PARTICULIÈRE

88. Certaines dispositions conventionnelles, comme le paragraphe 2 de l'article IX de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, prévoient que les parties peuvent, sous certaines conditions, adopter des interprétations plus ou moins contraignantes concernant telle ou telle partie ou l'ensemble des dispositions du traité. Les effets juridiques des décisions prises par les parties en application de ces dispositions sont régis, en premier lieu, par les dispositions conventionnelles spéciales qui les concernent. Cependant, ces décisions peuvent constituer en même temps des « accords ultérieurs » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969, ainsi que l'a reconnu, par exemple, un groupe spécial de l'ALENA dans l'affaire *Methanex Corporation v. United States of America*, concernant une disposition (article 1105 de l'ALENA) au sujet de laquelle les parties à l'ALENA avaient adopté une « note interprétative » (« Note de la Commission de libre-échange ») en application de l'article 1131, paragraphe 2, de l'Accord, aux termes duquel « [u]ne interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section »:

¹⁸³ Voir Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie).

¹⁸⁴ Cela peut inclure les déclarations unilatérales auxquelles l'autre partie ne s'est pas opposée, voir Cour constitutionnelle fédérale allemande, *BVerfGE*, vol. 40, p. 176; voir, d'une manière générale, Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 215 et 216.

¹⁸⁵ Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 1271, par. 632.

Outre l'effet de l'article 1131, paragraphe 2, de l'ALENA, l'interprétation de la Commission de libre-échange doit aussi être envisagée à la lumière de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne étant donné qu'elle constitue un accord ultérieur entre les parties à l'ALENA sur l'interprétation de l'article 1105 de l'ALENA¹⁸⁶.

89. Bien que la note de la Commission de libre-échange ait été diversement accueillie par les groupes d'arbitres institués en vertu du chapitre 11¹⁸⁷, ces derniers n'ont généralement pas contesté qu'une décision prise en vertu de l'article 1131, paragraphe 2, de l'ALENA puisse, en principe, constituer en même temps un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969. Dans le même ordre d'idée, l'Organe d'appel de l'OMC a, dans l'affaire *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II) / CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, déclaré ce qui suit:

Nous considérons qu'une interprétation multilatérale en vertu de l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC peut être assimilée à un accord ultérieur intervenu au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions conformément à l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne, dans la mesure où l'interprétation des accords de l'OMC est concernée.

[...]

Nous observons en outre que, dans ses commentaires sur le projet d'articles sur le droit des traités, la Commission du droit international (« CDI ») décrit un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 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 ». À notre avis, en faisant référence à une « interprétation authentique », la CDI interprète l'article 31, paragraphe 3 a, comme visant les accords influant spécifiquement sur l'interprétation d'un traité. Dans le contexte de l'OMC, les interprétations multilatérales adoptées conformément à l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC sont très semblables aux accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne [...]¹⁸⁸.

90. Cela ne revient cependant pas à dire que toute décision prise ou accord conclu par les parties en vertu de telle ou telle disposition conventionnelle et ayant des conséquences pour l'interprétation soit aussi nécessairement un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969. Aux fins des définitions, il suffira cependant de noter qu'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, ne doit pas nécessairement être autonome, mais peut également être prévu par le traité proprement dit.

B. Pratique ultérieure

91. Comme celui d'« accord ultérieur », le concept de « pratique ultérieure » suscite un certain nombre de questions, les plus importantes étant: a) celle de savoir si cette

¹⁸⁶ *Methanex Corporation v. United States of America*, sentence définitive du Tribunal d'arbitrage sur la compétence et sur le fond, arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, 3 août 2005, partie II, chap. H, par. 23.

¹⁸⁷ *Pope and Talbot Inc. v. Government of Canada*, sentence sur le fond – phase 2, arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, 10 avril 2001, par. 46 et suiv.; CIRDI, *ADF Group Inc. v. United States of America*, sentence arbitrale, arbitrage du CIRDI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, affaire n° ARB(AF)/00/1, 9 janvier 2003, par. 177; Brower, « Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA article 1105 », p. 349 et 350 et citations y incluses; Roberts, « Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States ».

¹⁸⁸ OMC, rapports de l'Organe d'appel, *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II) / CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, par. 383 et 390.

expression doit être interprétée restrictivement ou extensivement; b) celle du caractère «relationnel» de la pratique ultérieure; c) celle du sens de l'adjectif «ultérieur»; et d) celle de savoir qui sont les acteurs pertinents.

1. DÉFINITION LARGE OU ÉTROITE ?

92. Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*¹⁸⁹, l'Organe d'appel de l'OMC a formulé une définition étroite de la pratique ultérieure aux fins de l'interprétation des traités :

[U]ne 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 traité¹⁹⁰.

93. Le champ de cette définition ne se limite pas à la «pratique ultérieurement suivie» par les parties dans l'application du traité *en tant que tel*, mais comporte en outre d'autres éléments qui figurent à l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne de 1969, en particulier «l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité». Cette définition incite à penser 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 prise en considération aux fins de l'interprétation du traité, à l'exclusion de toute autre forme de pratique ultérieurement suivie par une ou plusieurs parties. Cette suggestion est cependant trompeuse. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres cours et tribunaux internationaux, et même celle de l'OMC, démontrent que la pratique ultérieure qui remplit les conditions de l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne n'est pas la seule forme de pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application d'un traité qui soit à prendre en considération aux fins de l'interprétation de ce traité. Cela conduit à conclure qu'il faut établir une distinction entre l'existence d'une «pratique ultérieurement suivie», en tant que telle, dans l'application d'un traité par une ou plusieurs parties et la question de savoir si cette «pratique ultérieurement suivie» établit «l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité».

a) *Jurisprudence de la Cour internationale de Justice et des autres cours et tribunaux internationaux*

94. Les juridictions internationales ont établi une distinction entre, d'une part, la «pratique ultérieurement suivie» d'un commun accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne de 1969 et, d'autre part, la pratique ultérieure, dans un sens plus large, suivie par une ou plusieurs parties à un traité et pouvant aussi être pertinente aux fins de l'interprétation.

95. Dans l'affaire de l'Île de *Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, par exemple, la Cour internationale de Justice a statué que le rapport technique d'un expert qui avait été commandé par l'une des parties et qui avait

« toujours conservé un caractère interne¹⁹¹ », 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 de Vienne de 1969, n'en était pas moins les conclusions «auxquelles elle [était] parvenue» par d'autres moyens d'interprétation¹⁹². Il en allait de même des «constatations auxquelles les parties concernées [avaient] procédé séparément», qui étaient «exprimées en termes concordant dans un rapport conjoint¹⁹³». On ne saurait bien évidemment accorder à cette pratique interprétative ultérieure, unilatérale ou parallèle, le même poids qu'à la pratique ultérieurement suivie par laquelle est établi l'accord de toutes les parties et elle ne peut donc donner forme à une interprétation «authentique» d'un traité par les parties.

96. Les tribunaux du CIRDI ont eux aussi utilisé la pratique ultérieure des États comme un moyen d'interprétation au sens large¹⁹⁴. Par exemple, considérant la question de savoir si les actionnaires minoritaires pouvaient accéder aux droits découlant des traités de protection de l'investissement et avaient qualité pour participer aux procédures du CIRDI, le tribunal en l'affaire *CMS c. Argentine* a statué ce qui suit :

La pratique des États confirme également le sens de ce scénario évolutif. [...] Les participations minoritaires ou sans pouvoir de contrôle ont ainsi été incluses dans la protection accordée ou ont été admises à faire valoir leurs prétentions en leur nom propre. La pratique contemporaine en matière d'indemnisation forfaitaire [...], entre autres exemples, témoigne d'une souplesse de plus en plus grande dans le traitement des réclamations internationales¹⁹⁵.

97. La Cour européenne des droits de l'homme a, dans certaines affaires, fait référence à l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne de 1969, sans déceler un accord établi par la pratique ultérieure respective des parties. Elle a ainsi indiqué, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*¹⁹⁶, que sa manière de voir se trouvait «confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les parties contractantes», 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 permettent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu»¹⁹⁷.

98. Plus fréquemment, la Cour européenne des droits de l'homme s'est fondée sur la pratique ultérieure, non nécessairement uniforme, des États en utilisant la législation nationale, et même la pratique administrative

¹⁹¹ Île de *Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)* [voir *supra* la note 121], p. 1078, par. 55.

¹⁹² *Ibid.*, p. 1096, par. 80.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Fauchald, «The legal reasoning of ICSID Tribunals», p. 345.

¹⁹⁵ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* (traité d'investissement bilatéral États-Unis/Argentine), décision du tribunal sur les exceptions à la compétence, affaire n° ARB/01/8, 17 juillet 2003, *ICSID Reports*, vol. 7 (2003), p. 492, au par. 47.

¹⁹⁶ *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* la note 45).

¹⁹⁷ *Ibid.*, par. 79 et 80; il est à noter que la Cour a qualifié cette «pratique des États» d'«uniforme et cohérente» (*ibid.*, par. 82), bien qu'elle ait admis que les déclarations de deux États (Chypre et le Royaume-Uni; «quel qu'en soit le sens») constituaient sans doute des exceptions (*ibid.*, par. 80).

¹⁸⁹ OMC, *Japon – Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 31), et rapport du Groupe spécial, WT/DS8/R, WT/DS10/R et WT/DS11/R, 11 juillet 1996.

¹⁹⁰ OMC, *Japon – Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 31), sect. E.

interne, comme moyens d'interprétation : depuis l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*, la Cour s'est généralement livrée à des exposés de la pratique ultérieure des États (et d'autres entités), sur lesquels elle s'est fondée pour guider ses interprétations « dynamiques » ou « évolutives »¹⁹⁸. Selon le résultat de son analyse, c'est-à-dire selon qu'elle constate un consensus, une absence de consensus, ou encore l'existence d'une majorité suffisamment qualifiée ou d'une tendance, la Cour se livre ou non à une interprétation dynamique. Dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, par exemple, la Cour a déclaré 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 administrations [avait] été reconnu¹⁹⁹ » et que « les exceptions existantes ne [pouvaient] être justifiées que par des circonstances particulières²⁰⁰ ». Dans *Koch c. Allemagne*, en revanche, la Cour, constatant que les parties contractantes étaient « loin d'avoir atteint un consensus » en ce qui concernait l'autorisation de l'assistance au suicide, a refusé de limiter leur marge d'appréciation en adoptant une interprétation évolutive²⁰¹. Enfin, dans l'affaire *S. H. et autres c. Autriche*, la Cour a fait observer que l'« émergence d'un consensus », à elle seule, ne pouvait restreindre la marge d'appréciation dont disposaient les États membres pour autoriser ou non le don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro*²⁰².

99. La Cour interaméricaine des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme ont rarement pris en considération la pratique ultérieure des parties²⁰³, mais, lorsqu'ils l'ont fait, ils n'ont pas seulement considéré les cas dans lesquels la pratique établissait l'accord des parties. Ainsi, en l'affaire *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago*, la Cour interaméricaine a statué 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 la peine de mort » et a relevé que « dans ces pays, la gradation en fonction de la gravité de chaque hypothèse de privation de la vie, depuis l'homicide jusqu'au parricide, est bien admise. Dans tous ces pays, il existe une diversité des peines qui correspond à celle des degrés de gravité²⁰⁴ ».

¹⁹⁸ Voir *supra* la note 46.

¹⁹⁹ *Demir et Baykara* (voir *supra* la note 92), par. 52.

²⁰⁰ *Ibid.*, par. 151 ; voir également *Jorgic c. Allemagne*, n° 74613/01, par. 69, CEDH 2007-III ; *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, par. 35, série A n° 264 ; *A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, par. 80 et 83, CEDH 2002-X.

²⁰¹ CEDH, *Koch c. Allemagne*, n° 497/09, par. 70, 19 juillet 2012.

²⁰² *S. H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, par. 96, CEDH 2011 ; voir aussi *Stummer c. Autriche* [GC], n° 37452/02, par. 105 à 109 et 129 à 132, CEDH 2011 : dans cette affaire également, la Cour, observant qu'il n'existait pas de « consensus européen » mais seulement une « tendance croissante », a refusé de se livrer à une interprétation dynamique.

²⁰³ Voir *supra* le paragraphe 39.

²⁰⁴ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago*, fond, réparations et dépens, arrêt du 21 juin 2002, série C n° 94, par. 12.

100. De même que la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme est sensible aux arguments fondés sur la pratique ultérieure lorsqu'il s'agit d'examiner la justification d'empiètements sur les droits prévus par le Pacte. Pour interpréter les termes assez généraux de l'article 19, paragraphe 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité a considéré la pratique pertinente des États. Partant de l'observation selon laquelle « on [pouvait] trouver des restrictions similaires dans de nombreuses juridictions²⁰⁵ », le Comité a 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 international relatif aux droits civils et politiques²⁰⁶. Cependant, lorsqu'il tient compte de la pratique ultérieure, le Comité se livre en général à une évaluation sommaire sans donner de références précises²⁰⁷.

101. Le Tribunal international du droit de la mer s'est quelquefois référé à la pratique ultérieure des parties, sans toutefois chercher à préciser si un accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité était effectivement établi par celle-ci. Dans l'affaire du *Navire « SAIGA » (n° 2)*, par exemple, le Tribunal a examiné la pratique des États au regard du droit à la légitime défense prévu par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. En se fondant sur la « pratique normale à laquelle il est fait recours pour stopper un navire », le Tribunal n'a pas précisé quelles étaient les pratiques respectives des États mais a supposé qu'il existait une certaine norme générale²⁰⁸. Dans les affaires du *Thon à nageoire bleue*, le Tribunal a indiqué que la pratique suivie par les parties dans l'application de la Convention relative à la préservation du thon rouge du Sud était pertinente aux fins d'évaluer dans quelle mesure ces parties se conformaient aux obligations que leur impose la Convention sur le droit de la mer²⁰⁹. Ainsi, le Tribunal s'est fondé sur la pratique (ultérieurement) suivie dans l'application d'un traité autre que la Convention sur le droit de la mer et qui ne regroupe pas toutes les parties à celles-ci²¹⁰.

102. Le jugement *Jelisic* expose l'approche méthodologique générale des tribunaux pénaux internationaux. Se référant à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et à la pratique suivie dans son application,

[l]a Chambre de première instance [...] interprète les termes [de la Convention] conformément aux règles générales d'interprétation des traités énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le

²⁰⁵ *Jong-Cheol c. République de Corée*, communication n° 968/2001, constatations adoptées le 27 juillet 2005, rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 40 (A/60/40)*, vol. II, par. 8.3.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Pour une affaire similaire, voir *Yoon et Choi c. République de Corée* (note 56 *supra*), par. 8.4 ; dans cette affaire, Ruth Wedgwood, membre du Comité, a critiqué l'approche du Comité qui, selon elle, présentait un point de vue sélectif.

²⁰⁸ *Navire « SAIGA » (n° 2) [Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée]*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10, à la page 62, par. 156 ; voir aussi l'affaire du « *Tomimaru* » (*Japon c. Fédération de Russie*), promptement mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2005-2007*, p. 74, à la page 96, par. 72.

²⁰⁹ *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil 1999*, p. 280, à la page 294, par. 50.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 293, par. 45.

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 compte²¹¹.

103. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a pris en considération des formes de pratique des États encore plus générales, notamment l'évolution de la législation des États membres, qui peut donner lieu à des changements d'interprétation en ce qui concerne la liste des crimes ou leurs éléments²¹².

b) *Jurisprudence des organes juridictionnels de l'OMC*

104. Même les organes juridictionnels de l'OMC opèrent à l'occasion une distinction entre la «pratique ultérieure» qui répond à toutes les conditions de 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*²¹³ (non portée en appel), par exemple, le Groupe spécial devait se prononcer sur l'applicabilité d'une «doctrine des exceptions mineures» concernant le paiement des droits d'auteur²¹⁴. 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 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 transparait 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 mineures²¹⁵.

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 Vienne²¹⁶.

105. On trouvera un autre exemple de la prise en considération de la pratique ultérieure au sens large dans l'affaire

²¹¹ *Le Procureur c. Goran Jelisić*, affaire n° IT-95-10-T, chambre de première instance, jugement du 14 décembre 1999, *Supplément judiciaire*, n° 10, par. 61 ; voir également *Le Procureur c. Radislav Krstić*, affaire n° IT-98-33-T, chambre de première instance, jugement du 2 août 2001, *Supplément judiciaire*, numéro spécial, *Arrêts et jugements 2001*, par. 541.

²¹² *Le Procureur c. Anto Furundžija* (voir *supra* la note 100), par. 165 et suiv. et par. 179.

²¹³ OMC, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur (États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000.

²¹⁴ Voir Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), art. 9, par. 1.

²¹⁵ *États-Unis – Article 110 5), de la loi sur le droit d'auteur* (voir *supra* la note 213), par. 6.55.

²¹⁶ *Ibid.*, note 68.

Communauté européenne – Matériels informatiques, où l'Organe d'appel a reproché au Groupe spécial de n'avoir pas 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'OMC peuvent être pertinentes [...] ²¹⁷.

106. Ainsi, à y regarder de plus près, la jurisprudence des organes juridictionnels de l'OMC établit une distinction entre une définition étroite qui pose les conditions dans lesquelles la «pratique ultérieure» est pleinement pertinente au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne de 1969 et un concept plus général de pratique ultérieure qui ne présuppose pas un accord entre toutes les parties au traité²¹⁸. Cette pratique ultérieure au sens large peut alors être prise en considération en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne.

c) *Conclusions*

107. La jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, y compris l'Organe de règlement des différends de l'OMC, admet que peuvent être prises en considération aux fins de l'interprétation non seulement 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» mais aussi, éventuellement, d'autres éléments de la pratique ultérieure qui ne reflètent pas un accord de toutes les parties à l'égard de l'interprétation du traité. Le concept de «pratique ultérieure» devrait par conséquent être défini au sens large. Une définition étroite, telle que celle qu'a retenue l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*²¹⁹, peut être utile aux fins d'établir s'il existe une interprétation du traité authentique et recevant l'accord de toutes les parties au sens du paragraphe 3 b de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. Il convient de ne pas exclure d'emblée la possibilité de prendre en considération, aux fins

²¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R et WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998, par. 90 ; voir également Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, p. 342.

²¹⁸ Voir également OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384/AB/R et WT/DS386/AB/R, 29 juin 2012, par. 452.

²¹⁹ Voir *supra* le paragraphe 92 et la note 31 ; l'Organe d'appel a tiré cette définition d'une publication de Sinclair (*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 137), elle-même inspirée d'une formulation similaire en français faite par Yasseen («L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités» p. 48 et 49). Yasseen, un ancien membre de la Commission du droit international, s'était inspiré d'éléments tirés des travaux de la Commission, mais cette définition n'a jamais été adoptée par la Commission ou par la Cour internationale de Justice.

de l'interprétation, d'autres éléments de la pratique ultérieurement suivie par les États dans l'application du traité, étant donné qu'ils peuvent, dans certaines situations, constituer un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention. Cette prise en considération de la pratique ultérieure (au sens large) doit cependant toujours rester dans les limites imposées par la règle selon laquelle l'interprétation d'un traité ne saurait être potestative et « l'opinion d'un État ne constitue pas le droit international²²⁰ ». La distinction opérée entre la pratique ultérieure convenue, au sens étroit de l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention, et tous les autres éléments de la pratique ultérieure (au sens large) sert alors à indiquer qu'il convient d'attribuer à la première une plus grande valeur interprétative.

108. La distinction opérée entre la pratique ultérieure (convenue) au sens étroit de l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne de 1969 et la pratique ultérieure au sens large qui inclut tout cas particulier d'interprétation ou d'application du traité par une partie aide aussi à répondre à la question de savoir si la « pratique ultérieure » doit prendre la forme de mesures répétées de façon plus ou moins fréquente²²¹ ou si les mesures prises de façon ponctuelle en application du traité peuvent être suffisantes²²². Dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel a conclu qu'

[u]n 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 considération²²³.

109. Si toutefois la pratique ultérieure découle d'un éventuel accord entre les parties, alors, comme l'admettent les organes juridictionnels internationaux, la fréquence des mesures prises en application d'un traité n'est pas un élément nécessaire de la définition du concept de « pratique ultérieure »²²⁴.

110. Ainsi, la « pratique ultérieure » au sens large recouvre toute mesure prise en application du traité par une ou plusieurs parties. Elle peut prendre diverses formes²²⁵. Elle peut être constituée soit par l'application directe du traité considéré, soit par une déclaration concernant l'interprétation ou l'application de ce traité. Elle peut prendre la forme de déclarations officielles concernant le sens du traité, de protestations pour défaut d'exécution de ses dispositions, ou encore d'un consentement tacite face à des déclarations ou à des actes émanant d'autres parties²²⁶.

²²⁰ CIRDI, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 385; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/01/3, sentence, 22 mai 2007, par. 337; OMC, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Mesures affectant le commerce des avions civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353/R, 22 octobre 2010, par. 7.953, note de bas de page 2420.

²²¹ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 431.

²²² Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, p. 166.

²²³ OMC, *Japon – Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 31), sect. E.

²²⁴ Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, p. 506 et suiv.

²²⁵ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 239.

²²⁶ Wolfram, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 114.

2. CARACTÈRE RELATIONNEL

111. De même qu'aux termes de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969, l'accord ultérieur doit concerner l'interprétation ou l'application du traité, la pratique ultérieure est celle qui doit être « suivie dans l'application du traité ». Cela vaut non seulement pour la pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord, au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne, mais aussi pour la pratique ultérieure dans un sens général. Il faut donc que la pratique ultérieure ait donné lieu à une action en application du traité, y compris à l'invocation de ses dispositions, ou qu'un silence éloquent ait été observé à cet égard²²⁷; il en va de même des déclarations concernant le traité faites à l'occasion d'un différend juridique ou à une conférence diplomatique, des communications officielles motivées par le traité, ou encore de l'adoption d'une législation interne ou de la conclusion de nouveaux accords internationaux aux fins de l'application du traité.

112. Il convient cependant de mentionner qu'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 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, selon lequel « [u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justification de 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 fins²²⁸.

113. Si la règle posée à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 est assurément valide et importante, il ne s'ensuit pas que le droit interne ne peut être pris en compte en tant que guide possible pour l'interprétation s'il est une manifestation de la pratique ultérieurement suivie par l'État dans l'application du traité. D'autres organes juridictionnels internationaux, en particulier ceux de l'OMC et la Cour européenne des droits de l'homme, l'ont reconnu, et ont régulièrement opéré une distinction entre, d'une part, les dispositions législatives nationales (et autres mesures d'application prises au niveau national) qui sont contraires aux obligations découlant du traité et, d'autre part, les textes et les mesures adoptés au niveau national qui peuvent servir de moyens d'interprétation du traité²²⁹.

²²⁷ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 241 et 242, paragraphe 15 du commentaire relatif au projet d'article 27; *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* [voir *supra* la note 139], p. 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.V.2), deuxième partie, p. 53, aux pages 185 à 187, par. 168 et 169; le rôle du silence sera examiné de façon plus détaillée dans le prochain rapport sur le sujet.

²²⁸ ALENA, rapport final du Groupe spécial arbitral institué conformément à l'article 2008, *Dans l'affaire des services transfrontières de camionnage*, dossier du secrétariat n° USA-MEX-98-2008-01, 6 février 2001, par. 224.

²²⁹ Voir, par exemple, OMC, *États-Unis – Article 110 5*, de la loi sur le droit d'auteur (note 213 *supra*), par. 6.55; OMC, rapport du

114. Il convient en revanche de distinguer la pratique ultérieure considérée aux fins de l'interprétation du traité des autres faits ultérieurs, moins immédiats, qui peuvent éventuellement influencer sur cette interprétation. Il en est ainsi parce que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties « au sujet de l'interprétation du traité » contribuent, ou du moins peuvent contribuer, à un élément « authentique » d'interprétation du traité. S'il se peut qu'en fin de compte on ne parvienne pas à faire clairement la différence entre la pratique ultérieure des parties qui se rapporte spécifiquement à un traité et la pratique qui, d'une manière ou d'une autre, est effectivement en rapport avec ce traité, il paraît néanmoins logique d'établir une distinction entre ces deux catégories. Seul un comportement qu'adoptent les parties « au sujet de l'interprétation du traité » devrait pouvoir être traité comme une contribution « authentique » à l'interprétation.

115. Il n'est pas non plus toujours facile de distinguer les accords ou la pratique ultérieurs des « règle[s] pertinente[s] [ultérieures] de droit international applicable[s] dans les relations entre les parties » (art. 31, par. 3 c). Il apparaît que le principal critère à cet égard est de savoir si un accord est intervenu « au sujet de l'interprétation du traité ».

3. SENS DE L'ADJECTIF « ULTÉRIEUR »

116. Comme c'est le cas des accords ultérieurs, la pratique pertinente aux fins de l'interprétation est « ultérieure » si elle a été suivie « après la conclusion du traité²³⁰ », c'est-à-dire après que le texte du traité a été établi de façon formelle²³¹.

4. ACTEURS

117. Une question importante a trait aux acteurs qui peuvent exercer la pratique ultérieure considérée. L'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne de 1969 n'indique pas explicitement qu'il doit s'agir de la pratique des parties au traité elles-mêmes, mais semble l'impliquer. Il est certain que ce sont les parties elles-mêmes, agissant par la voie de leurs organes²³², qui ont

compétence pour exercer une pratique interprétative du traité et pour appliquer le traité ou le commenter. Il ne faut cependant pas exclure que des personnes privées (physiques ou morales) puissent « appliquer » un traité dans certains cas. Une telle pratique non étatique doit néanmoins pouvoir être attribuée à un État partie en particulier pour être pertinente aux fins d'établir un élément d'interprétation authentique²³³. Ce point est examiné ci-dessous au chapitre V (projet de conclusion 4).

C. Conclusion : projet de conclusion 3

118. Prises ensemble, les sources et développements qui précèdent conduisent à proposer le projet de conclusion suivant²³⁴ :

« Conclusion 3. Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation d'un traité

« Aux fins de l'interprétation des traités, on entend par “accord ultérieur” tout accord exprès entre les parties à un traité qui se rapporte à l'interprétation ou à l'application des dispositions de celui-ci.

« Aux fins de l'interprétation des traités, on entend par “pratique ultérieure” tout comportement, ou prise de position, d'une ou de plusieurs parties à un traité qui se rapporte à l'interprétation ou à l'application de celui-ci.

« 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 est un moyen d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne. D'après l'article 32 de la Convention, d'autres formes de pratique ultérieure peuvent servir de moyens complémentaires d'interprétation dans certaines circonstances. »

²³³ Voir *infra* les paragraphes 119 à 144.

²³⁴ Voir conclusions préliminaires 5 et 8 du Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps [Annuaire... 2011, vol. II (2^e partie), p. 175 et 176, par. 344], en particulier la conclusion préliminaire 5 (p. 175) :

« 5) Le concept de pratique ultérieure comme moyen d'interprétation

« La plupart des organes juridictionnels et quasi juridictionnels examinés n'ont pas défini le concept de pratique ultérieure. La définition donnée par l'organe d'appel de l'OMC (“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 des traités”) conjugue l'élément de “pratique” (“une suite d'actes ou de déclarations”) et l'exigence d'un accord (“concordants, communs”) comme il est prévu à l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne de 1969 (pratique ultérieure au sens étroit). D'autres organes examinés ont cependant également employé le concept de “pratique” comme moyen d'interprétation sans viser ni exiger un accord perceptible entre les parties (pratique ultérieure au sens large). »

Groupe spécial, *États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/R, 1^{er} octobre 2008, par. 7.217; OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Droits anti-dumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, 11 mars 2011, par. 335 et 336; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* (note 195 *supra*), par. 47; *V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, par. 73, CEDH 1999-IX; *Kart c. Turquie* [GC], n° 8917/05, par. 54, CEDH 2009 (extraits); *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande* 30 juin 1993, par. 35, série A n° 264; *A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, par. 80, CEDH 2002-X.

²³⁰ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 241, paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 27.

²³¹ Voir *supra* les paragraphes 84 à 87.

²³² Wolfram, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 115 et suiv.

CHAPITRE V

Attribution à l'État d'une pratique suivie dans l'application d'un traité

119. L'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969 parlant de « tout accord ultérieur intervenu entre les parties », tandis que l'article 31, paragraphe 3 b,

ne mentionne que la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité », il faut se demander dans un premier temps quelles conditions doivent être remplies pour

qu'une pratique « suivie dans l'application du traité » puisse être attribuée à un État et donc qualifiée de pratique interprétative de l'État. Dans le même ordre d'idées, nous examinerons si l'évolution de la société et la pratique d'autres acteurs que les États peuvent aussi entrer en ligne de compte dans l'interprétation d'un traité et, plus particulièrement, si on peut considérer qu'ils manifestent l'accord des parties concernant l'interprétation du traité.

A. Portée de la pratique pertinente des États

120. L'attribution de la qualité de « pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité » à un certain comportement dépend notamment du jeu des règles d'attribution applicables. Les projets d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission contiennent des règles sur l'attribution d'un comportement à un État²³⁵. Mais l'attribution d'une pratique à un État en vue d'établir sa responsabilité et l'attribution d'une pratique à un État aux fins de l'interprétation d'un traité sont deux choses distinctes. L'éventail des faits illicites susceptibles d'être attribués à un État dépasse nécessairement, et de loin, celui des actes accomplis dans l'application d'un traité. On imagine ainsi difficilement que le « comportement d'un organe de l'État » qui « outrepassa sa compétence » (projet d'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite) ou que le « comportement d'un mouvement insurrectionnel » (projet d'article 10 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite) puissent être qualifiés de pratique ultérieure pertinente.

121. Aux fins de l'interprétation des traités, sujet de cette étude, les règles d'attribution applicables seront donc fonction des spécificités de l'interprétation et de l'application des traités par leurs parties. Cela signifie que seul le comportement des organes de l'État partie qui sont considérés, aux yeux de la communauté internationale, comme responsables de l'application de tout ou partie du traité, ou les comportements réputés approuvés par eux, pourront être attribués à un État. La pratique ultérieure des États peut sans aucun doute être le fait d'un haut responsable gouvernemental au sens de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969. Toutefois, dans la mesure où l'application des traités incombe rarement à ce type de personnalité, les cours et tribunaux internationaux ont admis que le comportement d'autorités subalternes, voire d'autres acteurs, puisse être qualifié de pratique ultérieure pertinente aux fins de l'interprétation d'un traité. Ainsi, dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour internationale de Justice a estimé qu'il ne fallait pas avoir une lecture littérale de l'article 95 de l'Acte d'Algésiras et que celui-ci devait s'interpréter à la lumière de la pratique des autorités douanières locales²³⁶. Dans l'*affaire Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, la Cour a même estimé que la présence continue de membres de la tribu des Masubia sur une île située à la frontière entre la Namibie (ancien Sud-Ouest africain) et le Botswana (ancien Bechuanaland) pouvait être considérée comme une pratique ultérieure au

sens de l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne de 1969, pour autant qu'elle

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 été pleinement connu et accepté par les autorités du Bechuanaland comme confirmant la frontière fixée par le traité²³⁷.

122. L'*Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)* montre que dans certaines situations le comportement de fonctionnaires subalternes et la pratique locale ne peuvent être attribués à l'État. Soucieuse de défendre sa frontière, la Thaïlande a soutenu que certaines cartes fournies par la France s'écartaient manifestement du tracé initialement convenu et qu'elles n'avaient été vues que par des fonctionnaires siamois de rang inférieur qui n'avaient pas compétence pour accepter le tracé au nom du gouvernement du pays. La Cour a estimé que

[s]i les autorités siamoises n'ont montré les cartes qu'à des fonctionnaires subalternes, elles ont nettement agi à leurs propres risques et cela ne saurait appuyer les prétentions de la Thaïlande sur le plan international²³⁸.

La Cour laisse ainsi entendre que si les autorités supérieures n'avaient rien su de l'existence de la carte, le comportement des fonctionnaires subalternes n'aurait pu être attribué à la Thaïlande.

123. La jurisprudence des tribunaux arbitraux confirme que la pratique ultérieure pertinente puisse être le fait d'un fonctionnaire subalterne si la communauté internationale s'attend à ce qu'il soit chargé de l'application du traité. Dans l'*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*, le tribunal a qualifié de pratique ultérieure pertinente une lettre que la Banque d'Angleterre avait adressée à l'Administration fédérale allemande d'administration de la dette²³⁹. De même, dans l'*affaire Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, le tribunal arbitral a, après avoir admis que la pratique de l'administration fiscale française consistant à ne pas imposer les pensions des retraités de l'UNESCO puisse, en principe, constituer la pratique ultérieure pertinente, estimé qu'il lui fallait en définitive se fonder sur les déclarations officielles d'autorités susceptibles d'exprimer la position de l'État français²⁴⁰.

²³⁷ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)* [voir supra la note 121], p. 1094, par. 74.

²³⁸ *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)* [voir supra la note 139], p. 25.

²³⁹ *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), partie III, p. 67, à la page 103, par. 31.

²⁴⁰ *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, décision du

²³⁵ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

²³⁶ *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (voir supra la note 106), p. 211.

124. Il s'ensuit que la pratique des autorités subalternes ou locales dans l'application d'un traité peut être considérée comme la pratique ultérieure pertinente aux fins de l'interprétation dudit traité lorsque l'on peut s'attendre à ce que les autorités supérieures aient connaissance de cette pratique et l'aient acceptée comme élément de l'interprétation ou de l'application des traités²⁴¹.

B. Attribution à l'État du comportement ultérieur qui est le fait d'acteurs privés ou d'une évolution de la société

125. La «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité» est normalement le fait de ceux qui, d'après ledit traité, sont chargés d'assurer cette application, à savoir les États parties eux-mêmes. Mais il n'est pas exclu que l'«accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation» du traité puisse indirectement se déduire de la pratique d'autres acteurs. Pour l'heure, les juridictions n'ont toutefois admis qu'à de très rares occasions que la pratique d'autres acteurs puisse être attribuée à un État partie aux fins de l'interprétation d'un traité.

126. Le Tribunal des différends irano-américains, qui est amené à statuer sur des questions impliquant une coopération étroite entre des organismes publics et des entités privées, a été confronté à la question de savoir s'il pouvait attribuer certains comportements d'entités privées à l'un ou l'autre État afin d'établir la pratique ultérieure pertinente :

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 l'accord des parties en ce qui concerne l'interprétation de ce traité. Si l'un des participants aux négociations de règlement, 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 sa qualité d'autre partie aux Déclarations d'Alger²⁴².

127. Cette manière de voir a été critiquée par le juge Ansari, qui, dans son opinion dissidente, a estimé que la majorité aurait dû tenir compte du rôle des organes de supervision de l'État, déclarant que

14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.O5.V.5), partie IV, p. 231, à la page 257, par. 66, et à la page 259, par. 74.

²⁴¹ Voir également Kamto, «La volonté de l'État en droit international», p. 141 à 144.

²⁴² Tribunal des différends irano-américains, *The United States of America (and others) v. The Islamic Republic of Iran (and others)*, sentence n° 108-A-16/582/591-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), p. 71 ; de même, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, sentence interlocutoire n° ITL 37-111-FT (1984), *ibid.*, vol. 5 (1984), p. 348, notamment à la page 353, où il déclare en substance que la disposition de la Convention de Vienne sur les accords ultérieurs vise les accords entre États parties à un traité et qu'un accord de règlement entre deux parties à un arbitrage ne peut pas être mis sur un pied d'égalité avec un accord entre deux États qui sont parties à un traité, même si la République islamique d'Iran était l'une des parties à l'arbitrage dans cette affaire.

l'Iran avait argué du fait qu'il fallait, aux fins de l'interprétation des «engagements», tenir dûment compte de la pratique ultérieure des parties durant leurs négociations sur le règlement et avait, pour étayer son argument, remis au tribunal des accords de règlement conclus en application desdits «engagements» et au titre desquels des banques américaines lui avaient directement versé des fonds. Or, ces accords, par leurs termes mêmes, n'auraient pu être appliqués sans l'approbation du Trésor américain et de la Réserve fédérale de New York en leur qualité d'agents financiers des États-Unis et cette pratique ultérieure des parties était déterminante et fournissait des éléments supplémentaires à l'appui de l'argument de l'Iran²⁴³.

128. Cette opinion dissidente soulève un point important, mais il ne semble pas, en l'occurrence, que l'argument selon lequel l'État était impliqué en raison de son rôle de «supervision» ait permis de démontrer que telle était bien l'interprétation de l'État concerné et donc de lui attribuer la conduite des entités privées aux fins de l'interprétation du traité.

129. La Cour européenne des droits de l'homme semble être la seule instance judiciaire internationale²⁴⁴ à avoir considéré qu'une «acceptation sociale accrue²⁴⁵» (de certains comportements ou certaines caractéristiques physiques) et «l'évolution de la société²⁴⁶» puissent entrer en ligne de compte dans l'interprétation d'un traité, sans toutefois clairement faire le lien entre cette évolution et des décisions particulières des organes de l'État. Les deux affaires les plus importantes²⁴⁷ à cet égard sont *Dudgeon c. Royaume-Uni*²⁴⁸ et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*²⁴⁹.

130. L'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* concernait l'existence de lois ayant pour effet d'ériger en infractions certains actes homosexuels entre hommes adultes et consentants. La Cour a estimé, à propos des lois de l'Irlande du Nord de l'époque, qu'on comprenait «mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption de ces lois et l'on témoigne donc de plus de tolérance envers lui²⁵⁰». Pour ce faire, elle s'est fondée sur le fait que

dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale ; la législation interne y a subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne peut négliger²⁵¹.

²⁴³ Opinion dissidente de Parviz Ansari dans *The United States of America (and others) v. the Islamic Republic of Iran (and others)*, sentence n° 108-A-16/582/591-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9 (1985), p. 97, notamment à la page 99.

²⁴⁴ Voir toutefois, OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine*, WT/DS384/AB/R et WT/DS386/AB/R, 29 juin 2012, par. 448.

²⁴⁵ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, par. 85, CEDH 2002-VI.

²⁴⁶ *Ibid.*, par. 100.

²⁴⁷ Voir également CEDH, *I. c. Royaume-Uni* [GC], n° 25680/94, par. 65, 11 juillet 2002 ; CEDH, *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, n° 13378/05, par. 57, 12 décembre 2006 ; CEDH, *Shackell v. the United Kingdom*, n° 45851/99, décision sur la recevabilité, 27 avril 2000, par. 1 ; *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, par. 58, CEDH 2010, citant *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 245), par. 100.

²⁴⁸ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45.

²⁴⁹ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 245).

²⁵⁰ *Dudgeon c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 248), par. 60.

²⁵¹ *Ibid.*

131. L'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* portait sur le droit des transsexuels à se marier avec quelqu'un de leur sexe de naissance. Dans cette affaire, la Cour a déclaré qu'elle devait «tenir compte de l'évolution de la situation dans l'État défendeur et dans les États contractants en général²⁵²» et elle a observé que

l'État défendeur n'avait adopté aucune mesure [pour examiner de manière permanente la nécessité de mesures juridiques appropriées], malgré une meilleure acceptation sociale du transsexualisme et une reconnaissance croissante des problèmes auxquels ont à faire face les transsexuels²⁵³.

132. Une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme révèle toutefois que, lorsque celle-ci a invoqué l'«évolution de la société» ou l'«acceptation sociale» dans le contexte de l'interprétation conventionnelle, elle l'a toujours fait en se fondant sur la pratique des États. Dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, elle a ainsi déclaré que l'on «témoigne donc de plus de tolérance envers [le comportement homosexuel]», expliquant que «dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale» et que «la législation interne y a subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne peut négliger»²⁵⁴, et faisant remarquer que, en «Irlande du Nord même, les autorités ont évité ces dernières années d'engager des poursuites du chef d'actes homosexuels»²⁵⁵. De même, dans *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour s'est dite attachée à «l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés²⁵⁶».

133. La Cour invoque rarement l'«acceptation sociale» et elle l'a uniquement fait dans des affaires relatives à des groupes marginalisés dont la situation n'avait pas été pleinement prise en compte dans l'ordre politique et juridique de l'État concerné²⁵⁷. En revanche, elle ne se fonde pas sur des évolutions de la société si celles-ci sont contestées sur le plan politique. Dans l'affaire *Johnston et autres c. Irlande*, qui portait sur la question de savoir si le droit au mariage impliquait le droit de divorcer pour pouvoir se remarier, elle a ainsi estimé que les «requérants insistent beaucoup sur l'évolution sociale postérieure à la rédaction de la Convention [européenne des droits de l'homme] et notamment sur l'augmentation, sensible selon eux, du nombre des ruptures des liens conjugaux²⁵⁸». Tout en reconnaissant que la «Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui», elle a refusé

d'examiner plus avant cette «évolution sociale» et conclu qu'elle «ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ»²⁵⁹. Dans le même sens, elle a déclaré dans *Schalk et Kopf c. Autriche* que,

[b]ien que, comme elle l'a noté dans l'arrêt *Christine Goodwin*, l'institution du mariage ait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, elle observe qu'il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel. A l'heure actuelle, seuls six États contractants sur quarante-sept autorisent le mariage entre partenaires de même sexe²⁶⁰.

134. La Cour européenne des droits de l'homme cherche généralement à déterminer si, de façon explicite ou implicite, cette évolution sociale se retrouve dans la pratique des États, et se fonde à ce titre sur la pratique des organes législatifs ou administratifs, qui est, d'après elle, l'indicateur le plus pertinent²⁶¹. C'est ainsi qu'elle a procédé, par exemple, dans des affaires relatives au statut d'enfants naturels²⁶² ou au droit revendiqué par des communautés tsiganes de se voir attribuer un lieu de résidence temporaire par les municipalités afin qu'elles puissent poursuivre leur mode de vie nomade²⁶³. Il lui est arrivé, à titre exceptionnel, de conclure qu'en raison d'une inertie administrative ou législative la législation de l'État défendeur violait la Convention européenne des droits de l'homme et n'exprimait plus la position des organes compétents de l'État²⁶⁴. On peut donc en conclure qu'une simple pratique sociale (ultérieure) ne suffit pas en soi à constituer une pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité et qu'elle doit, pour ce faire, être étayée par une pratique de l'État, sous une forme ou sous une autre.

C. La pratique des autres acteurs en tant que preuve de la pratique des États

135. La pratique ultérieure des parties à un traité peut être reflétée ou trouver son origine dans les déclarations ou le comportement d'autres acteurs, comme les organisations internationales ou les acteurs non étatiques. Cette action des organisations internationales ou non gouvernementales qui est à l'origine de la pratique ultérieure des parties ne devrait cependant être confondue avec la pratique que suivent les parties au traité elles-mêmes. Les activités de ces autres organes peuvent cependant apporter des preuves d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure des parties en question.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, par. 58, CEDH 2010.

²⁶¹ Voir également Letsas, «Strasbourg's interpretative ethic: lessons for the international lawyer», p. 530.

²⁶² *Mazurek c. France*, n° 34406/97, par. 52, CEDH 2000-II («La Cour note d'emblée que l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou encore juridique»); voir également *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, par. 41, série A n° 31; *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, par. 44, série A n° 126; *Brauer c. Allemagne*, n° 3545/04, par. 40, 28 mai 2009.

²⁶³ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, par. 70 et 93, CEDH 2001-I; voir également *Lee c. Royaume-Uni* [GC], n° 25289/94, par. 95 et 96, 18 janvier 2001; *Beard c. Royaume-Uni* [GC], n° 24882/94, par. 104 et 105, 18 janvier 2001; *Coster c. Royaume-Uni* [GC], n° 24876/94, par. 107 et 108, 18 janvier 2001; et *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], n° 25154/94, par. 100 et 101, 18 janvier 2001.

²⁶⁴ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (voir supra la note 245), par. 92.

²⁵² *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (voir supra la note 245), par. 74.

²⁵³ Ibid., par. 92.

²⁵⁴ *Dudgeon c. Royaume-Uni* (voir supra la note 248), par. 60.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (voir supra la note 245), par. 85; voir aussi ibid., par. 90.

²⁵⁷ Voir Brauch, «The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: threat to the rule of law», p. 145.

²⁵⁸ *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, par. 53, série A n° 112.

1. ORGANISATIONS INTERNATIONALES

136. Les décisions, résolutions et autres éléments de la pratique des organisations internationales peuvent, par eux-mêmes, être pertinents aux fins de l'interprétation des traités. Ce rôle est reconnu, par exemple, à l'article 2, paragraphe 1 j de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986), qui mentionne la « pratique bien établie de l'organisation » parmi les différentes formes de « règles de l'organisation ». Cet aspect de la pratique ultérieure à un traité fera l'objet d'un rapport futur. L'objet du présent rapport se limite à la question de savoir si la pratique des organisations internationales peut apporter des indications, ou des preuves, au sujet de la pratique pertinente suivie par les États dans l'application des traités.

137. En ce sens, la collecte de renseignements et les rapports établis par les organisations internationales sur la pratique ultérieure des États peuvent, à divers degrés, constituer des éléments probants. Les rapports qu'établissent les organisations internationales au niveau universel sur la base d'un mandat spécifique consistant à rendre compte de la pratique des États dans un domaine particulier ont un poids considérable, sans nécessairement faire autorité dans tous les cas. Par exemple, les agents de l'État qui sont chargés d'interpréter et d'appliquer la Convention relative au statut des réfugiés ont recours au *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 (HCR), qui leur sert d'ouvrage de référence en ce qui concerne la pratique des États²⁶⁵. Bien que le Guide du HCR fasse parfois l'objet de vagues mentions portant à croire qu'il est lui-même l'expression de la pratique des États, cette idée a été rejetée à juste titre par la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Semunigus v. the Minister for Immigration and Multicultural Affairs*²⁶⁶. Un autre exemple est donné par les travaux du Comité du Conseil de sécurité, créé par la résolution 1540 (2004)²⁶⁷, qui se sont révélés être pertinents aux fins de l'interprétation 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. Dans le cadre de ses travaux sur la mise en œuvre de la résolution 1540 (2004)

²⁶⁵ Voir Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *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*, janvier 1992 – réédité, paragraphe VII de la préface ; voir également Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 239.

²⁶⁶ Federal Court of Australia, *Semunigus v. the Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (14 avril 1999), par. 5 à 13 ; cela n'exclut pas le fait que le Guide a un poids considérable en ce qu'il expose correctement la pratique ultérieure des États. Son autorité découle non seulement de la qualité du travail de collecte qu'il représente, mais aussi de l'article 35, paragraphe 1, de la Convention relative au statut des réfugiés, qui dispose que « [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 ».

²⁶⁷ Résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité, en date du 28 avril 2004, par. 8 c.

du Conseil de sécurité, le Comité dresse un inventaire systématique, dit « tableau 1540 », des mesures d'application prises par les États Membres²⁶⁸. Dans la mesure où le tableau rend compte de l'application 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, ainsi que de celle 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, il est une source d'éléments de preuve sur la pratique ultérieurement suivie par les États en ce qui concerne lesdites conventions²⁶⁹.

2. ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES

138. Les organisations non gouvernementales peuvent jouer un rôle important dans la collecte d'éléments concernant la pratique ultérieure, notamment en assurant la surveillance de la pratique suivie dans l'application d'un traité donné.

139. Tel est le cas, par exemple, du Landmine and Cluster Munition Monitor, qui est une initiative conjointe de la Campagne internationale pour interdire les mines et de la Coalition internationale contre les sous-munitions. Le Monitor se présente comme le « régime de surveillance de fait²⁷⁰ » pour la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction et pour la Convention sur les armes à sous-munitions. Outre qu'il établit des fiches de pays concernant les États parties, les signataires, les États non parties et les « autres »²⁷¹, le *Cluster Munition Monitor 2011* recense les différentes questions d'interprétation concernant la Convention sur les armes à sous-munitions et dresse la liste des déclarations et des éléments de pratique pertinents des États parties et des signataires. Ces questions concernent l'interdiction de l'assistance et l'interopérabilité, le stockage à l'étranger et le transit, et le désinvestissement²⁷².

140. L'exemple du Landmine and Cluster Munition Monitor montre que les organisations non gouvernementales peuvent être une source d'indications au sujet de la pratique ultérieure des États parties et même être à l'origine de cette pratique. En fait, en demandant aux États de communiquer leurs vues sur certaines questions, elles peuvent accroître considérablement les quantités de données relatives à la pratique disponibles aux fins de l'interprétation. Cet exemple démontre aussi que les organisations non gouvernementales peuvent tenter d'influer sur la pratique ultérieure en donnant leur interprétation des dispositions contestées. Bien évidemment,

²⁶⁸ Il est indiqué, sur la page Web du Comité créé par la résolution 1540, que « le tableau 1540 s'est imposé comme le principal outil de classement des informations utilisé par le Comité pour ce qui est de l'application de la résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité par les États Membres de l'Organisation des Nations Unies. [...] Le Comité utilise ces tableaux comme outil de référence destiné à [...] poursuivre son dialogue avec les États au sujet de l'application de la résolution 1540 (2004) » (www.un.org/fr/sc/1540/national-implementation/1540-matrices.shtml).

²⁶⁹ Voir Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 239.

²⁷⁰ Voir le site www.the-monitor.org.

²⁷¹ *Cluster Munition Monitor 2011*, p. 59 à 344.

²⁷² *Ibid.*, p. 24 à 31 ; les mêmes questions d'interprétation étaient déjà examinées dans les rapports 2009 et 2010.

ces organisations peuvent poursuivre leurs propres buts qui peuvent être différents de ceux des États. Cela peut imprimer un certain parti pris à leurs travaux, qu'il faut donc examiner avec circonspection. Il n'en reste pas moins que les éléments concernant la pratique des États recueillis par les organisations non gouvernementales sont souvent une source précieuse de données concernant la pratique ultérieurement suivie par toutes les parties et que cela augmente la transparence, ce qui tend par conséquent à améliorer le respect des traités en question.

3. RÔLE PARTICULIER DU COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE

141. Le rôle qu'assume le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) à l'égard des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) et de leurs protocoles additionnels constitue un cas particulier. Le CICR, qui est une association privée de droit suisse à but non lucratif²⁷³, a été un catalyseur du développement des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme depuis la Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne²⁷⁴. Le CICR a une personnalité juridique en droit international en tant qu'entité responsable d'exécuter le mandat que lui a confié la communauté internationale par la voie des Conventions de Genève de 1949 et tel qu'il est défini dans les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge²⁷⁵. En outre, le CICR donne à l'occasion des conseils sur l'interprétation des Conventions de Genève de 1949 et des protocoles additionnels, cette tâche découlant des Statuts du Mouvement, adoptés par la vingt-cinquième Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et en 2006²⁷⁶. L'article 5, paragraphe 2 g, des Statuts prévoit ce qui suit :

Selon ses Statuts, le Comité international a notamment pour rôle :

[...]

g) 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.

142. En 2009, le CICR a publié, dans le cadre de son mandat²⁷⁷, un « guide interprétatif » sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire²⁷⁸. Ce guide est l'aboutissement

²⁷³ Gasser, « International Committee of the Red Cross (ICRC) », par. 20.

²⁷⁴ Ibid., par. 14.

²⁷⁵ Ibid., par. 25.

²⁷⁶ Comité international de la Croix-Rouge et Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, 14^e édition, Genève, 2011.

²⁷⁷ « [L]e CICR assume la responsabilité de donner des conseils en matière d'interprétation en tant qu'organisation humanitaire neutre et indépendante chargée par la communauté internationale des États de promouvoir le droit international humanitaire et de travailler à sa compréhension », citant l'article 5, paragraphe 2 c et g des Statuts du Mouvement.

²⁷⁸ CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, 2010.

d'un processus de consultations menées de 2003 à 2008 auprès d'experts issus des milieux universitaire, militaire, gouvernemental et non gouvernemental, qui y ont tous participé à titre privé, en fondant toutefois délibérément leur analyse sur la pratique conventionnelle et coutumière des États. Le guide interprétatif, constitué de 10 recommandations assorties d'un commentaire, reflète « la position officielle du CICR quant à la manière dont le [droit international humanitaire] existant devrait être interprété²⁷⁹ ». S'il est trop tôt pour se livrer à une évaluation générale de l'importance du guide, il sera intéressant de voir quelle sera son incidence sur la pratique ultérieure des États.

143. À cet égard, les États ont réaffirmé leur rôle dans le développement du droit international humanitaire. Si la trente et unième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, en 2011, rappelle que « l'un des rôles importants du CICR [...] est notamment "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" », elle souligne également « le rôle premier des États dans le développement du droit international humanitaire »²⁸⁰. Il convient de noter que le CICR prétend interpréter le droit humanitaire international sans se limiter aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels²⁸¹. La distinction entre la pratique ultérieurement suivie par les États parties en application des traités et leur pratique ultérieurement suivie en application de la coutume générale risque donc d'être estompée.

D. Conclusion : projet de conclusion 4

144. Dans leur ensemble, les sources susmentionnées et les considérations qui précèdent incitent à proposer le projet de conclusion suivant²⁸² :

« Conclusion 4. Auteurs possibles et attribution de la pratique ultérieure »

« La pratique ultérieure peut être constituée par le comportement de tous les organes de l'État qui peut être attribué à l'État aux fins de l'interprétation des traités. »

« La pratique ultérieure d'acteurs non étatiques, y compris la pratique sociale, peut être prise en considération aux fins de l'interprétation des traités dans la mesure où elle est reflétée dans la pratique de l'État ou adoptée par celui-ci, ou encore si elle donne des indications à son sujet. »

²⁷⁹ Ibid., p. 11.

²⁸⁰ Résolution 1 – Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés.

²⁸¹ Voir CICR, *Guide interprétatif...* (voir *supra* la note 278), p. 11.

²⁸² Voir la conclusion préliminaire 9 du Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 176, par. 344 :

« 9) Auteurs possibles de la pratique ultérieure pertinente »

« La pratique ultérieure pertinente peut consister en des actes de tous les organes de l'État (exécutif, législatif et judiciaire) qui peuvent être attribués à l'État aux fins de l'interprétation des traités. Cette pratique peut même inclure dans certaines circonstances une "pratique sociale" dans la mesure où elle est reflétée dans la pratique étatique. »

CHAPITRE VI

Programme des travaux futurs

145. Le Rapporteur spécial se propose de présenter, à la session de 2014, son deuxième rapport, consacré à d'autres aspects du sujet, dont la plupart ont été abordés dans les trois rapports qu'il a établis à l'intention du Groupe d'étude sur les traités dans le temps²⁸³, et que celui-ci a, en partie, examiné en 2011 et 2012²⁸⁴. Il envisage

²⁸³ Voir *supra* les notes 4, 5 et 10.

²⁸⁴ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 173 et 174, par. 336 à 341 ; et *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 78 à 81, par. 225 à 240.

de présenter en 2015 son troisième rapport, dans lequel il examinera la pratique des organisations internationales et la jurisprudence des juridictions nationales²⁸⁵. En 2016, le Rapporteur spécial présentera son rapport final contenant des conclusions et des commentaires révisés à la lumière, notamment, des discussions de la Commission et des débats de la Sixième Commission.

²⁸⁵ Ainsi que le prévoyait le projet initial, voir *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 166 et suiv., par. 17, 18, 39 et 42.

APPLICATION PROVISOIRE DES TRAITÉS

[Point 7 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/664

Premier rapport sur l'application provisoire des traités, par M. Juan Manuel Gómez Robledo, Rapporteur spécial

[Original : anglais/espagnol]
[3 juin 2013]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	91
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	92
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-24 92
A. Objectif du présent rapport	1-2 92
B. Historique	3-6 93
C. Terminologie.....	7-24 93
<i>Chapitres</i>	
I. OBJECTIFS ET INTÉRÊT DE L'APPLICATION À TITRE PROVISOIRE	23-35 95
A. Situations d'urgence	27 95
B. Souplesse	28-30 95
C. Précaution	31-32 96
D. Transition vers l'entrée en vigueur imminente	33 96
E. Questions diverses	34-35 96
II. RÉGIME JURIDIQUE DE L'APPLICATION PROVISOIRE	36-52 97
A. Source des obligations	41-42 97
B. Formes de la déclaration d'intention	43-47 98
C. Cessation de l'application à titre provisoire	48-52 98
III. CONCLUSION ET PROGRAMME DES TRAVAUX FUTURS.....	53-55 99

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	<i>Sources</i>
Pacte d'entente balkanique entre la Grèce, la Roumanie, la Turquie et la Yougoslavie (Athènes, 9 février 1934)	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 153, n° 3514, p. 153.
Acte final de la Conférence internationale de la Santé, Arrangement conclu par les Gouvernements représentés à la Conférence (New York, 22 juillet 1946)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 9, n° 125, p. 3.
Accord relatif à l'application provisoire des projets de conventions douanières internationales sur le tourisme, sur les véhicules routiers commerciaux et sur le transport international des marchandises par la route (Genève, 16 juin 1949)	Ibid., vol. 45, n° 696, p. 149.
Convention relative à l'élaboration d'une pharmacopée européenne (Strasbourg, 22 juillet 1964)	Ibid., vol. 1286, n° 21200, p. 69.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.

Sources

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]	A/CONF.129/15.
Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique (Vienne, 26 septembre 1986)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1457, n° 24643, p. 133.
Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire (Vienne, 26 septembre 1986)	Ibid., vol. 1439, n° 24404, p. 275.
Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe et Protocole sur l'application provisoire de certaines dispositions du traité sur les forces armées conventionnelles en Europe (Paris, 19 novembre 1990)	Ibid., vol. 2442, n° 44001, p. 275.
Traité sur le régime « Ciel ouvert » (Helsinki, 24 mars 1992)	www.osce.org/library/14127.
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 (New York, 28 juillet 1994)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1836, n° 31364, p. 3.
Traité sur la Charte de l'énergie (Lisbonne, 17 décembre 1994)	Ibid., vol. 2080, n° 36116, p. 95.
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)	Ibid., vol. 2056, n° 35597, p. 211.
Traité sur le commerce des armes (New York, 2 avril 2013)	A/CONF.217/2013/L.3, annexe, et <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 49 (A/67/49 et Corr.1)</i> , vol. III, résolution 67/234 B.

Ouvrages cités dans le présent rapport

AUST, Anthony <i>Modern Treaty Law and Practice</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2000.	MATHY, Denise «Convention de Vienne de 1969: Article 25», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), <i>Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article</i> , vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1047.
BARTELS, Lorand «Withdrawing provisional application of treaties: has the EU made a mistake?», <i>Cambridge Journal of International and Comparative Law</i> , vol. 1, n° 1 (2012), p. 112.	QUAST MERTSCH, Anneliese <i>Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature</i> , Leyde/Boston, Brill, 2012.
DALTON, Robert E. «Provisional application of treaties», dans D. B. Hollis (dir. publ.), <i>The Oxford Guide to Treaties</i> , Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 220.	ROGOFF, Martin A. et Barbara E. GAUDITZ «The provisional application of international agreements», <i>Maine Law Review</i> , vol. 39 (1987), p. 29.
GESLIN, Albane <i>La mise en application provisoire des traités</i> , Paris, Pedone, 2005.	TREVES, Tullio «L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les conditions de son universalisme», <i>AFDI</i> , vol. 39 (1993), p. 850.
KRIEGER, Heike «Article 25», dans O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.), <i>Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary</i> , Heidelberg, Springer, 2012, p. 407.	VILLIGER, Mark E. <i>Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties</i> , Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2009.
LEFEBER, René «Treaties, provisional application», dans R. Wolfrum (dir. publ.), <i>The Max Planck Encyclopedia of Public International Law</i> , Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1.	

Introduction

A. Objectif du présent rapport

1. L'objectif de ce premier rapport sur l'application provisoire des traités est assez général: il s'agit de répertorier – en examinant les doctrines pertinentes et en passant en revue sommairement la pratique des États – les principaux points de droit liés à l'application à titre provisoire des traités. Le point de départ de l'analyse sera bien évidemment l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (Convention de Vienne de 1969).

2. Dans cette perspective, étant donné que son objectif est de recenser les thèmes qui feront l'objet d'études plus approfondies dans les prochains rapports et qui seront analysés par la Commission du droit international, le présent rapport se bornera à systématiser certains aspects généraux de la procédure d'application à titre provisoire des traités afin de déterminer, en premier lieu, les principales raisons qui rendent cette procédure intéressante eu égard aux besoins des États et à la dynamique des relations internationales.

B. Historique

3. La question de l'application provisoire des traités a été intégrée au programme de travail à long terme de la Commission du droit international à sa soixante-troisième session, en 2011¹. Au cours de cette session, M. Giorgio Gaja a présenté un document de travail concernant certains des problèmes juridiques posés par l'application provisoire des traités².

4. À sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission a décidé d'inscrire cette question à son ordre du jour et de nommer un rapporteur spécial. Dès sa nomination, le Rapporteur spécial a mené des consultations informelles avec les membres de la Commission afin d'entamer un dialogue sur les thèmes jugés pertinents pour l'examen de la question, puis a rendu compte oralement de la teneur des échanges. La Commission a ensuite décidé de demander au Secrétariat de rédiger un mémorandum sur le travail qu'elle a déjà accompli sur ce thème dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités et sur les travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969³. Le Rapporteur spécial remercie vivement le Secrétariat d'avoir élaboré ledit mémorandum⁴, qui détaille l'histoire législative de la disposition énoncée à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 et présente également une analyse fort utile de quelques problèmes de fond qu'il suscite. Il souligne en outre que le débat qui s'est tenu à la Sixième Commission à l'occasion de l'examen du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session a contribué au plus haut point à l'élaboration du présent rapport.

5. L'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 résulte d'un débat entamé à la Commission depuis les années 1950. L'histoire législative de cet article est particulièrement intéressante eu égard au thème dont il est question ici. Comme indiqué au paragraphe précédent, le Secrétariat a élaboré un mémorandum résumant aussi bien les antécédents historiques que les problèmes de fond examinés par la Commission durant le processus qui a conduit à la rédaction de l'article 25. Le Rapporteur spécial ne juge pas nécessaire de résumer dans le présent rapport l'étude menée par le Secrétariat et renvoie le lecteur au mémorandum pour l'analyse des antécédents du thème qui est traité ici.

6. De même, le Rapporteur spécial ne juge pas nécessaire, à ce stade de l'étude de la question, d'aborder le développement législatif de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986). Ce thème pourra toutefois être examiné ultérieurement.

C. Terminologie

7. L'analyse du concept d'application à titre provisoire des traités doit reposer sur la distinction entre « application à titre provisoire » et « entrée en vigueur à titre

provisoire », expressions qui ne sont pas synonymes et qui renvoient à des concepts juridiques bien distincts.

8. Le thème de l'entrée en vigueur à titre provisoire a été officiellement proposé par le Rapporteur spécial Sir Humphrey Waldock dans le cadre de l'examen des modalités et de la date d'entrée en vigueur des traités et des effets juridiques de l'entrée en vigueur⁵. Le Comité de rédaction de la Commission a cependant décidé de rassembler ces aspects en un article unique intitulé « Entrée en vigueur provisoire »⁶, qui a été adopté par la Commission en première lecture en tant que projet d'article 24⁷. Au cours de la discussion en seconde lecture du projet d'article, M. Paul Reuter a fait remarquer que l'expression « entrera en vigueur à titre provisoire » était fautive et a proposé de la remplacer par « ses règles seront appliquées à titre provisoire »⁸. La Commission a cependant décidé de conserver l'expression « entrée en vigueur provisoire » et a adopté en 1965 le projet d'article 24⁹, en apportant quelques modifications au texte précédent :

1. Un traité peut entrer en vigueur à titre provisoire :

a) [s]i le traité lui-même dispose qu'il entrera en vigueur à titre provisoire en attendant la ratification, l'adhésion, l'acceptation ou l'approbation par les États contractants ; ou

b) [s]i les États contractants en ont ainsi convenu d'une autre manière.

2. La même règle s'applique à l'entrée en vigueur à titre provisoire d'une partie d'un traité.

9. La Commission a adopté le projet d'article, renuméroté article 22, en seconde lecture¹⁰.

10. Parmi les réactions suscitées par le projet d'article, il est intéressant de mentionner la position d'États comme les Pays-Bas, pour qui cette procédure donnait seulement naissance à un accord non juridiquement contraignant entrant en vigueur à titre provisoire, ce qui permettrait aux États de le dénoncer en toute liberté¹¹ : voilà qui montre bien que les effets juridiques de l'entrée en vigueur provisoire des traités n'étaient pas parfaitement clairs, à tout le moins.

11. Pendant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités a cependant été débattue une proposition d'amendement présentée par la Yougoslavie et la Tchécoslovaquie, qui tendait à remplacer l'expression « entrée en vigueur provisoire » par « application provisoire »¹². L'idée selon laquelle il convenait d'établir une distinction entre l'une et l'autre notion a été soutenue par

⁵ *Annuaire...* 1962, vol. II, document A/CN.4/144, p. 78 à 81.

⁶ *Ibid.*, vol. I, 668^e séance, p. 285 et 286, par. 37 à 40.

⁷ *Ibid.*, vol. II, document A/5209, p. 176 et suiv., par. 23.

⁸ *Annuaire...* 1965, vol. I, 790^e séance, p. 117, par. 75.

⁹ *Ibid.*, vol. II, document A/6009, p. 172 et suiv., par. 29.

¹⁰ *Annuaire...* 1966, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 193, par. 38.

¹¹ *Ibid.*, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, annexe, p. 360.

¹² Voir les commentaires de la Suisse et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord dans les *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière (A/CONF.39/11, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7)*, 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 154 et 155, par. 46 à 50.

¹ *Annuaire...* 2011, vol. II (2^e partie), p. 180, par. 365.

² *Ibid.*, annexe III, p. 204.

³ *Annuaire...* 2012, vol. II (2^e partie), par. 143.

⁴ Document A/CN.4/658, reproduit dans le présent volume.

plusieurs délégations. L'Italie était favorable au changement d'expression en ce sens qu'il permettrait d'éviter des confusions entre la simple mise en application, qui relevait de la pratique, et l'entrée en vigueur provisoire, qui était une notion juridique formelle¹³.

12. La France et le Japon ont quant à eux fait part de leur préoccupation concernant la nature juridique indéterminée de l'entrée en vigueur à titre provisoire. Le Japon a en outre posé la question de savoir si la pratique constituait un fondement suffisant pour justifier la création d'une institution juridique distincte, tandis que la France a estimé qu'étant donné l'existence d'une pratique bien établie il fallait sauvegarder dans la Convention la possibilité pour les États de convenir qu'un traité donné pourra entrer en vigueur à titre provisoire¹⁴.

13. Israël a souligné que ce qui était en jeu était l'application du traité plutôt que son entrée en vigueur, et estimé qu'il fallait préciser que l'expression «à titre provisoire» se référait au temps et non aux effets juridiques¹⁵.

14. Par ailleurs, il est intéressant de noter que dans son document intitulé *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*¹⁶, publié en 1994, la Section des traités du Bureau des affaires juridiques a abordé de façon conjointe les questions relatives à l'application à titre provisoire et à l'entrée en vigueur à titre provisoire des traités, donnant l'impression que, pour le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, du moins à cette époque, ces deux concepts juridiques se confondaient.

15. Cependant, pour Aust, l'utilisation de ces deux expressions de façon indifférenciée est source de confusion et peut laisser croire, à tort, qu'un traité est effectivement en vigueur, et simplement soumis à certaines conditions¹⁷.

16. Il ne fait aucun doute que l'emploi indifférencié des deux expressions a effectivement donné lieu à des confusions quant à la portée et au contenu du concept d'application à titre provisoire des traités. Que l'on pense par exemple à l'incertitude résultant de situations dans lesquelles les autorités nationales chargées de la mise en œuvre d'un traité ne savent pas si l'application à titre provisoire a ou non des effets juridiques. La confusion peut même amener à s'interroger sur la nécessité de faire toutes les démarches nécessaires à la ratification d'un traité, dont l'application à titre provisoire a été décidée par les parties contractantes.

17. Dans tous les cas, l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 établit la norme minimale en la matière, aux termes de la disposition suivante :

Application à titre provisoire

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :

¹³ Ibid., p. 154, par. 43.

¹⁴ Ibid., par. 39 à 41 et 45.

¹⁵ Ibid., par. 44.

¹⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.15, document ST/LEG/7/Rev.1, par. 237 à 241.

¹⁷ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 139.

a) [s]i le traité lui-même en dispose ainsi ; ou

b) [s]i 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.

18. On a reproché à l'article 25 son manque de clarté¹⁸ et de précision juridique¹⁹. Cependant, on a aussi fait valoir que son contenu établit le cadre technique à partir duquel les États peuvent lancer l'application à titre provisoire d'un traité²⁰.

19. Bien que la disposition citée ci-dessus ait à l'occasion été décrite comme le fondement de «l'entrée en vigueur à titre provisoire» d'un traité, l'article 25 se réfère expressément à l'application à titre provisoire d'un traité et nullement à l'entrée en vigueur.

20. Le régime juridique dépendra autant de l'interprétation de l'État utilisant ce concept que des termes mêmes dans lesquels il est convenu de l'application à titre provisoire dans le traité ou dans un accord distinct, le cas échéant.

21. En effet, l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 ayant valeur supplétive, et en l'absence d'une réglementation uniforme dans ce domaine, la teneur et la portée de l'application à titre provisoire d'un traité dépendront en grande partie des termes mêmes dans lesquels ce concept aura été prévu dans le traité qui sera appliqué de façon provisoire. Dans certains cas, une clause unique établit le régime applicable²¹ ; dans d'autres cas, l'incorporation de ce concept est beaucoup plus complexe et détaillée et peut aller jusqu'à l'établissement d'une forme de régime spécial²². Il ressort de ces aspects divers problèmes liés à l'interprétation et à la portée de l'application provisoire des traités. Cependant, certains éléments communs se dégagent qui peuvent aider à recenser les effets juridiques potentiels de ce concept, sur lesquels nous reviendrons plus avant.

22. À titre d'illustration, et sans prétendre en rien établir une typologie exhaustive, l'on peut recenser un certain nombre de caractéristiques qui rendent compte de la diversité des situations rencontrées dans la pratique :

a) certains traités disposent qu'un acte d'acceptation explicite de l'application à titre provisoire du traité est requis, alors que d'autres n'en disent rien ;

¹⁸ Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, p. 111.

¹⁹ Rogoff et Gauditz, «The provisional application of international agreements», p. 41.

²⁰ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, p. 22.

²¹ Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, art. 18 ; Traité sur le commerce des armes, art. 23.

²² Traité sur la Charte de l'énergie, art. 45 ; 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.

b) il peut s'agir d'une déclaration d'intention unilatérale, mais aussi d'un accord conclu entre deux parties contractantes ou plus;

c) la déclaration d'acceptation de l'application à titre provisoire peut, dans certains cas, être signifiée dès le moment de la signature, mais dans d'autres l'être au moment du dépôt de l'instrument de ratification, d'adhésion ou d'acceptation;

d) dans d'autres cas, l'application à titre provisoire ne vaut que pour certaines dispositions du traité;

e) l'application provisoire prend parfois fin avec l'entrée en vigueur du traité lui-même, et dans d'autres cas avec l'entrée en vigueur du traité pour l'État qui a décidé de l'appliquer à titre provisoire;

f) il est également possible que la clause d'application à titre provisoire exige ou implique que l'État exprime d'une façon ou d'une autre son intention, à terme, de ratifier le traité.

23. Certains éléments communs se dégagent toutefois et peuvent aider à recenser les effets juridiques de l'application à titre provisoire des traités :

a) dans tous les cas, l'application provisoire d'un traité nécessite que l'État ait exprimé son intention sans ambiguïté;

b) en général, l'application à titre provisoire est conçue comme un mécanisme à vocation transitoire en attendant l'entrée en vigueur du traité, bien que rien n'empêche de penser qu'il puisse également servir à lier l'État, pour une durée indéterminée, après l'entrée en vigueur du traité, si tel est le souhait des parties.

24. Tout au long du présent rapport, il sera fait référence à quelques cas concrets qui illustrent les aspects soulevés au paragraphe précédent. Là encore, il ne s'agit pas d'être exhaustif mais de donner un aperçu du large éventail de possibilités qu'offre la pratique des États en la matière.

CHAPITRE I

Objectifs et intérêt de l'application à titre provisoire

25. L'objectif de l'application à titre provisoire est de donner un effet immédiat à tout ou partie des dispositions de fond d'un traité, sans attendre la réalisation et les effets des conditions formelles nécessaires à l'entrée en vigueur prévues par celui-ci²³. Plus précisément, il s'agit d'un mécanisme qui permet aux États de donner à un traité des effets juridiques en en appliquant les dispositions à des actes, des faits et des situations donnés, avant son entrée en vigueur²⁴. Ce concept a été défini comme l'application des termes d'un traité et l'adhésion avec effet contraignant à ces termes dans l'attente de l'entrée en vigueur dudit traité²⁵ et comme une procédure simplifiée permettant d'obtenir l'application d'un traité ou d'une partie d'un traité pour une durée limitée²⁶.

26. Dans les paragraphes suivants seront abordés quelques-uns des principaux motifs pouvant inciter les États à recourir à la procédure d'application à titre provisoire des traités.

A. Situations d'urgence

27. Pendant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, la Roumanie et le Venezuela ont souligné que cette procédure était nécessaire dans les situations d'urgence²⁷, circonstances qui se sont par exemple produites dans le cas de traités relatifs à la cessation des

hostilités²⁸. On pensera ici aux clauses énoncées dans le Pacte d'entente balkanique entre la Grèce, la Roumanie, la Turquie et la Yougoslavie, en 1934, ou du Traité de paix de Moscou conclu entre la Finlande et l'Union des Républiques socialistes soviétiques en 1940²⁹. Par ailleurs, les clauses d'application à titre provisoire des traités se sont révélées particulièrement pertinentes dans les situations de catastrophe naturelle. La Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire et la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique comportent des dispositions explicites concernant leur application provisoire. Ces conventions ont été conclues à la suite de l'accident survenu dans la centrale nucléaire de Tchernobyl en 1986. Une autre situation d'urgence a été évoquée durant les travaux de la Commission, à savoir celle des traités commerciaux ou douaniers³⁰.

B. Souplesse

28. À la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, plusieurs délégations ont considéré l'application provisoire comme une disposition qui reflétait la pratique toujours plus fréquente des États en la matière³¹. Les

²⁸ Krieger, « Article 25 », p. 408.

²⁹ Signé à Moscou, le 12 mars 1940, AJIL, vol. 34 (1940) [Supplément], p. 127.

³⁰ *Annuaire... 1959*, vol. I, 487^e séance, p. 38, par. 37.

³¹ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 12], 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, déclarations du Venezuela (p. 153, par. 29 et 31), d'Israël (p. 154, par. 44), de la France (par. 45), de la Suisse (par. 46) et du Royaume-Uni (p. 155, par. 48), et 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, déclarations du Cambodge (p. 156, par. 4) et de la Roumanie (par. 5); et *ibid.*, deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11/Add.1, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.6), 11^e séance plénière, 30 avril 1969, déclarations de la Grèce (p. 44, par. 73), de l'Italie (par. 83) et de la Pologne (p. 45, par. 87).

²³ Mathy, « Convention de Vienne de 1969 : Article 25 », p. 1048.

²⁴ Voir Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*, p. 22.

²⁵ Lefeber, « Treaties, provisional application », p. 1, par. 1.

²⁶ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 354.

²⁷ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 12], 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 156, par. 5, et 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 153, par. 29, respectivement.

délégations du Costa Rica et de l'Italie, notamment, ont souligné qu'elle serait un moyen de conférer une certaine souplesse au régime des traités³².

29. Cet élément de souplesse du régime des traités peut prendre différentes formes. Durant les travaux de la Commission du droit international, M. El-Erian a expliqué qu'il pouvait être utile, lorsque le traité portait sur une question urgente, que sa mise en œuvre immédiate revêtait une grande signification politique ou qu'il importait de ne pas attendre que soit achevée la longue procédure nécessaire pour se conformer aux règles constitutionnelles³³.

30. La souplesse conférée par l'application provisoire d'un traité peut aussi avoir des conséquences distinctes. En ce sens, Geslin suggère que l'on puisse recourir à l'application à titre provisoire pour modifier les dispositions d'un traité sans devoir recourir à la procédure d'amendement³⁴. Dalton propose au contraire que l'application provisoire prenne généralement effet après que les États signataires auront décidé d'appliquer les dispositions du traité, mais avant d'avoir pris les mesures nécessaires, dans le cadre de leur droit interne, pour que le traité entre officiellement en vigueur. Ainsi, explique-t-il, les accords conclus en forme simplifiée, c'est-à-dire les accords qui entrent en vigueur uniquement à la signature, ne sont pas susceptibles d'être appliqués à titre provisoire³⁵.

C. Précaution

31. La question de l'application provisoire d'un traité peut se poser lorsque les États sont parvenus à des accords qui revêtent un caractère politique très marqué et qu'ils cherchent à instaurer la confiance permettant d'éviter que, durant le processus de ratification, les parties contractantes viennent à changer d'avis quant à leur intention de mettre en œuvre le traité en question³⁶. Krieger rappelle, à titre d'exemple pour de telles situations, le Protocole sur l'application provisoire de certaines dispositions du traité sur les forces armées conventionnelles en Europe, le Traité sur le régime « Ciel ouvert » et le Traité entre les États-Unis d'Amérique et la Fédération de Russie sur de nouvelles réductions et limitations des armements stratégiques offensifs de 1993 (START II)³⁷. Lefeber fait pour sa part observer que l'aspiration à adopter des mesures qui suscitent la confiance – en particulier dans les régimes économiques – motive souvent l'adoption de dispositions d'application provisoire³⁸. L'article 23 du Traité sur le

commerce des armes en est un exemple³⁹. D'autre part, l'importance des biens juridiques protégés par le traité peut conduire les États à souhaiter l'application de celui-ci à titre provisoire. Ainsi, au moment de la ratification de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, l'Afrique du Sud, l'Autriche, Maurice, la Suède et la Suisse ont émis des déclarations relatives à l'application provisoire en invoquant des préoccupations humanitaires⁴⁰.

32. Tel pourrait également être le cas du Traité sur le commerce des armes ou de l'Accord sur les frontières maritimes signé entre les États-Unis d'Amérique et la République de Cuba⁴¹. Dans ce dernier cas, il existe un accord sur la mise en application provisoire, qui a été renouvelé à différentes occasions⁴².

D. Transition vers l'entrée en vigueur imminente

33. Certains experts ont envisagé d'autres raisons de souhaiter une mise en application provisoire, l'une des principales étant la volonté d'éviter des vides juridiques entre des régimes juridiques successifs⁴³. L'article 7 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 en est un exemple. L'application provisoire prévue dans cette disposition l'a été par volonté de s'assurer, compte tenu de l'imminence de l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (les instruments nécessaires à sa ratification ayant déjà été reçus), que l'interprétation de la partie XI serait effective avant l'entrée en vigueur de cet instrument⁴⁴.

E. Questions diverses

34. Les traités peuvent aussi être mis en application à titre provisoire de manière à en accélérer la mise en œuvre avant que les procédures constitutionnelles conduisant à leur ratification et à leur entrée en vigueur soient menées à bien. Cela a aussi été jugé souhaitable pour encourager la ratification⁴⁵. Lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, la Roumanie a noté que l'application provisoire était un outil qui pourrait permettre d'éviter les

³⁹ « Application à titre provisoire »

« Tout État peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, déclarer qu'il appliquera l'article 6 et l'article 7 à titre provisoire en attendant l'entrée en vigueur du présent Traité à son égard. »

⁴⁰ Andrew Michie, « The provisional application of arms control treaties », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10, n° 3 (2005), p. 362, cité dans Krieger, « Article 25 », p. 409. Voir également *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://treaties.un.org>), chap. XXVI.5.

⁴¹ Accord sur les frontières maritimes signé entre les États-Unis d'Amérique et la République de Cuba, 16 décembre 1977, art. V, ILM, vol. XVII, n° 1 (janvier 1978), p. 110.

⁴² Accords entre les États-Unis d'Amérique et Cuba portant prorogation de l'application provisoire de l'Accord du 16 décembre 1977, conclus par échange de notes entre La Havane et Washington les 27 et 28 décembre 1979, 16 et 28 décembre 1981, 27 et 30 décembre 1983 et 3 décembre 1985 (*United States Treaties and Other International Agreements*, vol. 32, 1^{re} partie, p. 840; vol. 33, 4^e partie, p. 4652; et vol. 35, 4^e partie, p. 4150 et 11228, respectivement).

⁴³ Lefeber, « Treaties, provisional application », p. 1, par. 2.

⁴⁴ Krieger, « Article 25 », p. 410.

⁴⁵ Ibid., p. 408.

³² *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière (A/CONF.39/11/Add.1, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.6)*, 11^e séance plénière, 30 avril 1969, déclarations du Costa Rica (p. 44, par. 82) et de l'Italie (p. 44 et 45, par. 83 et 84).

³³ *Annuaire... 1965*, vol. I, 790^e séance, p. 119, par. 96.

³⁴ Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, p. 32. Concernant l'application à titre provisoire dans le contexte de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, voir Treves, « L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les conditions de son universalisme », p. 869.

³⁵ Dalton, « Provisional application of treaties », p. 221.

³⁶ Krieger, « Article 25 », p. 409.

³⁷ Ibid.

³⁸ Lefeber, « Treaties, provisional application », p. 1, par. 2.

retards entraînés par la procédure de ratification, d'approbation ou d'acceptation⁴⁶. La Malaisie a fait valoir que la mise en application provisoire d'un traité était utile en ce qu'elle permettait d'éviter les retards liés aux procédures nationales traditionnelles⁴⁷. Ainsi, les avantages de l'application provisoire sont parfois considérés à la lumière non pas tant des effets juridiques internationaux que celle-ci peut avoir mais de ses effets sur le plan interne.

35. La pratique récente de l'Union européenne est pertinente à cet égard⁴⁸. Certains ont toutefois appelé à la prudence. La Grèce, par exemple, a fait observer que l'application provisoire des traités pouvait déboucher sur un conflit entre le droit international et le droit

⁴⁶ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 12], 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 156, par. 5.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 156 et 157, par. 7.

⁴⁸ Bartels, « *Withdrawing provisional application of treaties: has the EU made a mistake?* », p. 118.

constitutionnel⁴⁹, et le Viet Nam, le Venezuela, la Suisse, les États-Unis et la Malaisie ont formulé des observations qui allaient dans ce sens⁵⁰. D'aucuns ont également dit que l'application provisoire d'un traité pouvait être un subterfuge permettant d'échapper aux impératifs juridiques internes liés à son approbation et à sa ratification ultérieure aux seules fins d'éviter des situations de politique intérieure qui empêchent de même supposer la possibilité que l'organe législatif compétent connaisse du traité. L'Accord de 1977 sur les frontières maritimes signé entre les États-Unis d'Amérique et la République de Cuba⁵¹ est un exemple pertinent d'une telle situation et des dilemmes qui l'accompagnent.

⁴⁹ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session...* (A/CONF.39/11/Add.1) [voir *supra* la note 32], 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 44, par. 73.

⁵⁰ *Ibid.*, première session... (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 12], 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 153, par. 26, 30, p. 154, par. 46, et p. 155, par. 51, et 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 156, par. 7, respectivement.

⁵¹ Voir *supra* le paragraphe 32.

CHAPITRE II

Régime juridique de l'application provisoire

36. Ainsi que cela a été mentionné au début du présent rapport, si l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 établit un cadre normatif général pour l'application à titre provisoire des traités, il n'inclut pas l'intégralité du régime juridique applicable en l'occurrence. Le régime juridique auquel obéit principalement l'application provisoire est le régime établi à cette fin dans le traité qui prévoit une telle application ou toute autre modalité convenue par les parties contractantes.

37. À l'évidence, l'application provisoire des traités a des conséquences juridiques qui surviendront aussi bien à l'intérieur de l'État qu'au niveau international. À l'instar de n'importe quel autre accord entre États, un accord sur l'application provisoire produira des effets juridiques au niveau international⁵². Cependant, étant donné l'examen approfondi que mérite cette question, ses effets juridiques seront étudiés ultérieurement en sorte que, si la Commission le juge pertinent, leur incidence potentielle sur le régime de la responsabilité internationale des États pourra également être étudiée.

38. Il convient de noter que la Section des traités du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat, dans son examen de la question de l'application provisoire, fait observer ce qui suit :

Un État applique à titre provisoire un traité qui est entré en vigueur lorsqu'il décide de manière unilatérale, conformément aux dispositions du traité en question, de donner effet à titre provisoire aux obligations créées par le traité, même s'il n'a pas rempli les formalités requises sur le plan interne en vue de la ratification, de l'approbation, de l'acceptation ou de l'adhésion au niveau international. L'État peut décider à tout moment, de manière unilatérale, de mettre un terme à cette application à titre provisoire, sauf disposition contraire du traité (voir article 25 de la Convention de Vienne de 1969). En revanche, un État qui a consenti à être lié par un traité par voie de ratification, d'approbation,

d'acceptation ou d'adhésion ou à travers une signature définitive, doit suivre les dispositions du traité en question pour le dénoncer ou s'en retirer, comme expliqué dans la section 4.5 (voir articles 54 et 56 de la Convention de Vienne de 1969)⁵³.

39. Il est intéressant de noter que cette approche suppose que l'État appliquera à titre provisoire un traité qui est déjà entré en vigueur, en attendant que ledit traité entre en vigueur pour cet État. Cependant, ainsi que cela a été mentionné plus haut, il est généralement admis que le régime prévu à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 se fonde sur l'hypothèse de la mise en application provisoire du traité lorsque celui-ci n'est pas encore entré en vigueur.

40. Quelques-unes des modalités résultant de la pratique des États sont examinées ci-après.

A. Source des obligations

1. DANS UNE DISPOSITION D'UN TRAITÉ

41. À titre d'exemple, l'on peut se référer à l'article 7 du Protocole sur l'application provisoire de certaines dispositions du Traité sur les Forces armées conventionnelles en Europe ou à l'article 10 de la Convention tendant à éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le capital signée entre la Belgique et la France⁵⁴.

2. DANS UN ACCORD DISTINCT RELATIF AU TRAITÉ

42. L'application provisoire d'une partie d'un traité peut être régie par un accord distinct et différent dudit traité. On citera à titre d'exemples l'Accord relatif à l'application de

⁵³ *Manuel des Traités* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.02.V.2), p. 11 et 12, sect. 3.4.

⁵⁴ Signée à Paris, le 29 décembre 1947 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 46, n° 704, p. 111), art. 10.

⁵² Mathy, « *Convention de Vienne de 1969 : Article 25* », p. 652.

la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, l'Accord relatif à l'application provisoire des projets de conventions douanières internationales sur le tourisme, sur les véhicules routiers commerciaux et sur le transport international des marchandises par la route et l'Arrangement conclu par les Gouvernements représentés à la Conférence internationale de la Santé.

B. Formes de la déclaration d'intention

43. Qu'elle soit prévue dans une disposition du traité ou dans un accord distinct conclu entre les parties, étant donné que l'engagement pris par l'État d'appliquer à titre provisoire tout ou partie d'un traité résulte d'une expression sans équivoque de son intention, implicite ou explicite, cette déclaration d'intention constitue la source des obligations interétatiques créées.

44. D'aucuns estiment toutefois que, selon la manière dont est libellée la clause d'application provisoire, un doute peut exister quant au consentement de l'État⁵⁵. D'un côté, le libellé de la clause peut être sans ambiguïté, en ce sens qu'aucun mécanisme particulier d'application provisoire n'est requis⁵⁶. De l'autre, il existe des dispositions qui peuvent soumettre l'application provisoire à sa compatibilité avec le droit interne des États⁵⁷. La question du droit interne ne sera pas examinée dans le présent rapport, mais il n'est pas inutile de faire observer que, aux fins de la présente section, une telle condition est sans intérêt ici, si le consentement de l'État est sans vice et étant donné que l'État a exprimé sa volonté d'appliquer provisoirement le traité selon les modalités énoncées. Il suffit de noter que, en principe, le droit interne ne constitue pas un obstacle à l'application provisoire⁵⁸. Bien entendu, il faut rappeler que toutes les questions qui ne relèvent pas du régime de l'application provisoire d'un traité donné obéissent aux dispositions de la Convention de Vienne de 1969.

1. CONSENTEMENT EXPRÈS

45. Les parties peuvent certes exprimer leur volonté d'appliquer provisoirement un traité⁵⁹, mais elles peuvent aussi faire une déclaration à l'effet inverse, c'est-à-dire exprimer leur intention de ne pas appliquer un traité à titre provisoire⁶⁰.

⁵⁵ Voir Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*, p. 198 et 199.

⁵⁶ Par exemple: «Cet Accord sera provisoirement d'application à partir du 1^{er} janvier 2006», dans l'Accord entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif au transport de gaz naturel par canalisation entre le Royaume des Pays-Bas et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, signé à La Haye, le 21 mars 2005 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2398, n° 43316, p. 251), art. 20, par. 2.

⁵⁷ Par exemple, Convention relative à l'élaboration d'une pharmacopée européenne, art. 17: «En attendant l'entrée en vigueur de la présente Convention dans les conditions prévues à l'article 11, les États signataires conviennent, afin d'éviter tout retard dans la mise en œuvre de la présente Convention, de la mettre en application, à titre provisoire, dès sa signature, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.»

⁵⁸ Mathy, «Convention de Vienne de 1969: Article 25», p. 646.

⁵⁹ 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, par. 1 c.

⁶⁰ *Ibid.*, art. 7, par. 1 b.

46. L'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie dispose ce qui suit:

2. a) Nonobstant le paragraphe 1, tout signataire peut, lors de la signature, déposer auprès du dépositaire une déclaration selon laquelle il n'est pas en mesure d'accepter l'application provisoire. L'obligation énoncée au paragraphe 1 ne s'applique pas au signataire qui a procédé à cette déclaration. Tout signataire de ce type peut à tout moment retirer cette déclaration par notification écrite au dépositaire.

2. CONSENTEMENT TACITE

47. Le paragraphe 1 a de l'article 7 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 constitue un exemple d'acceptation tacite:

Application à titre provisoire

1. Si le présent Accord n'est pas entré en vigueur le 16 novembre 1994, il sera appliqué à titre provisoire jusqu'à son entrée en vigueur par:

a) [I]es États qui ont consenti à son adoption au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, à l'exception de ceux qui avant le 16 novembre 1994 notifieront par écrit au dépositaire soit qu'ils n'appliquent pas l'Accord à titre provisoire soit qu'ils ne consentent à une telle application que moyennant une signature ou notification écrite ultérieure.

C. Cessation de l'application à titre provisoire

48. À l'exception des cas où l'application provisoire prend fin naturellement avec l'entrée en vigueur de l'instrument en question, sa cessation dépend également de la notification par l'État de son intention, conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969.

1. NOTIFICATION UNILATÉRALE

49. Le *Manuel des Traités* de la Section des traités du Bureau des affaires juridiques reprend la règle générale énoncée au paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969:

L'État peut décider à tout moment, de manière unilatérale, de mettre un terme à cette application à titre provisoire, sauf disposition contraire du traité (voir article 25 de la Convention de Vienne de 1969)⁶¹.

50. De la même manière, l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie évoque la possibilité de mettre un terme à l'application provisoire, à condition que l'État manifeste son intention de ne pas devenir partie au traité:

3. a) Tout signataire peut mettre un terme à son application provisoire du présent traité en notifiant par écrit au dépositaire son intention de ne pas devenir partie contractante au présent traité. La fin de l'application provisoire prend effet, pour tout signataire, à l'expiration d'un délai de 60 jours à compter du jour où le dépositaire reçoit la notification écrite du signataire.

2. ARRANGEMENT CONCLU ENTRE LES PARTIES

51. Le paragraphe 3 de l'article 7 de l'Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose que

[l']application à titre provisoire du présent Accord cessera le jour où celui-ci entrera en vigueur. Dans tous les cas, l'application à titre

⁶¹ *Manuel des Traités* (voir *supra* la note 53), p. 11 et 12, sect. 3.4.

provisoire prendra fin le 16 novembre 1998 si à cette date la condition énoncée à l'article 6, paragraphe 1, selon laquelle au moins sept des États visés au paragraphe 1, lettre *a* de la résolution II (dont au moins cinq doivent être des États développés) doivent avoir établi leur consentement à être liés par le présent Accord, n'est pas satisfaite.

52. Ce qui est intéressant dans cet article est le fait que la cessation de l'application provisoire de l'Accord n'exige aucun acte ni aucune déclaration de la part de l'État; elle se produit lorsque est atteinte la date fixée à cet effet.

CHAPITRE III

Conclusion et programme des travaux futurs

53. Les considérations et les éléments d'appréciation exposés dans ce premier rapport suscitent diverses réflexions que l'on peut résumer ainsi :

a) le recours au mécanisme de l'application provisoire des traités n'est ni uniforme ni systématique, ce qui donne à penser que les États connaissent mal les possibilités qu'il offre;

b) il ne fait aucun doute que la pratique que l'on a décrite illustre l'utilité que peut avoir l'application provisoire d'un traité, dans certaines circonstances, pour donner effet à tout ou partie de celui-ci;

c) la diversité des situations qui se produisent dans le cadre des relations bilatérales entre les États mérite que l'on approfondisse la question de la pratique des États, ne serait-ce que pour déterminer quels sont les systèmes de droit interne les plus représentatifs;

d) comme pour toute institution régie par le droit international, il est nécessaire de déterminer s'il existe des exigences procédurales relatives à l'application provisoire des traités;

e) il convient de s'interroger sur le lien entre le régime défini à l'article 25 de la Convention de Vienne

de 1969 et d'autres dispositions de celle-ci, ainsi qu'avec d'autres règles du droit international;

f) enfin, si l'on estime que l'application provisoire d'un traité produit des effets juridiques, il convient de déterminer quelles sont les conséquences juridiques de la violation d'obligations contractées en vertu de l'application provisoire.

54. Le prochain rapport traitera de toutes ces questions, l'objectif étant de déterminer si l'on pourrait, compte tenu de l'utilité qu'est présumée revêtir l'application provisoire des traités, élaborer des directives ou des clauses types qui permettraient aux États de recourir plus souvent à ce mécanisme. Le Rapporteur spécial entend clairement encourager un recours plus fréquent à ce mécanisme du droit des traités et n'a pour l'heure aucune autre ambition. Il faudra en tout état de cause résister à la tentation de vouloir réglementer à l'excès cette institution, dont la réelle vertu tient beaucoup au degré de latitude que l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 accorde aux parties contractantes.

55. Le Rapporteur spécial attend les commentaires et suggestions des membres de la Commission, qu'il remercie par avance.

APPLICATION PROVISOIRE DES TRAITÉS

[Point 7 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/658

Mémorandum du Secrétariat

[Original: anglais]
[1^{er} mars 2013]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Résumé.....	101
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-3 101
<i>Chapitres</i>	
I. GENÈSE DU SUJET.....	4-32 102
A. Commission du droit international, 1950 à 1966	6-26 102
B. Assemblée générale, 1966 et 1967	27 105
C. Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 1968 et 1969	28-32 105
II. QUESTIONS DE FOND EXAMINÉES LORS DE L'ÉLABORATION DE L'ARTICLE 25.....	33-108 106
A. Raison d'être de l'application provisoire des traités	33-43 106
B. De l'«entrée en vigueur» à titre provisoire à l'«application» à titre provisoire	44-55 108
C. Base juridique de l'application à titre provisoire.....	56-61 110
D. Application à titre provisoire d'une partie d'un traité	62-63 111
E. Conditions.....	64-65 112
F. Nature juridique de l'application à titre provisoire	66-84 112
G. Fin de l'application à titre provisoire	85-108 115

Résumé

Aux termes de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, un traité peut s'appliquer à titre provisoire. Cet article trouve son origine dans des propositions faites par les Rapporteurs spéciaux Sir Gerald Fitzmaurice et Sir Humphrey Waldock lors de l'examen par la Commission du droit international du droit des traités, tendant à voir consacrer dans une disposition la pratique de l'«entrée en vigueur à titre provisoire» des traités. Constituant l'article 22 du projet d'articles sur le droit des traités de 1966, la disposition sera modifiée par la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, qui substituera notamment la notion d'«application» à celle d'«entrée en vigueur». Retraçant la genèse de la disposition tant au sein de la Commission que lors de la Conférence, la présente étude s'arrête brièvement sur certaines des questions de fond soulevées lors de son examen.

Introduction

1. À sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission du droit international a inscrit le sujet «Application provisoire des traités» à son programme de travail. À la même session, la Commission a décidé de prier le

Secrétariat de préparer une étude sur les travaux précédemment entrepris par la Commission sur ce sujet dans le contexte de ses travaux sur le droit des traités, et sur les travaux préparatoires relatifs aux dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969)¹.

2. La présente étude retrace, dans le chapitre I ci-après, l'historique des travaux de la Commission du droit international sur ce qu'elle a appelé «l'entrée en vigueur à titre provisoire» des traités, ainsi que les négociations ayant conduit, lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, au texte ci-après de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 :

¹ *Annuaire...* 2012, vol. II (2^e partie), p. 68, par. 143. La Convention de Vienne sur le droit des traités a été signée à Vienne le 23 mai 1969.

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) [s]i le traité lui-même en dispose ainsi ; ou

b) [s]i 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.

3. Le chapitre II traite de certaines des questions de fond soulevées au cours des débats au sein de la Commission, ainsi que lors des négociations à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités.

CHAPITRE I

Genèse du sujet

4. Le « droit des traités » était au nombre des sujets retenus aux fins de codification par la Commission du droit international en 1949 ; par la suite, la Commission a examiné ce sujet de sa deuxième session à sa dix-huitième session, de 1950 à 1966, période durant laquelle quatre rapporteurs spéciaux ont été successivement nommés². Après un examen initial du sujet, sur la base du premier et du deuxième rapport soumis par le Rapporteur spécial M. James L. Brierly³ en 1950 et 1951 respectivement, la Commission a tenu un débat de fond sur le sujet en 1959, sur la base du premier rapport de Sir Gerald Fitzmaurice⁴, soumis en 1956⁵. La Commission s'est intéressée par la suite à d'autres sujets, et elle a repris l'examen du droit des traités de sa quatorzième session (1962) à sa dix-huitième session (1966), sur la base de six rapports soumis

par Sir Humphrey Waldock⁶, nommé entre-temps Rapporteur spécial sur le sujet en remplacement de Sir Gerald Fitzmaurice. C'est sur la base des rapports de Sir Humphrey Waldock que la Commission a achevé l'examen en première lecture (en 1964) et en seconde lecture (en 1966) du projet d'articles sur le droit des traités⁷, qu'elle a adopté en 1966.

5. Le projet d'articles sur le droit des traités de 1966 comprend le projet d'article 22, intitulé « Entrée en vigueur à titre provisoire », qui se lit ainsi :

1. Un traité peut entrer en vigueur à titre provisoire :

a) [s]i le traité lui-même dispose qu'il entrera en vigueur à titre provisoire en attendant la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion par les États contractants ; ou

b) [s]i les États ayant participé à la négociation en sont ainsi convenus d'une autre manière.

2. La même règle s'applique à l'entrée en vigueur à titre provisoire d'une partie d'un traité⁸.

A. Commission du droit international, 1950 à 1966

1. EXAMEN DU SUJET DE LA DEUXIÈME SESSION (1950) À LA SIXIÈME SESSION (1954)

6. M. James L. Brierly et Sir Hersch Lauterpacht n'ont traité la question de l'« entrée en vigueur à titre provisoire » d'un traité que de manière indirecte (dans le cas du premier) ou dans le cadre de la question plus générale de la ratification (dans celui du second). Dans l'article 5 qu'il a proposé en 1951 (sous l'intitulé *When ratification is necessary*), M. James L. Brierly a envisagé plusieurs hypothèses

² M. James L. Brierly (en 1949), Sir Hersch Lauterpacht (en 1952), Sir Gerald Fitzmaurice (en 1955) et Sir Humphrey Waldock (en 1961).

³ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/CN.4/23, p. 222 (la version française est disponible sur le site Web de la Commission) ; et *Yearbook of the International Law Commission 1951*, document A/CN.4/43, p. 70 (la version française est disponible sur le site Web de la Commission), respectivement.

⁴ *Annuaire...* 1956, vol. II, document A/CN.4/101, p. 106.

⁵ Bien que la Commission n'ait pas examiné le troisième rapport de M. James L. Brierly (*Yearbook of the International Law Commission 1952*, document A/CN.4/54, p. 50) ni les deux rapports présentés par Sir Hersch Lauterpacht [*Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, document A/CN.4/63, p. 90 ; et *Yearbook of the International Law Commission 1954*, document A/CN.4/87, p. 123 (la version française est disponible sur le site Web de la Commission), respectivement], faute de temps et en raison d'un report par suite de la démission des deux Rapporteurs, Sir Gerald Fitzmaurice et Sir Humphrey Waldock ont tous deux fait fond sur les rapports de leurs prédécesseurs pour élaborer leurs propres propositions, et les solutions retenues tant par M. James L. Brierly que par Sir Hersch Lauterpacht ont été évoquées à de nombreuses reprises lors des débats à la Commission les années suivantes. De même, faute de temps, la Commission n'a pu examiner les deuxième à cinquième rapports de Sir Gerald Fitzmaurice, soumis de 1957 à 1960 (*Annuaire...* 1957, vol. II, document A/CN.4/107, p. 17 ; *Annuaire...* 1958, vol. II, document A/CN.4/115, p. 20 ; *Annuaire...* 1959, vol. II, document A/CN.4/120, p. 37 ; et *Annuaire...* 1960, vol. II, document A/CN.4/130, p. 64, respectivement). Sir Humphrey Waldock s'est néanmoins largement inspiré de ces rapports.

⁶ *Annuaire...* 1962, vol. II, document A/CN.4/144 et Add.1, p. 31 ; *Annuaire...* 1963, vol. II, document A/CN.4/156 et Add.1 à 3, p. 37 ; *Annuaire...* 1964, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 1 ; *Annuaire...* 1965, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 1 ; *Annuaire...* 1966, vol. II, document A/CN.4/183 et Add.1 à 4, p. 1 ; et *ibid.*, document A/CN.4/186 et Add.1 à 7, p. 55, respectivement.

⁷ *Annuaire...* 1966, vol. II, p. 193, p. 38.

⁸ *Ibid.*, p. 196.

où l'État ne serait réputé avoir souscrit une obligation définitive en vertu du traité que lorsqu'il aurait ratifié ce traité⁹. Remaniée pour traiter de l'effet juridique d'une signature avant la ratification, la disposition a été adoptée à titre préliminaire la même année en tant qu'article 4, lequel envisage la possibilité qu'en signant un traité l'État soit réputé être tenu d'une obligation définitive si le traité prévoyait qu'il serait ratifié mais entrerait en vigueur avant sa ratification¹⁰.

7. En 1951, J. P. A. François a directement évoqué l'entrée en vigueur à titre provisoire d'un traité lorsqu'il a invité la Commission

à imaginer le cas d'un traité entre deux États qui a été signé et ratifié par les deux parties. Les chefs d'État ont échangé les instruments de ratification. Le traité est en vigueur à titre provisoire¹¹.

8. Dans son premier rapport, soumis en 1953, Sir Hersch Lauterpacht, dans sa proposition d'article 6 concernant la ratification, envisageait la possibilité qu'un traité prévoie expressément son entrée en vigueur avant ratification¹².

2. EXAMEN DU SUJET DE LA HUITIÈME SESSION (1956) À LA DOUZIÈME SESSION (1960)

9. Sir Gerald Fitzmaurice a présenté cinq rapports, mais la Commission n'a pu examiner que partiellement son premier rapport¹³ (en 1959), dans lequel il proposait un ensemble de 42 projets d'article, consacrés principalement à l'élaboration, la conclusion et l'entrée en vigueur des traités.

10. L'article 42 [Entrée en vigueur (effets juridiques)] proposé par le Rapporteur spécial porte ce qui suit en son paragraphe 1 :

[U]n traité peut stipuler qu'il entrera en vigueur provisoirement à une date déterminée ou lorsqu'une condition particulière sera remplie, comme, par exemple, le dépôt d'un nombre déterminé d'instruments de ratification. Dans ces cas, les parties seront tenues d'exécuter le traité à titre provisoire, mais, sauf convention spéciale en sens contraire, cette obligation cessera si le traité n'entre pas en vigueur définitivement dans un délai raisonnable ou si son entrée en vigueur devient nettement improbable¹⁴.

Le commentaire du projet d'article se borne à indiquer qu'il vise le cas de l'entrée en vigueur provisoire d'un traité et énonce la règle applicable lorsque la situation se prolonge indûment¹⁵.

⁹ Voir *Yearbook of the International Law Commission 1951*, document A/CN.4/43, p. 70.

¹⁰ Voir *ibid.*, document A/CN.4/L.28, p. 73. M. James L. Brierly a proposé par la suite une version révisée de la disposition, assortie d'un commentaire (en tant qu'article 6) dans son troisième rapport, soumis en 1952 (*Yearbook of the International Law Commission 1952*, document A/CN.4/54, p. 50), qui reproduit les articles provisoirement adoptés par la Commission à ses deuxième et troisième sessions, en 1950 et 1951. Cependant, par suite de la démission du Rapporteur spécial, la Commission n'a jamais examiné ce rapport.

¹¹ *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. I, 88^e séance, p. 47, par. 37.

¹² *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, document A/CN.4/63, p. 112, art. 6, par. 2 b : « 2. En l'absence de ratification, un traité ne lie pas une Partie contractante sauf si : [...] b) Le traité, tout en prévoyant qu'il sera ratifié, dispose aussi qu'il entrera en vigueur avant sa ratification. »

¹³ *Annuaire... 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 106.

¹⁴ *Ibid.*, p. 119.

¹⁵ *Ibid.*, p. 131, par. 106.

11. La proposition n'a jamais été examinée par la Commission, qui a toutefois évoqué incidemment, lors du débat tenu en 1959, la possibilité de l'entrée en vigueur d'un traité à titre provisoire. C'est ainsi que, dans le cadre du débat sur les conditions générales de la force obligatoire des traités, M. Milan Bartoš a estimé qu'il fallait étudier dans une certaine mesure l'usage toujours plus répandu, notamment pour les accords commerciaux, d'insérer une clause prévoyant l'entrée en vigueur provisoire de l'accord avant sa ratification¹⁶, et que des raisons pratiques valables militaient en faveur de l'insertion d'une clause concernant l'entrée en vigueur provisoire des traités¹⁷.

3. EXAMEN DU SUJET À LA QUATORZIÈME SESSION (1962)

12. La question de l'entrée en vigueur des traités à titre provisoire a été abordée par Sir Humphrey Waldock dans son premier rapport, qui a été examiné en 1962, l'idée en étant proposée au paragraphe 6 de son projet d'article 20 (Modalités et date de l'entrée en vigueur) :

[U]n traité peut spécifier qu'il entrera en vigueur provisoirement lors de sa signature ou à une date donnée ou à l'occasion d'un événement donné, en attendant qu'il entre pleinement en vigueur conformément aux règles énoncées dans le présent article¹⁸.

13. Le Rapporteur spécial explique que le paragraphe 6 envisage un cas qui n'est pas rare dans la pratique moderne – celui d'un traité mis en vigueur provisoirement en attendant qu'il entre pleinement en vigueur au moment où les ratifications ou acceptations requises seraient intervenues¹⁹. Il fait observer qu'une clause conventionnelle qui produit cet effet est, à un certain égard, une clause relative à une modalité de l'entrée en vigueur du traité²⁰. La Commission s'est intéressée à d'autres aspects de l'article 20²¹, n'évoquant le paragraphe 6 que de manière incidente.

14. Le projet d'article 21 consacré aux effets juridiques de l'entrée en vigueur, proposé par Sir Humphrey Waldock, traitait aussi des effets de l'entrée en vigueur à titre provisoire d'un traité en ces termes :

2. a) Lorsqu'un traité stipule qu'il entrera en vigueur provisoirement à une date donnée ou à l'occasion d'un événement donné, les droits et obligations découlant du traité naissent pour les parties au traité à compter de ladite date ou dudit événement et continuent d'exister à titre provisoire jusqu'au moment où le traité entre pleinement en vigueur conformément à ses dispositions.

b) Toutefois, si la pleine entrée en vigueur du traité est indûment retardée et si les parties n'ont pas conclu un nouvel accord pour maintenir le traité en vigueur à titre provisoire, toute partie peut dénoncer l'application provisoire du traité, et, à l'expiration d'un délai de six mois, les droits et obligations découlant du traité cessent d'exister à l'égard de ladite partie²².

15. Le débat sur le paragraphe 2 était axé sur l'alinéa b, que le Rapporteur spécial proposait comme règle *de lege ferenda*. Un certain nombre de doutes ayant été exprimés

¹⁶ *Annuaire... 1959*, vol. I, 487^e séance, p. 38, par. 37.

¹⁷ *Ibid.*, par. 40.

¹⁸ *Annuaire... 1962*, vol. II, p. 79.

¹⁹ *Ibid.*, p. 80, paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 20.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Voir *ibid.*, vol. II, 656^e et 657^e séances, p. 195 et suiv.

²² Voir *ibid.*, document A/CN.4/144, p. 81.

quant à l'opportunité de retenir la disposition²³, le Rapporteur spécial l'a retirée et la Commission a renvoyé l'alinéa *a* au Comité de rédaction²⁴. La Commission avait auparavant accepté une proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que le Comité de rédaction intègre les dispositions du paragraphe 6 de l'article 20 et celles du paragraphe 2 de l'article 21 dans un article 19 *bis*, qui contiendrait toutes les dispositions relatives aux droits et obligations des États avant l'entrée en vigueur du traité²⁵.

16. Le Comité de rédaction a cependant circonscrit la portée de l'article 19 *bis* (renuméroté article 17) qu'il a adopté à l'obligation générale de bonne foi avant l'entrée en vigueur d'un traité. En présentant cet article, le Rapporteur spécial a rappelé avoir proposé, lors de la discussion de divers articles, de transférer à l'article 19 *bis* certains points particuliers, dont la question de l'entrée en vigueur provisoire. Le Comité de rédaction a toutefois décidé que ce problème serait traité dans les articles relatifs à l'entrée en vigueur²⁶.

17. La proposition d'article 20 révisé que le Comité de rédaction a présentée par la suite (sous le titre «Entrée en vigueur des traités») ne mentionnait plus l'entrée en vigueur provisoire²⁷. La question a entièrement été traitée dans sa proposition d'article 21 révisé (sous le titre «Entrée en vigueur provisoire») dont le texte était le suivant :

Un traité peut disposer qu'avant son entrée en vigueur par l'échange ou le dépôt d'instruments de ratification, d'adhésion, d'acceptation ou d'approbation, il entrera en vigueur à titre provisoire, en totalité ou en partie, soit à une date déterminée, soit une fois remplies certaines conditions. Dans ce cas, le traité entre en vigueur selon qu'il est prévu dans ces dispositions et reste en vigueur, à titre provisoire, soit jusqu'à la date de son entrée en vigueur définitive, soit jusqu'au moment où les États intéressés sont convenus de mettre fin à son application provisoire²⁸.

La Commission a adopté en première lecture le texte proposé de l'article, renuméroté article 24.

18. L'«entrée en vigueur provisoire» a aussi été évoquée lors de l'examen d'autres articles la même année. Plusieurs membres ont discuté de l'entrée en vigueur provisoire des traités dans le contexte de l'article 9 (Effets juridiques de la signature définitive), en particulier à propos de l'alinéa *c* du paragraphe 2 concernant l'obligation de bonne foi faite à l'État signataire, et de l'alinéa *d* du paragraphe 2 concernant le droit de l'État signataire d'insister pour que soient respectées les dispositions du traité par les autres signataires²⁹. Il y était par ailleurs fait référence dans le commentaire de l'article 12 (Ratification), tel qu'adopté en 1962, dans lequel il est noté ceci : «Peut-être est-il rare qu'un traité dont une disposition expresse prévoit l'entrée en vigueur dès sa signature soit sujet à ratification; c'est pourtant ce qui se produit parfois, dans la pratique, lorsqu'il

est stipulé qu'un traité sujet à ratification entrera en vigueur à titre provisoire dès sa signature³⁰.»

4. EXAMEN DU SUJET À LA QUINZIÈME SESSION (1963) ET À LA SEIZIÈME SESSION (1964)

19. Sir Humphrey Waldock n'est pas revenu directement sur le concept d'«entrée en vigueur provisoire des traités» dans ses deuxième et troisième rapports³¹. Il a néanmoins abordé dans son deuxième rapport, entre autres, la question des limites constitutionnelles à la validité des traités, y compris les traités non encore en vigueur³². Il y a en outre examiné la question de l'extinction d'un traité, qui mettrait fin également, par hypothèse, à l'entrée en vigueur provisoire du traité.

20. Il a incidemment abordé la question dans son troisième rapport, où, dans le contexte de l'examen de l'article 57 (Application *ratione temporis* des dispositions conventionnelles), il était dit, entre autres, que les droits et obligations découlant d'un traité ne pouvaient produire effet tant que le traité lui-même n'était pas entré en vigueur, soit définitivement, soit provisoirement, conformément aux dispositions de l'article 24³³.

5. EXAMEN DU SUJET LORS DE LA PREMIÈRE PARTIE DE LA DIX-SEPTIÈME SESSION (1965)

21. La Commission a de nouveau examiné l'article 24 en 1965, lors de la seconde lecture des articles sur le droit des traités, étant saisie du quatrième rapport de Sir Humphrey Waldock³⁴, qui contient une analyse des observations reçues des gouvernements, ainsi que des propositions de modification du Rapporteur spécial. De l'avis du Gouvernement japonais, même si cette méthode était parfois appliquée dans la pratique, la nature juridique exacte de l'entrée en vigueur provisoire n'était pas très claire. À moins de déterminer avec précision son effet juridique, il était préférable de s'en remettre, pour l'entrée en vigueur provisoire, à l'intention des parties contractantes, le paragraphe 1 de l'article 23 étant peut-être suffisant pour couvrir cette éventualité³⁵. Ce sentiment a été partagé par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique, qui, tout en reconnaissant que cet article répondait aux exigences et aux pratiques actuelles, s'est demandé s'il fallait le faire figurer dans une convention sur le droit des traités³⁶. La Suède et par la suite les Pays-Bas ont fait des commentaires sur des aspects de fond de la disposition³⁷.

³⁰ *Annuaire... 1962*, vol. II, p. 190, paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 12.

³¹ *Annuaire... 1963*, vol. II, document A/CN.4/156 et Add.1 à 3, p. 37; et *Annuaire... 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 1.

³² Voir *Annuaire... 1963*, vol. II, document A/CN.4/156 et Add.1 à 3, p. 42, proposition d'article 5 (Restrictions d'ordre constitutionnel à la capacité de conclure des traités).

³³ *Annuaire... 1964*, vol. II, A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 7, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 57.

³⁴ *Annuaire... 1965*, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 1.

³⁵ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, annexe, p. 345 et 346, commentaire relatif au projet d'article 24.

³⁶ *Ibid.*, p. 323, commentaire relatif au projet d'article 24.

³⁷ *Ibid.*, p. 387 et 360, respectivement. Il est également fait référence à l'entrée en vigueur provisoire des traités dans les commentaires du Luxembourg sur l'article 12 (Ratification) et dans ceux de Chypre et d'Israël à propos de l'applicabilité de l'article 55 (*Pacta sunt servanda*).

²³ Voir le débat sur la fin de l'application provisoire d'un traité aux paragraphes 85 à 108 *infra*.

²⁴ *Annuaire... 1962*, vol. I, 657^e séance, p. 200, par. 12 à 18.

²⁵ *Ibid.*, p. 199, par. 3.

²⁶ *Ibid.*, 661^e séance, p. 235, par. 2.

²⁷ *Ibid.*, 668^e séance, p. 285, par. 34.

²⁸ *Ibid.*, par. 37.

²⁹ *Ibid.*, 643^e séance, p. 98, par. 86 et 87, et 644^e séance, p. 103, par. 69, et p. 105, par. 87.

22. En réponse à ces observations, le Rapporteur spécial a rappelé que la Commission avait estimé que l'«entrée en vigueur provisoire» était assez fréquente de nos jours, dans la pratique des traités, pour mériter d'être signalée dans le projet d'articles, et qu'il paraissait donc souhaitable de reconnaître le caractère juridique de cette situation dans le projet d'articles, car on risquait, en ne la mentionnant pas, de donner à entendre qu'elle n'existait pas³⁸. Il a ajouté que s'en remettre pour cette question à la règle générale énoncée au paragraphe 1 de l'article 23 (sur l'entrée en vigueur des traités) ne réglerait pas entièrement le problème, car les États intéressés réalisaient parfois l'«entrée en vigueur provisoire» en concluant un accord distinct en forme simplifiée³⁹.

23. L'examen en seconde lecture de l'article 24⁴⁰ portait sur une version révisée proposée par le Rapporteur spécial⁴¹. Bien que des avis divergents aient été exprimés, notamment sur la question de savoir comment traiter la question de la fin de l'entrée en vigueur provisoire, la Commission a décidé de maintenir une disposition distincte dans le projet d'articles⁴². La Commission a également examiné une proposition de M. Paul Reuter consistant à viser l'«application» provisoire d'un traité plutôt que son «entrée en vigueur» provisoire⁴³.

24. Le 2 juillet 1965, la Commission a adopté, par 17 voix pour contre zéro, le texte suivant de l'article 24⁴⁴:

1. Un traité peut entrer en vigueur à titre provisoire :

a) [s]i le traité lui-même dispose qu'il entrera en vigueur à titre provisoire en attendant la ratification, l'adhésion, l'acceptation ou l'approbation par les États contractants ; ou

b) [s]i les États contractants en ont ainsi convenu d'une autre manière.

³⁸ *Annuaire... 1965*, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, art. 24, observations du Rapporteur spécial, par. 1, p. 61 et 62.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ La question de l'entrée en vigueur provisoire a aussi été évoquée lors du débat sur d'autres articles. À propos de l'article 12, voir les déclarations de M. Abdullah El-Erian (*Annuaire... 1965*, vol. I, 784^e séance, p. 71, par. 86), de M. Antonio de Luna (*ibid.*, 785^e séance, p. 78, par. 69) et de M. Roberto Ago (*ibid.*, p. 78 et 79, par. 81). La pratique a aussi été mentionnée par M. Paul Reuter, dans le contexte de l'article 17, à propos des droits et obligations des États avant l'entrée en vigueur du traité (*ibid.*, 788^e séance, p. 100, par. 36).

⁴¹ Le texte révisé proposé se lisait comme suit : «Un traité peut disposer, ou les parties peuvent convenir, qu'avant son entrée en vigueur par l'échange ou le dépôt d'instruments de ratification, d'adhésion, d'acceptation ou d'approbation, il entrera en vigueur à titre provisoire, en totalité ou en partie, soit à une date déterminée, soit une fois remplies certaines conditions. Dans ce cas, le traité ou la partie indiquée entre en vigueur selon qu'il est prévu dans ses dispositions ou selon qu'il est convenu, et reste en vigueur, à titre provisoire, soit jusqu'à la date de son entrée en vigueur définitive, soit jusqu'au moment où il devient évident que l'une des parties ne le ratifiera pas ou ne l'approuvera pas, selon le cas» (*ibid.*, 790^e séance, p. 117, par. 73).

⁴² Cependant, M. Taslim Olawale Elias s'est opposé au maintien de l'article 24, considérant que les problèmes semblaient suffisamment réglés par les paragraphes 1 et 3 de l'article 23 (*ibid.*, p. 118, par. 84). Voir aussi les arguments de M. Senjin Tsuruoka (*ibid.*, 791^e séance, p. 121, par. 9, 10 et 12, et p. 122, par. 26). Si M. José María Ruda a dit avoir été attiré par ces arguments, il a néanmoins appuyé le maintien de l'article, pour des raisons pratiques (*ibid.*, 790^e séance, p. 118, par. 85).

⁴³ *Ibid.*, 790^e séance, p. 117, par. 75. Voir les paragraphes 48 et 49 *infra*.

⁴⁴ Une précédente version proposée par le Comité de rédaction (*ibid.*, 814^e séance, p. 298 à 300, par. 38 à 56) lui avait été renvoyée.

2. La même règle s'applique à l'entrée en vigueur à titre provisoire d'une partie d'un traité.

6. EXAMEN DU SUJET À LA DIX-HUITIÈME SESSION (1966)

25. L'article 24 a de nouveau été examiné en 1966, dans le sixième rapport de Sir Humphrey Waldock⁴⁵, à propos de ses relations avec l'article 55 (*Pacta sunt servanda*)⁴⁶ et l'article 56 (Application d'un traité dans le temps), principalement en réponse à une série d'observations reçues du Gouvernement israélien.

26. La Commission a repris l'examen de l'article 24 lors de l'adoption du projet d'articles définitif sur le droit des traités. Une proposition de M. Shabtai Rosenne tendant à inverser l'ordre des articles 23 et 24⁴⁷ n'a pas été adoptée, mais la Commission a accepté celle du Comité de rédaction tendant à remplacer les mots «États contractants» à l'alinéa b du paragraphe 1 par les mots «États ayant participé à la négociation»⁴⁸. Avec cette dernière modification, l'article 24 (qui a ensuite été renuméroté article 22) a été adopté en seconde lecture. La Commission a aussi adopté un commentaire de quatre paragraphes concernant respectivement : les deux bases reconnues de l'entrée en vigueur à titre provisoire d'un traité (c'est-à-dire en vertu de ses propres clauses ou sur la base d'un accord distinct), la pratique consistant à mettre en vigueur provisoirement une partie seulement d'un traité, et une explication de la décision prise par la Commission de supprimer la disposition relative à la fin de l'application d'un traité mis en vigueur provisoirement.⁴⁹

B. Assemblée générale, 1966 et 1967

27. Saisie du rapport de la Commission du droit international, l'Assemblée générale a décidé, à sa vingt et unième session en 1966, dans sa résolution 2166 (XXI), du 5 décembre 1966, d'inviter les États Membres, entre autres, à présenter leurs observations et leurs commentaires sur le projet d'articles. Parmi les observations reçues des gouvernements, seules celles de la Belgique traitaient de l'article 22 (axées principalement sur les modalités de cessation de l'entrée en vigueur provisoire)⁵⁰. À la vingt-deuxième session de l'Assemblée, en 1967, lors du débat sur le droit des traités, la délégation suédoise a mentionné, en l'approuvant, l'observation de la Belgique⁵¹.

C. Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 1968 et 1969

28. La Conférence des Nations Unies sur le droit des traités s'est tenue à Vienne en deux sessions, du 26 mars au 24 mai 1968 et du 9 avril au 22 mai 1969, respectivement.

⁴⁵ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/CN.4/186 et Add.1 à 7, p. 55.

⁴⁶ Voir les paragraphes 75 et 76 *infra*.

⁴⁷ *Annuaire... 1966*, vol. I (2^e partie), 886^e séance, p. 314, par. 63.

⁴⁸ *Ibid.*, 887^e séance, p. 324, par. 69.

⁴⁹ *Ibid.*, vol. II, p. 229. Voir aussi paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 23 (*Pacta sunt servanda*), précédemment article 55 («Bien entendu, les mots "en vigueur" désignent aussi bien les traités qui sont en vigueur à titre provisoire, aux termes de l'article 22», *ibid.*, p. 230).

⁵⁰ A/6827, p. 6. Voir aussi le paragraphe 95 *infra*.

⁵¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-deuxième session, Sixième Commission*, 980^e séance, par. 13.

1. EXAMEN DU SUJET À LA PREMIÈRE SESSION, 1968

29. Le projet d'article 22 a été examiné dans un premier temps par la Commission plénière de la Conférence⁵², qui était saisie de 10 propositions d'amendement⁵³. Une proposition tendant à la suppression de l'article n'a pas été maintenue par ses auteurs⁵⁴. Plusieurs propositions rédactionnelles ont été renvoyées au Comité de rédaction. Deux propositions de suppression du paragraphe 2 ont été rejetées⁵⁵. Une proposition tendant à viser l'« application » au lieu de l'« entrée en vigueur » à titre provisoire des traités a été adoptée⁵⁶. La Commission plénière a approuvé, dans leur principe, deux propositions tendant à ajouter un nouveau paragraphe sur la fin de l'entrée en vigueur ou de l'application à titre provisoire d'un traité⁵⁷.

30. Compte tenu de ces points d'accord et décisions, l'article a été renvoyé au Comité de rédaction qui a proposé le texte révisé ci-après pour l'article 22⁵⁸:

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 sont ainsi convenus d'une autre manière.

⁵² À ses 26^e et 27^e séances, en avril 1968 [voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière (A/CONF.39/11*, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), p. 150 à 158].

⁵³ *Ibid.*, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, *Documents de la Conférence (A/CONF.39/11/Add.2*, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5), Rapport de la Commission plénière, p. 155 et 156, par. 222 à 230.

⁵⁴ Proposition des États-Unis d'Amérique, de la République de Corée et de la République du Viet Nam [*ibid.*, par. 224 i)].

⁵⁵ Par 63 voix contre 11, avec 12 abstentions (*ibid.*, par. 227 a).

⁵⁶ Par 72 voix contre 3, avec 11 abstentions (*ibid.*, par. 227 b).

⁵⁷ Par 69 voix contre 1, avec 20 abstentions (*ibid.*, par. 227 c).

⁵⁸ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 52], 72^e séance de la Commission plénière, p. 464, par. 24.

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 qui le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

31. En présentant le texte révisé, le Président du Comité de rédaction a souligné que l'article correspondait à une version modifiée de la proposition faite par la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie pour le texte liminaire du paragraphe 1, s'agissant notamment de la référence à l'« application à titre provisoire » d'un traité. La notion d'application provisoire d'une partie d'un traité, précédemment énoncée dans le paragraphe 2, était consacrée dans le paragraphe 1. Le nouveau paragraphe 2 a réintroduit la question de la fin de l'application provisoire d'un traité. Toutes les autres propositions ont été rejetées par le Comité de rédaction. La Commission plénière a adopté l'article 22 tel que proposé par le Comité de rédaction, sans le mettre aux voix⁵⁹.

2. EXAMEN DU SUJET À LA DEUXIÈME SESSION, 1969

32. Le rapport de la Commission plénière sur le projet d'article 22 a été examiné en séance plénière de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités lors de la deuxième session. La Conférence a adopté l'article 22 par 87 voix contre une, avec 13 abstentions⁶⁰. L'article 22 a été renuméroté et est devenu l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 464, par. 28.

⁶⁰ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière (A/CONF.39/11/Add.1*, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.6), 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 46, par. 101. Le Comité de rédaction a ensuite rejeté plusieurs propositions de modification de l'article 22 présentées lors du débat immédiatement avant l'adoption de l'article, ainsi qu'une proposition de la Yougoslavie tendant à ajouter un nouvel article (voir par. 79 *infra*); *ibid.*, 28^e séance plénière, 16 mai 1969, p. 168, par. 45 à 47.

CHAPITRE II

Questions de fond examinées lors de l'élaboration de l'article 25

A. Raison d'être de l'application provisoire des traités

33. Dès 1953, lorsque Sir Hersch Lauterpacht a envisagé l'existence d'un traité qui, « tout en prévoyant qu'il sera ratifié, dispose aussi qu'il entrera en vigueur avant sa ratification⁶¹ », une question fréquemment évoquée dans les rapports des rapporteurs spéciaux et lors des débats de la Commission a été celle de savoir si une telle disposition était courante dans la pratique des États. Sir Hersch Lauterpacht a noté qu'il existait de fréquents exemples de ce type de traité⁶².

⁶¹ *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, document A/CN.4/63, p. 91, art. 6, par. 2 b.

⁶² *Ibid.*, p. 114 et 115, paragraphe 5 b du commentaire relatif au projet d'article 6, par. 2 b. Certains exemples précis sont cités en 1962

34. Lors du débat sur le premier rapport de Sir Gerald Fitzmaurice⁶³, en 1959, M. Bartoš a indiqué que, selon lui, il fallait étudier dans une certaine mesure l'usage toujours plus répandu, notamment pour les accords commerciaux, d'insérer une clause prévoyant l'entrée en

par M. Herbert W. Briggs (*Annuaire... 1962*, vol. I, 644^e séance, p. 105, par. 87), en 1965 par M. Abdullah El-Erian (*Annuaire... 1965*, vol. I, 790^e séance, p. 119, par. 98), M. Milan Bartoš (*ibid.*, 791^e séance, p. 122, par. 23) et M. Obed Pessou (*ibid.*, par. 31), ainsi que par le Venezuela dans sa déclaration lors de la première session de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités [voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [note 52 *supra*], vol. I, 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 153, par. 29].

⁶³ Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 106. Dans son commentaire relatif au projet d'article 42, par. 1, le Rapporteur spécial s'est borné à dire que « [c]ette disposition vis[ait] le cas de l'entrée en vigueur provisoire d'un traité » (p. 131, par. 106).

vigueur provisoire de l'accord avant sa ratification⁶⁴. Il a repris cette idée en 1962, lorsqu'il a évoqué la pratique qui s'était dégagée de façon récente, surtout en ce qui concernait les accords douaniers, consistant à faire entrer ces accords en vigueur immédiatement en attendant leur ratification définitive⁶⁵.

35. Dans le commentaire relatif à sa proposition de paragraphe 6 de l'article 20, Sir Humphrey Waldock a évoqué un cas qui n'était pas rare dans la pratique moderne – celui d'un traité mis en vigueur provisoirement en attendant qu'il entre pleinement en vigueur⁶⁶. Le commentaire de l'article (renuméroté 24) adopté par la Commission en 1962 précisait ce qui suit : «Cet article consacre l'existence d'une pratique qui n'est pas rare de nos jours et qui mérite d'être signalée dans le projet d'articles⁶⁷.»

36. En 1965, M. Grigory Tounkine a fait observer que les dispositions de l'article 24 décrivaient une pratique existante au lieu d'exprimer une règle de droit, sachant par expérience qu'il n'était pas rare qu'un traité bilatéral soit soumis à ratification mais entre en vigueur immédiatement à la signature⁶⁸. Le Rapporteur spécial a fait observer par la suite que la Commission dans son ensemble paraissait fermement convaincue qu'elle traitait d'un phénomène commun, devenu l'un des éléments ordinaires de la pratique existante en matière de traité⁶⁹.

37. Ces idées ont de nouveau été avancées lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités⁷⁰. Le Venezuela a estimé que l'entrée en vigueur provisoire correspondait à une pratique répandue et à des besoins réels des relations internationales⁷¹. Plusieurs délégations se sont opposées à une proposition tendant à la suppression de l'article au motif que celui-ci correspondait à une pratique existante⁷².

38. La nécessité d'accélérer l'application d'un traité, généralement en raison de l'urgence, était la justification

⁶⁴ *Annuaire... 1959*, vol. I, 487^e séance, p. 38, par. 37.

⁶⁵ *Annuaire... 1962*, vol. I, 643^e séance, p. 98, par. 86. Voir aussi *ibid.*, 647^e séance, p. 131, par. 97.

⁶⁶ *Ibid.*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 80, paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 20.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 202, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 24.

⁶⁸ *Annuaire... 1965*, vol. I, 791^e séance, p. 122, par. 28.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 124, par. 55.

⁷⁰ Voir aussi le point de vue exprimé par Sir Humphrey Waldock en sa qualité d'expert-conseil auprès de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, selon lequel la pratique de l'application à titre provisoire était désormais bien établie parmi un grand nombre d'États, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session...* (A/CONF.39/11/Add.1) [voir *supra* la note 60], 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 45, par. 89.

⁷¹ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 52], 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 153, par. 29 et 31. Néanmoins, voir aussi l'observation de la Bulgarie selon laquelle l'article 22 concernait une situation qui se présentait rarement (*ibid.*, p. 155, par. 59).

⁷² Voir les commentaires d'Israël (*ibid.*, p. 154, par. 44), de la France (*ibid.*, par. 45), de la Suisse (*ibid.*, par. 46), du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (*ibid.*, p. 155, par. 48), du Cambodge (*ibid.*, 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 156, par. 4), de la Roumanie (*ibid.*, par. 5), de l'Italie [*ibid.*, *deuxième session...* (A/CONF.39/11/Add.1) [voir *supra* la note 60], 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 44, par. 83] et de la Pologne (*ibid.*, p. 45, par. 87).

le plus souvent avancée pour cette pratique. En 1959, M. Bartoš a évoqué les raisons pratiques valables qui militaient en faveur de l'insertion d'une clause⁷³, et M. Georges Scelle était disposé à l'admettre dans des cas très exceptionnels, par exemple les accords douaniers appliqués essentiellement en tant que mesure de protection immédiate de l'économie d'un pays⁷⁴. Dans le commentaire de l'article 24 adopté en 1962, il est dit qu'«en raison du caractère urgent des questions sur lesquelles porte le traité ou pour d'autres raisons, les États intéressés insèrent parfois dans un traité une disposition – qu'ils doivent soumettre à leurs autorités constitutionnelles pour ratification ou approbation – stipulant que le traité entrera en vigueur provisoirement⁷⁵». M. El-Erian a souscrit à cette explication en 1965, déclarant qu'il était utile d'inscrire dans le traité une clause sur l'entrée en vigueur provisoire lorsque le traité portait sur une question urgente, que sa mise en œuvre immédiate revêtait une grande signification politique ou qu'il importait, du point de vue psychologique, de ne pas attendre que la longue procédure nécessaire pour se conformer aux règles constitutionnelles soit achevée⁷⁶.

39. À la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, le Venezuela a relevé que la pratique était fondée sur l'urgence de certains accords⁷⁷. La Roumanie a affirmé que la pratique consistant à appliquer certains traités à titre provisoire était nécessaire lorsque la teneur même du traité rendait indispensable son application immédiate⁷⁸. La Malaisie a fait valoir que l'on pouvait ainsi profiter beaucoup plus tôt des avantages du traité⁷⁹. L'Autriche a considéré que l'interdépendance étroite qui caractérisait les relations internationales pouvait exiger la mise en application immédiate d'un traité⁸⁰. Le Costa Rica a estimé qu'il convenait d'approuver cette pratique pour des raisons de souplesse⁸¹. L'Italie a fait observer que le but de l'article 22 était, entre autres, d'introduire l'élément de flexibilité nécessaire pour régler les relations conventionnelles internationales actuelles⁸². De même, l'expert-conseil (Sir Humphrey Waldock) a rappelé qu'il était généralement recouru à la pratique de l'application à titre provisoire dans deux situations : a) lorsqu'il peut être extrêmement souhaitable de prendre à bref délai certaines mesures par voie d'accord, en raison de l'urgence de la question qui est en jeu, en particulier dans le cas des traités de caractère économique ; et b) lorsqu'il s'agit moins d'une question urgente que de mesures dont

⁷³ *Annuaire... 1959*, vol. I, 487^e séance, p. 38, par. 40.

⁷⁴ *Ibid.*, par. 41.

⁷⁵ *Annuaire... 1962*, vol. II, p. 202, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 24.

⁷⁶ *Annuaire... 1965*, vol. I, 790^e séance, p. 119, par. 96 ; voir aussi l'exemple mentionné *ibid.*, par. 98.

⁷⁷ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 52], 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 153, par. 29.

⁷⁸ *Ibid.*, 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 156, par. 5.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 156 et 157, par. 7.

⁸⁰ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session...* (A/CONF.39/11/Add.1) [voir *supra* la note 60], 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 42, par. 59.

⁸¹ *Ibid.*, p. 43, par. 67.

⁸² *Ibid.*, p. 44, par. 83.

l'utilité semble manifeste et qui ont toutes les chances d'être approuvées par le parlement⁸³.

40. Une autre raison avancée tenait à des considérations de droit interne. Ainsi la Suède a fait observer que l'on prévoyait souvent l'application à titre provisoire en attendant que les procédures constitutionnelles internes soient menées à bien, parce que l'on n'était jamais absolument assuré qu'en définitive l'acceptation provisoire du traité serait confirmée⁸⁴. C'est ce qu'a dit M. Antonio de Luna en 1965 lorsqu'il a estimé que la méthode envisagée à l'article 24 offrait une solution beaucoup plus élégante des difficultés résultant des règles constitutionnelles de la ratification que la méthode qui consistait à employer une terminologie spéciale afin d'éviter les mots « traité » et « ratification »⁸⁵. Lors de la même session, M. Bartoš a observé que, si le traité était seulement appliqué à titre provisoire, la plupart des jurisprudences voyaient dans cette situation un expédient pratique qui n'introduisait pas les normes internationales dans le système interne⁸⁶.

41. Plusieurs délégations à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités ont été du même avis. Ainsi, la Yougoslavie a considéré que l'article avait son utilité juridique⁸⁷. La Roumanie a déclaré que l'application à titre provisoire répondait aux besoins réels des États en proposant un système qui permettait d'éviter les retards entraînés par la procédure de ratification, d'approbation ou d'acceptation⁸⁸. La Malaisie a fait valoir que l'on avait souvent avantage à éviter le retard inutile qu'entraînait l'application des procédures traditionnelles⁸⁹.

42. Cependant, plusieurs délégations ont exprimé des doutes pour des raisons tenant au respect du droit interne. Ainsi, le Viet Nam a fait valoir que des États pourraient, sous la pression des circonstances, s'engager hâtivement sans avoir pesé toutes les difficultés que risquerait de rencontrer la ratification ultérieure de leurs engagements⁹⁰. Le Venezuela a fait observer que les gouvernements hésitaient à s'engager sans avoir accompli la procédure prévue par le droit interne, à moins qu'ils ne soient certains que la ratification ne soulèverait aucun problème politique⁹¹. La Grèce a déclaré que les dispositions de l'article 22 pouvaient provoquer un conflit entre le droit international et le droit constitutionnel d'un État et, ainsi, donner lieu à

des situations délicates⁹². Plusieurs délégations ont toutefois fait observer que la solution pour les États se heurtant à des difficultés d'ordre constitutionnel était de s'abstenir de conclure des traités prévoyant leur application provisoire⁹³. L'expert-conseil s'est déclaré surpris de l'inquiétude manifestée, car il lui semblait que l'article protégeait la situation constitutionnelle de certains États, plutôt que l'inverse, parce que l'État intéressé n'était nullement obligé de recourir à la procédure de l'application à titre provisoire⁹⁴.

43. Le Guatemala⁹⁵, le Costa Rica⁹⁶, le Cameroun⁹⁷ et l'Uruguay⁹⁸ ont fait savoir qu'en raison d'un conflit avec leurs Constitutions respectives ils ne pouvaient souscrire à l'article. Le représentant de la République de Corée a dit s'être abstenu de voter sur l'article car, pour des raisons d'ordre constitutionnel, un tel article risquait de placer son gouvernement dans une situation difficile⁹⁹. Celui d'El Salvador a déclaré avoir voté en faveur de l'article, malgré les problèmes que cet article posait à la délégation salvadorienne, car il reconnaissait l'importance de la pratique en question sur le plan international¹⁰⁰. Après l'adoption de la totalité du texte de la Convention sur le droit des traités, la délégation guatémaltèque a demandé qu'on lui donne acte de ses réserves au sujet, notamment, de l'article 25, en raison des restrictions imposées par sa Constitution¹⁰¹.

B. De l'« entrée en vigueur » à titre provisoire à l'« application » à titre provisoire

44. Les différentes versions de l'article élaborées successivement par la Commission comportaient provisoirement l'expression « entrée en vigueur ». On peut cependant trouver, dès 1962, dans les documents de la Commission l'expression « application provisoire ». Cette année-là par exemple, M. Alfred Verdross a évoqué une pratique selon laquelle un traité, une fois signé, peut entrer en vigueur s'il est appliqué dans la pratique avant même sa ratification¹⁰². M. Herbert Briggs a cité l'exemple d'un traité entre les États-Unis et les Philippines dont un article avait été mis en application par une proclamation présidentielle à une date antérieure à celle de l'entrée en vigueur du traité¹⁰³. M. Bartoš, faisant référence à plusieurs accords intervenus entre l'Italie et la Yougoslavie, a indiqué que ces accords prévoyaient leur application provisoire en attendant la ratification¹⁰⁴.

⁸³ Ibid., p. 45, par. 89.

⁸⁴ Voir *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, annexe, p. 304 et suiv., à la page 387.

⁸⁵ *Annuaire... 1965*, vol. I, 790^e séance, p. 118 et 119, par. 92.

⁸⁶ Ibid., 791^e séance, p. 121 et 122, par. 21. Voir aussi la remarque de M. Eduardo Jiménez de Aréchaga selon laquelle c'est en raison des difficultés d'ordre constitutionnel qui retardent parfois la ratification qu'il a jugé l'article 24 particulièrement utile (ibid., p. 124, par. 50).

⁸⁷ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 52], 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 153, par. 28.

⁸⁸ Ibid., 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 156, par. 5.

⁸⁹ Ibid., p. 156 et 157, par. 7.

⁹⁰ Ibid., 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 153, par. 26.

⁹¹ Ibid., par. 30. Voir aussi les observations de la Suisse (ibid., p. 154, par. 46), des États-Unis (ibid., p. 155, par. 51) et de la Malaisie (ibid., 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 156 et 157, par. 7).

⁹² *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session...* (A/CONF.39/11/Add.1) [voir *supra* la note 60], 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 44, par. 73.

⁹³ Voir les déclarations de l'Uruguay (ibid., par. 78), du Canada (ibid., par. 80), de l'Italie (ibid., p. 44 et 45, par. 84), de la Colombie (ibid., p. 45, par. 86), de la Pologne (ibid., par. 87) et de l'Ouganda (ibid., p. 46, par. 92).

⁹⁴ Ibid., p. 45, par. 89 et 90.

⁹⁵ Ibid., p. 42, par. 54.

⁹⁶ Ibid., p. 43, par. 67.

⁹⁷ Ibid., p. 43 et 44, par. 72.

⁹⁸ Ibid., p. 44, par. 77.

⁹⁹ Ibid., p. 46, par. 102.

¹⁰⁰ Ibid., par. 103 et 104.

¹⁰¹ Ibid., 36^e séance plénière, 22 mai 1969, p. 222, par. 69.

¹⁰² *Annuaire... 1962*, vol. I, 644^e séance, p. 103, par. 69.

¹⁰³ Ibid., p. 105, par. 87.

¹⁰⁴ Ibid., 647^e séance, p. 131, par. 98.

45. Le texte proposé par Sir Humphrey Waldock pour le paragraphe 2 *b* de l'article 21 portait que toute partie pouvait dénoncer l'application provisoire du traité¹⁰⁵. Sir Humphrey Waldock a expliqué qu'il devait y avoir un moment où les États seraient en droit de dire que l'application provisoire du traité devait prendre fin¹⁰⁶, et il lui paraissait souhaitable de déterminer les formalités à observer pour dénoncer l'application provisoire du traité¹⁰⁷. M. Tounkine a douté de l'opportunité de maintenir la règle énoncée à l'alinéa *b* parce qu'on pouvait l'interpréter comme permettant à un État de mettre fin à l'application provisoire d'un traité, nonobstant les dispositions du traité lui-même¹⁰⁸.

46. L'article 21 (renuméroté 24), adopté par la Commission en 1962, comporte le membre de phrase suivant : «soit jusqu'au moment où les États intéressés sont convenus de mettre fin à son application provisoire¹⁰⁹». Il résulte du commentaire de l'article que l'application «provisoire» du traité prendrait fin lorsque ce dernier serait dûment ratifié ou approuvé ou lorsque les États intéressés conviendraient de mettre fin à l'application provisoire du traité¹¹⁰.

47. Dans certaines des observations écrites qu'ils ont communiquées, les gouvernements ont parlé d'«application» provisoire. La Suède, par exemple, a évoqué la fin de l'application à titre provisoire du traité¹¹¹. Les Pays-Bas, analysant la différence entre entrée en vigueur provisoire et application provisoire, ont fait observer que l'expression «application provisoire» pouvait également être interprétée comme s'appliquant à une forme non obligatoire d'application provisoire¹¹².

48. La question de l'opportunité de viser l'«application provisoire» par opposition à l'«entrée en vigueur provisoire» a été directement posée à la suite de l'avis exprimé par M. Reuter en 1965, en ces termes :

L'expression «entrée en vigueur provisoire» correspond sans doute à la pratique, mais elle est complètement fautive, car l'entrée en vigueur est une chose tout à fait différente de l'application des règles d'un traité. L'entrée en vigueur peut être assortie de certaines conditions, d'un terme, de modalités, qui la dissocient de l'application des règles du traité. La pratique dont il s'agit consiste, non pas à mettre en vigueur tout le traité, avec son mécanisme conventionnel, y compris les clauses finales notamment, mais à prendre des dispositions pour appliquer immédiatement les règles de fond contenues dans le traité¹¹³.

49. Ont souscrit à cette thèse : M. Verdross, qui a ajouté qu'il s'agissait évidemment de mettre en application certaines des dispositions du traité, mais non le traité dans son ensemble et en tout cas pas les clauses finales¹¹⁴ ; le

Président (M. Bartoš)¹¹⁵ ; M. de Luna, qui a estimé lui aussi que l'expression «entrée en vigueur provisoire» était impropre¹¹⁶ ; M. Manfred Lachs, pour qui la disposition se rapportait en réalité à l'application, à titre provisoire, des clauses du traité¹¹⁷ ; et M. Briggs¹¹⁸. M. Jiménez de Aréchaga a reconnu la pertinence de cette thèse du point de vue logique, tout en indiquant que l'entrée en vigueur provisoire était une pratique courante¹¹⁹.

50. M. Roberto Ago a considéré ce qui suit :

[L'article 24] envisage [...] deux hypothèses complètement différentes. La première, à laquelle M. Reuter s'est référé [...], est l'hypothèse où le traité lui-même n'entre pas en vigueur avant l'échange des instruments de ratification ou d'approbation ; c'est en quelque sorte par un accord secondaire distinct du traité que les parties, au moment de la signature, conviennent de mettre en application, à titre provisoire, certaines clauses, voire toutes les clauses, du traité.

[...] La seconde hypothèse, la plus importante, est celle que la Commission avait envisagée en 1962 et à laquelle le Rapporteur spécial a songé en proposant un nouveau texte. C'est celle où le traité entre véritablement en vigueur au moment de la signature mais où il est prévu que le traité sera ensuite ratifié ; cette ratification ne fait que confirmer ce qui existe déjà depuis le moment de la signature. On pourrait dire que dans ce cas le traité entre en vigueur sous condition résolutoire. Si les ratifications ne sont pas effectuées en temps voulu, le traité cessera d'être en vigueur ; néanmoins, le traité aura été en vigueur et il aura produit ses effets entre le moment de la signature et le moment où il cessera d'être en vigueur par défaut de ratification.

[...] Si [...] l'entrée en vigueur n'a lieu qu'au moment de la ratification, il y a, pendant la période qui s'écoule entre la signature et la ratification, application provisoire de certaines clauses du traité sur la base d'un accord secondaire entre les parties, et c'est cet accord seul qui entre en vigueur¹²⁰.

Il a précisé par la suite que la première des hypothèses évoquées, celle de l'application provisoire envisagée par M. Reuter, méritait d'être mentionnée dans l'article 24¹²¹.

51. M. Senjin Tsuruoka a estimé comme M. Ago que c'était un accord distinct du traité qui entrerait en vigueur conformément à l'article 23, le traité étant alors appliqué provisoirement selon les conditions prévues dans cet accord accessoire¹²². M. Jiménez de Aréchaga a dit cependant n'être pas convaincu de l'existence, en pratique, d'une différence entre les deux situations envisagées par M. Ago¹²³. M. Tounkine a reconnu avec M. Ago qu'il existait deux possibilités, mais, pour des considérations d'ordre pratique, il ne croyait pas nécessaire d'envisager ces deux possibilités à l'article 24. L'entrée en vigueur provisoire étant une question d'importance, l'article 24 devait être conservé pour la régler¹²⁴.

52. Sir Humphrey Waldock a rappelé par la suite que quelques divergences d'opinions étaient apparues à

¹⁰⁵ Voir *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 81.

¹⁰⁶ *Ibid.*, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 21.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, vol. I, 657^e séance, p. 200, par. 15.

¹⁰⁹ *Ibid.*, vol. II, p. 202.

¹¹⁰ *Ibid.*, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 24.

¹¹¹ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, annexe, p. 387, observations sur l'article 24 ; voir aussi les observations du Luxembourg sur l'article 12 (*ibid.*, p. 353).

¹¹² Voir *ibid.*, p. 360.

¹¹³ *Annuaire... 1965*, vol. I, 790^e séance, p. 117, par. 75.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 118, par. 81.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 83.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 91.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 119, par. 100.

¹¹⁸ *Ibid.*, 791^e séance, p. 120, par. 3.

¹¹⁹ *Ibid.*, 790^e séance, p. 117, par. 76. M. Tounkine ne partageait pas l'avis de M. Reuter (voir *ibid.*, 791^e séance, p. 122, par. 29).

¹²⁰ *Ibid.*, 791^e séance, p. 120, par. 5 à 7.

¹²¹ *Ibid.*, p. 121, par. 17.

¹²² *Ibid.*, par. 11.

¹²³ *Ibid.*, p. 124, par. 53.

¹²⁴ *Ibid.*, par. 54.

propos de la question de savoir si, dans le cas envisagé par l'article, le traité entré en vigueur provisoirement ou s'il y avait un accord pour en appliquer certaines dispositions. Le Comité de rédaction a rédigé l'article 24 dans le sens d'une entrée en vigueur provisoire du traité parce que c'était là l'expression la plus souvent usitée dans les traités et par les États. D'autre part, il lui semblait que la différence entre les deux conceptions était une question purement théorique¹²⁵. Il a ajouté qu'en réalité l'article 23 (Entrée en vigueur des traités) envisageait les cas où un traité ne prévoyait pas son entrée en vigueur mais où, par un accord distinct, les États intéressés acceptaient de le mettre en vigueur à une certaine date. Il ne voyait pas une grande différence entre ce cas et ceux où les États intéressés acceptaient que le traité, bien qu'il soit soumis à la ratification, entre en vigueur à titre provisoire¹²⁶.

53. À la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, en 1968, la Commission plénière a examiné une proposition présentée conjointement par la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie tendant à voir modifier le paragraphe 1 de l'article 22 afin de viser l'application à titre provisoire au lieu de l'entrée en vigueur à titre provisoire¹²⁷. L'amendement a été appuyé par les États-Unis (si l'article 22 devait être maintenu, il faudrait remplacer « entrer en vigueur » par « être appliqué »)¹²⁸, Ceylan (d'accord en tout cas pour l'emploi de l'expression « être appliqué »)¹²⁹, l'Italie (on ne saurait confondre la simple mise en application, qui relève de la pratique, et l'entrée en vigueur, qui est une notion juridique formelle)¹³⁰, la Tchécoslovaquie (il faut dire « application provisoire » et non « entrée en vigueur provisoire », car il peut difficilement y avoir deux entrées en vigueur)¹³¹, Israël (l'expression « à titre provisoire » introduit un élément de temps et, à moins que l'on ne mette l'accent sur la mise en application plutôt que sur l'entrée en vigueur, il faudrait préciser que l'expression « à titre provisoire » se réfère au temps et non aux effets juridiques)¹³², la France (la notion d'entrée en vigueur provisoire est difficile à définir d'un point de vue juridique)¹³³, la Suisse¹³⁴, le Royaume-Uni (il s'agit plutôt de l'application que de l'entrée en vigueur du traité)¹³⁵, la Grèce¹³⁶, le Cambodge¹³⁷, la Thaïlande¹³⁸ et l'Équateur (l'expression

« application à titre provisoire » a un sens plus juridique et plus précis que la formule « entrée en vigueur à titre provisoire »)¹³⁹. L'Iraq a cependant exprimé son désaccord (d'un point de vue juridique, la situation étant la même que lors de l'entrée en vigueur définitive, la seule différence tenant à l'élément temps)¹⁴⁰.

54. L'expert-conseil, Sir Humphrey Waldock, a rappelé que la Commission du droit international et plus particulièrement son Comité de rédaction avaient longuement réfléchi au choix entre les expressions « application à titre provisoire » et « entrée en vigueur à titre provisoire », la Commission décidant finalement de retenir l'expression « entrée en vigueur à titre provisoire » en ce qu'elle lui semblait utilisée expressément dans la grande majorité des traités contenant la disposition considérée. Du point de vue de l'élégance juridique, il lui semblait également préférable de ne pas parler d'application, car il était clair qu'avant que des dispositions conventionnelles puissent être appliquées il fallait qu'un instrument international soit entré en vigueur. Cet instrument pouvait être soit le traité principal lui-même, soit un accord subsidiaire tel qu'un échange de notes extérieur au traité. Une autre raison tenait au fait qu'il était très courant que cette procédure soit suivie dans les cas où il était extrêmement urgent de mettre en vigueur les dispositions du traité. En de tels cas, il arrivait que la ratification n'ait jamais lieu parce que le but du traité a été atteint avant qu'elle ait pu se faire. Il était bien évident que des instruments de cette nature devaient avoir une base juridique, et c'était la raison pour laquelle il convenait de faire mention de l'« entrée en vigueur à titre provisoire »¹⁴¹.

55. L'amendement a cependant été adopté, et les versions ultérieures de l'article ont intégré la nouvelle formulation. La question a de nouveau été soulevée l'année suivante lors d'un échange de vues en séance plénière de la Conférence concernant les conséquences juridiques du changement de libellé¹⁴².

C. Base juridique de l'application à titre provisoire

56. La Commission du droit international a envisagé dans un premier temps la pratique de l'entrée en vigueur à titre provisoire comme une possibilité qui n'était offerte qu'en vertu des termes du traité lui-même. En 1953, Sir Hersch Lauterpacht a donné des exemples de traités contenant des dispositions particulières permettant leur application avant leur entrée en vigueur¹⁴³. Dans son premier rapport, Sir Gerald Fitzmaurice a retenu cette solution dans le texte proposé pour le paragraphe 1 de l'article 42 (« Toutefois, un traité peut stipuler qu'il entrera en vigueur provisoirement »)¹⁴⁴. De même, Sir Humphrey Waldock, dans son premier rapport, a lui aussi circonscrit

¹²⁵ Ibid., 814^e séance, p. 298 et 299, par. 39.

¹²⁶ Ibid., par. 40.

¹²⁷ A/CONF.39/C.1/L.185 et Add.1, reproduit dans *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) [voir *supra* la note 53], Rapport de la Commission plénière, p. 155, par. 224 ii) b.

¹²⁸ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 52], 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 152, par. 24.

¹²⁹ Ibid., p. 153, par. 34 et 35.

¹³⁰ Ibid., p. 154, par. 43.

¹³¹ Ibid., par. 37.

¹³² Ibid., par. 44.

¹³³ Ibid., par. 45.

¹³⁴ Ibid., par. 46.

¹³⁵ Ibid., p. 155, par. 49.

¹³⁶ Ibid., par. 54.

¹³⁷ Ibid., 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 156, par. 4.

¹³⁸ Ibid., p. 157, par. 8.

¹³⁹ Ibid., par. 14.

¹⁴⁰ Ibid., 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 155, par. 52.

¹⁴¹ Ibid., 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 157 et 158, par. 15 à 18.

¹⁴² Voir les paragraphes 77 à 79 *infra*.

¹⁴³ *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, document A/CN.4/63, p. 114 et 115, paragraphe 5 b du commentaire relatif au projet d'article 6, paragraphe 2 b.

¹⁴⁴ Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 119.

initialement cette possibilité aux traités qui la prévoyaient expressément¹⁴⁵. Les débats de la Commission en 1962 se sont également inscrits dans ce cadre. Ainsi, M. Bartoš a cité des exemples d'accords internationaux dans lesquels il était stipulé que le traité serait appliqué du jour de la signature, alors que la valeur juridique définitive du traité devait dépendre de l'échange des instruments de ratification¹⁴⁶.

57. M. Rosenne a cependant fait observer que parfois, lorsqu'un accord en forme régulière est sujet à ratification, un accord en forme simplifiée est conclu pour mettre le premier en vigueur, à titre provisoire, pendant la période intérimaire, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il soit ratifié ou jusqu'à ce que l'on ait la certitude qu'il ne sera pas ratifié¹⁴⁷. Souscrivant à cette opinion, le Rapporteur spécial, Sir Humphrey Waldock, a reconnu qu'il était nécessaire de donner des précisions dans le commentaire et d'y indiquer que le texte couvrait cette éventualité, puisque la formule employée à l'article 21 ne la mentionnait pas en termes exprès¹⁴⁸. Alors que l'article 21 (renuméroté 24) adopté par la Commission cette année-là restait conforme à la première approche, le commentaire posait la question de savoir si le traité devait être considéré comme entrant en vigueur provisoirement¹⁴⁹.

58. Dans son quatrième rapport, Sir Humphrey Waldock, en réponse à une observation de la Suède évoquant la possibilité d'un accord distinct entre les parties¹⁵⁰, a proposé de remanier l'article 24 pour tenir compte des cas où l'accord en vue de mettre le traité en vigueur à titre provisoire n'est pas formulé dans le traité proprement dit, mais conclu séparément¹⁵¹. Le texte qu'il proposait se lit ainsi, *in fine*: «Un traité peut disposer, ou les parties peuvent convenir, qu'avant son entrée en vigueur [...] il entrera en vigueur à titre provisoire [...]»¹⁵². Le Rapporteur spécial a expliqué que, dans le texte anglais (*or the parties may otherwise agree*), le mot *otherwise* s'appliquait au cas où il n'y avait pas de disposition dans le traité lui-même sur la question, mais où les parties concluaient un accord séparé, par exemple sous forme d'échange de notes. Cet accord lui-même constituerait un traité, mais ne serait pas le traité dont l'entrée en vigueur provisoire était en cause¹⁵³.

¹⁴⁵ *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 79, art. 20, par. 6 («un traité peut spécifier qu'il entrera en vigueur provisoirement»), et *ibid.*, p. 80, art. 21, par. 2 a («Lorsqu'un traité stipule qu'il entrera en vigueur provisoirement»).

¹⁴⁶ *Annuaire... 1962*, vol. I, 647^e séance, 21 mai 1962, p. 131, par. 97. Voir aussi la déclaration de M. Yuen-li Liang, Secrétaire de la Commission, citant un passage du *Précis de la pratique du Secrétaire général dépositaire d'accords multilatéraux* (ST/LEG/7, par. 42), prévoyant qu'un État ne peut devenir partie à un traité à titre provisoire, ou en ce qui concerne certaines de ses dispositions seulement, que si cette possibilité est prévue dans l'accord lui-même (*ibid.*, p. 127, par. 40).

¹⁴⁷ *Ibid.*, 668^e séance, p. 285, par. 38.

¹⁴⁸ *Ibid.*, par. 39.

¹⁴⁹ *Ibid.*, vol. II, p. 202, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 24.

¹⁵⁰ *Annuaire... 1965*, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 61, observations de la Suède relatives au projet d'article 24.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 62, paragraphe 3 des observations et propositions du Rapporteur spécial relatives au projet d'article 24.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Annuaire... 1965*, vol. I, 790^e séance, p. 118, par. 90.

59. Différents avis ont été exprimés sur ce point au sein de la Commission. Par exemple, alors que M. Rosenne proposait de ne viser que l'accord des parties¹⁵⁴, M. Lachs a dit préférer que la disposition traite des deux situations¹⁵⁵. M. El-Erian a estimé que la question de savoir si l'entrée en vigueur provisoire avait sa source dans le traité lui-même ou dans un accord auxiliaire était un problème théorique dont on pouvait laisser la solution aux interprètes¹⁵⁶. Le Rapporteur spécial a fait observer que s'il n'existait aucune disposition dans le traité même, les États ne pouvaient être empêchés de mettre en vigueur le traité en totalité ou en partie au moyen d'un accord distinct¹⁵⁷.

60. Le texte adopté en définitive par la Commission prévoyait l'entrée en vigueur à titre provisoire d'un traité dans deux situations: si le traité lui-même dispose qu'il entrerait en vigueur à titre provisoire, ou si les États ayant participé à la négociation en sont ainsi convenus d'une autre manière¹⁵⁸. Dans ce dernier cas, il ressortait du commentaire qu'une autre procédure qui aurait le même effet consistait pour les États à ne pas insérer dans le traité une clause de ce genre, mais à convenir, dans un protocole distinct ou par échange de lettres ou de toute autre manière, de mettre le traité en vigueur provisoirement¹⁵⁹.

61. Lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, toutes les propositions d'amendement du paragraphe 1 de l'article 22 ont maintenu les deux modalités possibles d'application d'un traité à titre provisoire mentionnées dans la version adoptée par la Commission.

D. Application à titre provisoire d'une partie d'un traité

62. Les premières propositions tendant à consacrer l'entrée en vigueur d'un traité à titre provisoire, jusqu'à, et y compris, la proposition faite par Sir Humphrey Waldock dans son premier rapport, étaient axées sur la totalité du traité. Cependant, en 1962, la Commission a adopté en première lecture une version révisée de l'article qui visait l'entrée en vigueur à titre provisoire d'un traité en totalité ou en partie¹⁶⁰. En 1965, le Comité de rédaction a remanié l'article, notamment en transférant la question de l'entrée en vigueur provisoire d'une partie d'un traité dans un second paragraphe, qui, tel qu'il a été adopté, était ainsi libellé: «La même règle s'applique à l'entrée en vigueur à titre provisoire d'une partie d'un traité.» Le commentaire comportait l'explication suivante:

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 ou pour préparer la voie à l'entrée en vigueur de l'ensemble du traité à une époque un peu plus éloignée¹⁶¹.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 119, par. 95.

¹⁵⁵ *Ibid.*, par. 101.

¹⁵⁶ *Ibid.*, par. 97.

¹⁵⁷ *Ibid.*, 814^e séance, p. 299, par. 46.

¹⁵⁸ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 229, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 22.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 229 et 230, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 22.

¹⁶⁰ *Annuaire... 1962*, vol. II, p. 202, art. 24.

¹⁶¹ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 229, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 22.

63. Deux propositions de suppression du paragraphe 2¹⁶² ont été rejetées¹⁶³ lors de la Conférence des Nations Unies pour le droit des traités, mais une proposition d'amendement du paragraphe 1 présentée conjointement par la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie¹⁶⁴ a été retenue¹⁶⁵, ce qui a entraîné le transfert du contenu du paragraphe 2 du texte établi par la Commission dans le chapeau du paragraphe 1 (« Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire »).

E. Conditions

64. Au début des travaux de la Commission, la question de l'entrée en vigueur d'un traité à titre provisoire a aussi généralement conduit à évoquer les conditions de celle-ci. Dans son premier rapport, Sir Hersch Lauterpacht a cité des exemples de traités entrant en vigueur, avant leur ratification, à une certaine date, à savoir la date de la signature ou dans un délai de quinze jours de celle-ci¹⁶⁶. Dans le texte qu'il a proposé pour le paragraphe 1 de l'article 42, Sir Gerald Fitzmaurice a envisagé l'entrée en vigueur provisoire d'un traité à une date déterminée ou lorsqu'une condition particulière serait remplie, comme, par exemple, le dépôt d'un nombre déterminé d'instruments de ratification¹⁶⁷. De même, Sir Humphrey Waldock a prévu que l'entrée en vigueur provisoire d'un traité pourrait intervenir « lors de sa signature ou à une date donnée ou à l'occasion d'un événement donné » dans le texte qu'il a proposé pour le paragraphe 6 de l'article 20¹⁶⁸, ou encore « à une date donnée ou à l'occasion d'un événement donné » dans celui proposé pour le paragraphe 2 a de l'article 21¹⁶⁹. L'article 21 (renuméroté 24) adopté en 1962 parlait d'entrée en vigueur à titre provisoire « soit à une date déterminée, soit une fois remplies certaines conditions¹⁷⁰ ».

65. Néanmoins, le texte adopté par la Commission en 1965 excluait toute référence à une date ou à un événement donné pour l'entrée en vigueur d'un traité à titre provisoire. Cette solution a été retenue dans toutes les versions postérieures, y compris celle adoptée en définitive en tant qu'article 25 de la Convention de Vienne de 1969.

¹⁶² Propositions présentées par les Philippines (A/CONF.39/C.1/L.165) et conjointement par la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie (A/CONF.39/C.1/L.185 et Add.1) [Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions... (A/CONF.39/11/Add.2) [note 53 supra], Rapport de la Commission plénière, p. 155, par. 223]. Voir aussi les déclarations des Philippines [ibid., première session... (A/CONF.39/11) [voir supra la note 52], 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 153, par. 25], et de la Malaisie et de la Thaïlande (ibid., 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 156 et 157, par. 7 et 8).

¹⁶³ Par 63 voix contre 11, avec 12 abstentions [ibid., première et deuxième sessions... (A/CONF.39/11/Add.2) [voir supra la note 53], Rapport de la Commission plénière, p. 156, par. 227 a].

¹⁶⁴ Voir A/CONF.39/C.1/L.185 et Add.1 [ibid., première et deuxième sessions... (A/CONF.39/11/Add.2) [note 53 supra], Rapport de la Commission plénière, p. 155, par. 223].

¹⁶⁵ Par 72 voix contre 3, avec 11 abstentions [ibid., première et deuxième sessions... (A/CONF.39/11/Add.2) [note 53 supra], Rapport de la Commission plénière, p. 156, par. 227 b].

¹⁶⁶ *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, document A/CN.4/63, p. 114 et 115, paragraphe 5 b du commentaire de l'article 6, paragraphe 2 b.

¹⁶⁷ *Annuaire... 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 106.

¹⁶⁸ *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 79.

¹⁶⁹ Ibid., p. 81.

¹⁷⁰ Ibid., p. 202.

F. Nature juridique de l'application à titre provisoire

1. EXAMEN DANS LE CONTEXTE DE L'APPLICATION DES TRAITÉS À TITRE PROVISOIRE

66. Tout au long de l'examen de la question de l'entrée en vigueur provisoire des traités, la Commission a considéré de manière générale que cette pratique entraînait une obligation d'exécuter le traité, ne fût-ce qu'à titre provisoire¹⁷¹.

67. Sir Gerald Fitzmaurice a ainsi proposé dans son premier rapport un article 42 qui, dans son paragraphe 1, prévoyait que dans ces cas les parties seraient tenues d'exécuter le traité à titre provisoire¹⁷². Lors du débat sur le rapport, en 1959, en réponse à une question de M. Bartoš (qui se demandait quelle serait la valeur juridique d'un tel accord si l'une des parties ne le ratifiait pas)¹⁷³, le Rapporteur spécial a indiqué que la question était réglée au paragraphe 1 de l'article 42¹⁷⁴. Selon M. Scelle, on ne pouvait cependant pas considérer qu'un traité qui n'a pas été ratifié ait été conclu ou produise des effets¹⁷⁵.

68. La question a de nouveau été soulevée en 1962 lors de l'examen du premier rapport de Sir Humphrey Waldock, et pas uniquement dans le contexte de ses propositions concernant l'entrée en vigueur provisoire des traités. À propos du projet d'article 9 (Effets juridiques de la signature définitive), et en particulier de la référence, à l'alinéa e du paragraphe 2, à la bonne foi de l'État signataire, M. Verdross a indiqué que s'il s'agissait d'un traité signé sous réserve de ratification, qui n'était pas ratifié, il ne s'ensuivrait aucune obligation. Cela n'interdisait pas la pratique selon laquelle un traité, une fois signé, pouvait entrer en vigueur s'il était appliqué dans la pratique avant même sa ratification; il serait alors ratifié de facto¹⁷⁶. La question a de nouveau été évoquée par M. Bartoš à une séance ultérieure, à l'occasion de l'examen de l'article 12 (Effets juridiques de la ratification), lorsqu'il a déclaré qu'il arrivait de temps en temps que l'échange des instruments de ratification n'intervienne qu'après que les dispositions du traité ont été intégralement appliquées, bien qu'elles n'aient jusqu'à la ratification qu'une valeur provisoire. C'est la ratification ultérieure qui donnait alors force obligatoire aux effets du traité et aux actes fondés sur ledit traité¹⁷⁷.

69. La position des deux Rapporteurs spéciaux, Sir Gerald Fitzmaurice et Sir Humphrey Waldock, qui ont envisagé la question de l'entrée en vigueur provisoire des traités dans leurs rapports respectifs est claire: tous deux considéraient cette pratique comme un mode d'entrée en

¹⁷¹ Voir la déclaration de M. François en 1951 qui, bien que portant plus directement sur la question de l'effet du droit interne sur le respect des traités, illustre le type de problème juridique susceptible de se poser dans le cadre de l'application provisoire d'un traité (*Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. I, 88^e séance, p. 47, par. 37 et 38).

¹⁷² *Annuaire... 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 119.

¹⁷³ *Annuaire... 1959*, vol. I, 487^e séance, p. 38, par. 37.

¹⁷⁴ Ibid., par. 38.

¹⁷⁵ Ibid., par. 39.

¹⁷⁶ *Annuaire... 1962*, vol. I, 644^e séance, p. 103, par. 69.

¹⁷⁷ Ibid., 647^e séance, p. 131, par. 97.

vigueur des traités, avec toutes les conséquences juridiques qui en résultaient. Sir Humphrey Waldock a été le plus explicite sur ce point¹⁷⁸. En présentant le texte qu'il a proposé pour le paragraphe 6 de l'article 20, il a indiqué qu'une clause conventionnelle prévoyant l'entrée en vigueur provisoire d'un traité était, à un certain égard, une clause relative à une modalité de l'entrée en vigueur du traité¹⁷⁹. Les « effets juridiques » de l'entrée en vigueur provisoire étaient précisés dans le texte qu'il a proposé pour le paragraphe 2 *a* de l'article 21, qui prévoyait que « les droits et obligations découlant du traité naissent pour les parties au traité¹⁸⁰ ». Il a précisé que le paragraphe 2 venait définir les effets juridiques de l'entrée en vigueur provisoire d'un traité. De toute évidence, la règle formulée à l'alinéa *a* découlait simplement du caractère provisoire de l'entrée en vigueur¹⁸¹.

70. En dépit de l'avis contraire d'au moins un membre¹⁸², la Commission a maintenu cette référence contextuelle à l'« entrée en vigueur » dans l'article 22 (renuméroté 24) tel qu'adopté en 1962¹⁸³. Faisant suite à l'idée exprimée par M. Bartoš selon laquelle il convenait de donner quelque explication dans le commentaire pour empêcher que l'on ne soutienne qu'il y avait quelque illogisme, d'un point de vue strictement juridique, à mettre un traité en vigueur à titre provisoire, et à exiger qu'il y ait un échange d'instruments de ratification pour qu'il ait une valeur juridique définitive¹⁸⁴, le commentaire de l'article 24 a confirmé qu'il n'y avait aucun doute que de telles clauses avaient un effet juridique et mettaient le traité en vigueur à titre provisoire¹⁸⁵.

71. Dans les observations écrites sur cette disposition qu'ils ont communiquées en 1965, les Pays-Bas ont indiqué qu'ils interprétaient cet article comme visant seulement les cas dans lesquels des États s'engageaient juridiquement en vue de l'entrée en vigueur provisoire, en ajoutant cependant que les États signataires pouvaient également conclure un accord n'ayant pas force obligatoire concernant l'entrée en vigueur provisoire (dans les limites imposées par leur législation interne)¹⁸⁶.

72. En 1965, le Président de la Commission (M. Bartoš), s'exprimant à propos de l'article 24, pensait qu'on faciliterait les relations internationales en donnant aux États la possibilité de mettre certains traités en vigueur

provisoirement, avant la ratification, non pas à titre d'expédient pratique, mais avec toutes les conséquences juridiques de la mise en vigueur. Il était convaincu que l'entrée en vigueur provisoire emportait véritablement validité et obligation juridique; même si, par la suite, le traité devenait caduc, faute de ratification, cette disparition du traité n'avait pas d'effet rétroactif, elle n'empêchait pas que le traité ait été en vigueur pendant un certain temps. Il y avait eu un état juridique qui avait produit ses effets, et des situations avaient été créées sous ce régime; par conséquent, on ne pouvait pas dire que la question était purement abstraite¹⁸⁷.

73. À la Conférence des Nations Unies pour le droit des traités, la question de la nature juridique de l'application provisoire d'un traité a été essentiellement examinée dans le contexte du principe *pacta sunt servanda*.

2. EXAMEN DANS LE CONTEXTE DU PRINCIPE *PACTA SUNT SERVANDA*

74. La question de la nature juridique de l'application provisoire des traités a aussi été soulevée dans le cadre de l'examen par la Commission du principe *pacta sunt servanda*. Il ressort du commentaire de l'article 55, adopté en 1964, qu'il était nécessaire, par souci de logique, de faire figurer dans le texte les mots « en vigueur ». La Commission ayant adopté un certain nombre d'articles qui traitaient de l'entrée en vigueur des traités, y compris des cas d'entrée en vigueur à titre provisoire, il a paru nécessaire de préciser que c'était aux traités en vigueur en vertu des dispositions des présents articles que s'appliquait la règle *pacta sunt servanda*¹⁸⁸.

75. Israël, dans ses observations écrites communiquées en 1965, faisant référence au commentaire de l'article 55, a noté que l'on pouvait se demander quel était le rapport entre l'article 55 et l'article 24 (concernant l'entrée en vigueur à titre provisoire), étant entendu que le principe général *pacta sunt servanda* s'appliquerait à l'accord d'entrée en vigueur provisoire proprement dit¹⁸⁹.

76. En réponse à cette dernière observation, Sir Humphrey Waldock a rappelé, dans son sixième rapport, que la Commission n'a cherché, ni en 1962 ni en 1965, à préciser quelle était exactement la source des obligations incombant aux parties dans les cas d'entrée en vigueur à titre provisoire¹⁹⁰, en ajoutant ceci :

L'article 24, sous sa forme actuelle, énonce la règle sans aucun doute possible lorsqu'il se réfère à l'entrée en vigueur à titre provisoire; c'est-à-dire qu'aux termes de l'article 24 le traité est réputé être entré « en vigueur ». Il n'apparaît donc pas nécessaire que l'article 55 mentionne expressément les « traités en vigueur à titre provisoire ». L'article 55 [dispose] que la règle *pacta sunt servanda* s'applique à tout « traité en vigueur » [...] les traités peuvent être en vigueur au titre de l'article 24 ainsi que de l'article 23 [...]¹⁹¹.

¹⁷⁸ Pour le point de vue de Sir Gerald Fitzmaurice, voir *supra* le paragraphe 67.

¹⁷⁹ *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 80, paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 20.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 81, art. 21, par. 2.

¹⁸¹ *Ibid.*, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 21.

¹⁸² *Ibid.*, vol. I, 657^e séance, p. 200, par. 9 (M. Erik Castrén).

¹⁸³ *Ibid.*, vol. II, document A/5209, p. 202 (« le traité entre en vigueur selon qu'il est prévu dans ces dispositions et reste en vigueur »). Voir aussi l'avis de la Sixième Commission, adopté l'année suivante, dans le contexte du Règlement destiné à mettre en application l'Article 102 de la Charte des Nations Unies (« On a reconnu qu'aux termes de l'article 1 du règlement, un traité entre en vigueur dès l'instant où il est appliqué à titre provisoire, d'un commun accord, par deux au moins des parties à l'accord », *Annuaire... 1963*, vol. II, p. 30, par. 129).

¹⁸⁴ *Annuaire... 1962*, vol. I, 668^e séance, p. 286, par. 40.

¹⁸⁵ *Ibid.*, document A/5209, p. 202, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 24 (anciennement article 21).

¹⁸⁶ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, annexe, p. 360.

¹⁸⁷ *Annuaire... 1965*, vol. I, 791^e séance, p. 122, par. 24. Voir aussi la déclaration de M. Tsuruoka (*ibid.*, par. 27).

¹⁸⁸ *Annuaire... 1964*, vol. II, document A/5809, p. 185, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 55.

¹⁸⁹ Voir *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/CN.4/186 et Add.1 à 7, p. 64.

¹⁹⁰ Voir *ibid.*, p. 66, paragraphe 3 des observations et propositions du Rapporteur spécial relatives au projet d'article 55.

¹⁹¹ *Ibid.*

Le commentaire de l'article 23 (précédemment article 55) adopté en 1966 confirme que les mots « en vigueur » désignent aussi bien les traités qui sont en vigueur à titre provisoire¹⁹².

77. À la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, au cours du débat sur l'article 23 en 1968, un échange de vues a eu lieu sur la question de savoir si la modification rédactionnelle apportée à l'article 22 par le remplacement de l'expression « entrée en vigueur à titre provisoire » par « application à titre provisoire » était venue modifier la nature juridique de cette disposition. Selon le Royaume-Uni, la règle énoncée à l'article 23 continuait de s'appliquer également à un traité appliqué à titre provisoire conformément à l'article 22, nonobstant les légères modifications de rédaction¹⁹³. L'Inde a dit ne pas pouvoir souscrire à cette interprétation, estimant que toute obligation pouvant naître de l'article 22 se rattachait à l'obligation générale de « bonne foi » définie par l'article 15 (Obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur), plutôt qu'à l'article 23 (*Pacta sunt servanda*)¹⁹⁴.

78. La Norvège a recommandé la prudence afin d'éviter que l'on puisse soutenir que la règle énoncée par l'article 23 ne joue pas à l'égard d'un traité appliqué à titre provisoire¹⁹⁵. À son avis, il était évident que le principe *pacta sunt servanda*, selon le droit international coutumier, s'appliquait aussi à un traité qui était appliqué pendant une période provisoire¹⁹⁶. La Colombie, souscrivant à ce point de vue, a proposé d'ajouter, après les mots « en vigueur », l'expression « ou appliqués à titre provisoire » à l'article 23¹⁹⁷. La Yougoslavie a proposé elle aussi un amendement comparable à l'article 23, pour faire en sorte que le libellé de cet article vise notamment les traités appliqués à titre provisoire, faisant l'objet de l'article 22¹⁹⁸. La Roumanie a estimé évident que le principe *pacta sunt servanda* s'applique aussi bien aux traités en vigueur à titre provisoire¹⁹⁹.

79. M. Ago, Président de la Conférence, a fait observer par la suite que personne ne doutait du bien-fondé des amendements de la Yougoslavie et de la Colombie. Il a ajouté qu'il était évident que l'expression « traité en vigueur » s'appliquait également aux traités appliqués à titre provisoire²⁰⁰. L'amendement yougoslave a été renvoyé au Comité de rédaction et examiné avec une autre proposition yougoslave visant à ajouter un article 23 *bis*, qui aurait été libellé comme suit : « Tout traité appliqué en totalité ou en partie à

titre provisoire lie les États contractants et doit être exécuté de bonne foi²⁰¹. » Le Président du Comité de rédaction a dit par la suite, à propos de la proposition yougoslave, que la chose allait sans dire et que l'application à titre provisoire tombait également sous le coup de l'article 23, c'est-à-dire de la règle *pacta sunt servanda*²⁰².

3. EXAMEN DANS LE CONTEXTE DE L'OBLIGATION DE NE PAS PRIVER UN TRAITÉ DE SON OBJET OU D'ENTRAVER SON EXÉCUTION FUTURE

80. L'application de traités à titre provisoire a aussi été évoquée au cours du débat relatif à l'obligation de s'abstenir de bonne foi de priver un traité de son objet ou d'entraver son exécution future. Dans son premier rapport, publié en 1962, Sir Humphrey Waldock a proposé un article 9 intitulé « Effets juridiques de la signature définitive » qui, à l'alinéa *c* du paragraphe 2, dispose que

[l']État signataire, tant qu'il n'a pas notifié aux autres États intéressés sa décision concernant la ratification ou l'acceptation du traité ou, à défaut de notification, tant qu'un délai raisonnable ne s'est pas écoulé, est tenu de s'abstenir de bonne foi de ne rien faire dans le dessein de contrecarrer les objectifs du traité ou d'entraver son exécution future²⁰³.

81. Lors du débat sur l'article 9 cette année-là, M. Bartoš a approuvé l'insertion des mots « de bonne foi » à l'alinéa *c* du paragraphe 2, en raison d'une pratique qui s'était dégagée récemment, surtout en ce qui concernait les accords douaniers, pratique consistant à faire entrer ces accords en vigueur immédiatement en attendant leur ratification définitive²⁰⁴. M. Briggs a fait remarquer que des dispositions particulières de certains traités pouvaient entrer en vigueur dès la signature²⁰⁵. Il a proposé d'insérer dans cet alinéa une disposition précisant qu'en attendant l'entrée en vigueur d'un traité l'obligation de ne pas en contrecarrer les objectifs n'était pas seulement une obligation de bonne foi, mais résultait d'une règle du droit international général²⁰⁶. De son côté, M. Verdross a estimé que l'alinéa *e* du paragraphe 2 (« L'État signataire est également fondé à exercer tous les autres droits qui lui sont expressément conférés par le traité lui-même ou par les présents articles²⁰⁷ ») n'interdisait pas la pratique consistant à ce qu'un traité, une fois signé, puisse entrer en vigueur s'il était appliqué dans la pratique avant même sa ratification²⁰⁸.

82. Pour faire suite au débat, le Rapporteur spécial, après avoir proposé de reprendre les dispositions de l'alinéa *d* dans un article distinct, portant sur les droits et les obligations des États avant l'entrée en vigueur d'un traité à la préparation duquel ils auraient participé²⁰⁹, a relevé qu'au cours de la discussion quelques membres de

¹⁹² Ibid., vol. II, p. 230, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 23.

¹⁹³ Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session... (A/CONF.39/11/Add.1) [voir supra la note 60], 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 42, par. 58.

¹⁹⁴ Ibid., p. 43, par. 70.

¹⁹⁵ Ibid., 12^e séance plénière, 6 mai 1969, p. 50, par. 32. Voir aussi ibid., première session... (A/CONF.39/11) [note 52 supra], 29^e séance de la Commission plénière, 18 avril 1968, p. 170, par. 58.

¹⁹⁶ Ibid., deuxième session... (A/CONF.39/11/Add.1) [voir supra la note 60], 12^e séance plénière, 6 mai 1969, p. 50, par. 33 et 34.

¹⁹⁷ Ibid., par. 45.

¹⁹⁸ Ibid., p. 51, par. 50. Voir aussi les observations du Népal (ibid., par. 56) et de la République socialiste soviétique d'Ukraine (ibid., p. 51 et 52, par. 61).

¹⁹⁹ Ibid., p. 51, par. 58.

²⁰⁰ Ibid., p. 52, par. 63.

²⁰¹ Voir ibid., première et deuxième sessions... (A/CONF.39/11/Add.2) [voir supra la note 53], A/CONF.39/L.24, p. 288.

²⁰² Voir également ibid., deuxième session... (A/CONF.39/11/Add.1) [voir supra la note 60], 28^e séance plénière, 16 mai 1969, p. 168, par. 47. Voir aussi la déclaration de la Pologne (ibid., 29^e séance plénière, 19 mai 1969, p. 169, par. 2 et 3).

²⁰³ Voir Annuaire... 1962, vol. II, document A/CN.4/144, p. 52.

²⁰⁴ Ibid., vol. I, 643^e séance, p. 98, par. 86.

²⁰⁵ Ibid., 644^e séance, p. 105, par. 87.

²⁰⁶ Ibid., par. 88.

²⁰⁷ Voir supra la note 203.

²⁰⁸ Annuaire... 1962, vol. I, 644^e séance, p. 103, par. 69.

²⁰⁹ Ibid., 645^e séance, p. 108, par. 17.

la Commission avaient dit que les dispositions de l'alinéa *e* pourraient servir à régler la question de l'entrée en vigueur à titre provisoire. Il a reconnu que tel était le cas²¹⁰. Le Comité de rédaction a proposé par la suite un nouvel article (renuméroté ensuite article 17) qui ne vise que l'obligation générale de bonne foi de s'abstenir d'actes de nature à réduire à néant l'objet d'un traité.

83. En 1965, M. Briggs a dit que l'article 24 (Entrée en vigueur provisoire) différait de l'article 17, qui énonçait certaines obligations dont les États qui ont participé à l'élaboration du texte étaient tenus en vertu du principe de la bonne foi en attendant l'entrée en vigueur du traité. L'article 24 envisageait en effet le cas où les participants stipulaient que certaines parties du traité s'appliqueraient en attendant l'échange des instruments de ratification²¹¹.

84. L'article 17 a été adopté en tant qu'article 15 (Obligation pour un État de ne pas réduire à néant l'objet d'un traité avant son entrée en vigueur). La question de l'application provisoire d'un traité n'a pas été soulevée lors de l'examen de l'article 15 à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités.

G. Fin de l'application à titre provisoire

85. La question de la fin de l'entrée en vigueur à titre provisoire a surgi dès les premières propositions présentées à la Commission du droit international. Elle a néanmoins été exclue pour l'essentiel de l'article 22 du projet d'articles sur le droit des traités de 1966²¹², avant d'être reprise par la suite dans la disposition devenue l'article 25 lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, à la demande des gouvernements.

86. Il faut rappeler que le paragraphe 2 de l'article 25 ne prévoit qu'une seule méthode pour que l'application à titre provisoire d'un traité prenne fin, à savoir la notification de son intention par l'État qui souhaite y mettre fin. D'autres procédures ou motifs peuvent être expressément prévus par le traité lui-même ou par un accord séparé entre les États ayant participé à la négociation. Il ressort de l'historique des négociations concernant cette disposition que d'autres hypothèses ont été envisagées pour que l'application provisoire d'un traité prenne fin.

1. FIN DE L'APPLICATION PROVISOIRE DU TRAITÉ LORS DE SON ENTRÉE EN VIGUEUR

87. Le paragraphe 6 de l'article 20, tel que proposé par Sir Humphrey Waldock dans son premier rapport, prévoyait qu'un traité pouvait entrer en vigueur

provisoirement «en attendant qu'il entre pleinement en vigueur²¹³». De même, l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 21 visait l'entrée en vigueur provisoire d'un traité «jusqu'au moment où le traité entre pleinement en vigueur conformément à ses dispositions²¹⁴». Cette règle était présentée comme une évidence logique, découlant du caractère provisoire de l'entrée en vigueur²¹⁵.

88. La proposition du Rapporteur spécial s'est traduite dans le texte de l'article 22 (renuméroté 24) adopté en 1962 qui, dans sa seconde phrase, prévoyait que le traité reste en vigueur, à titre provisoire «jusqu'à la date de son entrée en vigueur définitive²¹⁶». Il résulte du commentaire de l'article 24 que l'application «provisoire» du traité prend fin lorsque ce dernier a été dûment ratifié ou approuvé conformément à ses dispositions²¹⁷.

89. Cette solution a été maintenue dans toutes les versions suivantes de l'article adoptées par la Commission. Elle a survécu à la décision prise en 1965 de supprimer la clause relative à la fin de l'entrée en vigueur d'un traité à titre provisoire²¹⁸. L'article adopté en définitive par la Commission maintenait l'idée, à l'alinéa *a* du paragraphe 1, qu'un traité pouvait entrer en vigueur à titre provisoire «en attendant la ratification, l'adhésion, l'acceptation ou l'approbation par les États contractants²¹⁹».

90. À la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, la Hongrie et la Pologne ont notamment proposé un nouveau paragraphe consacré à la fin de l'application à titre provisoire d'un traité et indiquant plus directement que celle-ci intervenait (entre autres causes) lorsque le traité entrait en vigueur²²⁰. Le texte issu des travaux du Comité de rédaction (qui a été adopté en tant qu'article 25 de la Convention) maintenait néanmoins la solution retenue par la Commission consistant à évoquer, au paragraphe 1, la fin de l'application provisoire lors de l'entrée en vigueur du traité, par opposition au paragraphe 2 portant sur la fin de l'application à titre provisoire. Lors du débat sur l'article 22, qui a lieu en 1969, en séance plénière de la Conférence, l'expert-conseil a fait observer que la notion de l'application à titre provisoire impliquait que l'application du traité soit provisoire jusqu'à l'entrée en vigueur définitive²²¹.

2. FIN DE L'APPLICATION PROVISOIRE PAR DÉNONCIATION UNILATÉRALE OU PAR VOIE D'ACCORD

91. Le texte proposé en 1962 par Sir Humphrey Waldock pour l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 21 prévoyait la possibilité qu'il soit mis fin unilatéralement à

²¹⁰ Ibid., par. 18.

²¹¹ *Annuaire...* 1965, vol. I, 791^e séance, p. 120, par. 2.

²¹² Jusqu'en 1965, les différentes versions du projet d'article, y compris celle adoptée en 1962, visaient expressément la fin de l'entrée en vigueur à titre provisoire. En 1965, sur la proposition du Rapporteur spécial, qui était arrivé à la conclusion qu'il était quelque peu illogique que l'article 24 soit le seul qui, dans la première partie, traite de la terminaison des traités, le Comité de rédaction a décidé que l'article 24 ne traiterait que de l'entrée en vigueur provisoire d'un traité (voir *ibid.*, 814^e séance, p. 299, par. 44). Voir aussi *ibid.*, 791^e séance, p. 124, par. 57, et le point de vue exprimé par M. Ago (*ibid.*, 814^e séance, p. 299, par. 49). Cette thèse a été réaffirmée au paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 22 des articles sur le droit des traités de 1966 (voir *Annuaire...* 1966, vol. II, p. 229).

²¹³ *Annuaire...* 1962, vol. II, document A/CN.4/144, p. 79.

²¹⁴ Ibid., p. 81.

²¹⁵ Ibid., paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 21.

²¹⁶ Ibid., p. 202.

²¹⁷ Ibid., paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 24.

²¹⁸ Voir *supra* la note 212.

²¹⁹ *Annuaire...* 1965, vol. II, p. 175.

²²⁰ A/CONF.39/C.1/L.198, reproduit dans *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) [voir *supra* la note 53], Rapport de la Commission plénière, p. 155, par. 224 *iv b*.

²²¹ Ibid., *deuxième session...* (A/CONF.39/11/Add.1) [voir *supra* la note 60], 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 43, par. 63.

l'entrée en vigueur provisoire par la voie d'une dénonciation (« toute partie peut dénoncer l'application provisoire du traité »), produisant juridiquement effet à l'expiration d'un délai de six mois (de la dénonciation)²²². À l'expiration du délai, les droits et obligations découlant du traité cesseraient d'exister à l'égard de ladite partie²²³. Dans le commentaire de l'article, le Rapporteur spécial disait y voir une forme de retrait et jugeait souhaitable que la Commission essaie de donner plus de précision à cette règle et peut-être de déterminer les formalités à observer pour dénoncer l'application provisoire du traité²²⁴. Il a aussi évoqué la possibilité que cette dénonciation n'affecte pas la situation d'autres États à l'égard desquels le traité est entré en vigueur provisoirement, en proposant que la dénonciation ne vaille que pour la partie intéressée²²⁵. Cependant, le texte adopté par la Commission en 1962²²⁶ n'envisageait pas la possibilité d'une dénonciation. Au contraire l'initiative, de la part d'un État ou de tous les États, était exclusivement limitée à un accord mutuel.

92. La possibilité de dénonciation prévue à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 21 était subordonnée à la réserve générale « si les parties n'ont pas conclu un nouvel accord pour maintenir le traité en vigueur à titre provisoire²²⁷ ». Bien que l'alinéa *b* n'ait pas été renvoyé au Comité de rédaction (pour d'autres raisons), la possibilité pour les parties de convenir de mettre fin à l'entrée en vigueur provisoire a survécu dans le texte de l'article 22 (renuméroté 24) adopté par la Commission en 1962²²⁸. Dans cette version, l'accord entre les parties est présenté comme l'une des deux modalités possibles pour mettre fin à l'application provisoire (l'autre jouant automatiquement lors de l'entrée en vigueur définitive du traité) : « le traité [...] reste en vigueur, à titre provisoire, [...] jusqu'au moment où les États intéressés sont convenus de mettre fin à son application provisoire²²⁹ ».

93. Ce texte a été critiqué par les Pays-Bas, qui, dans des observations écrites, estimaient qu'un gouvernement devait également être habilité à mettre fin unilatéralement à l'entrée en vigueur provisoire d'un traité s'il avait décidé de ne pas ratifier un traité parce qu'il avait été rejeté par le parlement ou pour d'autres raisons analogues²³⁰.

94. En 1965, M. José Maria Ruda a fait valoir que, du point de vue de la théorie juridique, tant que le consentement définitif n'a pas été donné chacune des parties doit garder la faculté de se retirer et par conséquent de mettre fin à l'application provisoire du traité²³¹. M. Lachs est allé plus loin en disant que la question se posait de savoir qui

pouvait prendre l'initiative en la matière s'il n'y avait pas ratification par l'autre partie²³². Selon M. Tsuruoka, on pouvait présumer que la mise en vigueur provisoire du traité devait prendre fin lorsque l'une des parties a notifié qu'elle ne ratifierait pas le traité²³³. Néanmoins, la décision de la Commission de ne plus prévoir de disposition spécifique sur la fin de l'entrée en vigueur provisoire a rendu la question sans objet²³⁴.

95. Revenant sur le texte adopté par la Commission en 1962, la Belgique, dans ses observations écrites communiquées en 1967, a exprimé son opposition à ce que la fin de l'application provisoire dépende de l'accord des États intéressés. Selon elle, cette disposition aurait rendu impossible à un État de se dégager de l'obligation de l'application provisoire sans l'accord des États contractants, et il convenait de prévoir la manière dont l'application provisoire du traité non encore ratifié pouvait cesser unilatéralement²³⁵. Lors du débat sur le droit des traités qui a lieu à la Sixième Commission au cours de la vingt-deuxième session de l'Assemblée générale en 1967, la Suède a souscrit à l'observation de la Belgique, estimant qu'il conviendrait peut-être de reconnaître aux États la liberté de mettre fin à de tels traités unilatéralement et sans avis préalable²³⁶.

96. Lors de la première session de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, en 1968, deux propositions ont été faites tendant à insérer un nouveau paragraphe réintroduisant la question de la fin de l'application à titre provisoire. Selon la proposition présentée par la Belgique, tout État souhaitant mettre fin à l'entrée en vigueur à titre provisoire pouvait le faire en manifestant son intention de ne pas devenir partie au traité, sauf disposition ou accord contraire²³⁷. La Hongrie et la Pologne ont proposé conjointement d'ajouter un nouveau paragraphe énonçant, parmi les causes possibles pour que l'application provisoire prenne fin, la notification par un État de son intention de ne pas devenir partie au traité²³⁸.

97. Lors du débat, les États-Unis ont souscrit à l'idée que l'application à titre provisoire pouvait prendre fin par accord entre les États intéressés ou sur notification unilatérale, et ont présenté leur propre proposition²³⁹. La Belgique, renvoyant à sa proposition d'amendement, a expliqué qu'il n'était pas question d'appliquer les dispositions du projet d'article relatif à la dénonciation d'un traité, car on ne pouvait dénoncer un traité auquel

²²² Ibid., p. 119, par. 103.

²²³ Ibid., 791^e séance, p. 121, par. 12. L'exigence d'une notification de l'État intéressé a été appuyée par M. Tounkine (ibid., p. 122, par. 30), M. Rosenne (ibid., par. 32), M. Jiménez de Aréchaga (ibid., p. 124, par. 51) et par M. Ago (ibid., 814^e séance, p. 299, par. 49).

²²⁴ Voir *supra* la note 212.

²²⁵ Voir *supra* la note 50.

²²⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-deuxième session, Sixième Commission*, 980^e séance, par. 13.

²²⁷ A/CONF.39/C.1/L.194, reproduit dans *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) [voir *supra* la note 53], Rapport de la Commission plénière, p. 155, par. 224 iv) a.

²²⁸ A/CONF.39/C.1/L.198, ibid., par. 224 iv) b.

²²⁹ Ibid., *première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 52], 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 152, par. 24.

²²² *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 81, art. 21, par. 2 b.

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid., paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 21.

²²⁵ Ibid. Il a néanmoins nuancé la proposition en précisant que c'était là une question qui pourrait être examinée plus avant.

²²⁶ Ibid., document A/5209, p. 202.

²²⁷ Ibid., document A/CN.4/144, p. 81, art. 21, par. 2 b.

²²⁸ Ibid., p. 202.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Voir *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, annexe, p. 360.

²³¹ *Annuaire... 1965*, vol. I, 790^e séance, p. 118, par. 87.

on n'était pas encore partie²⁴⁰. L'Italie²⁴¹, la France²⁴², la Suisse²⁴³, le Royaume-Uni²⁴⁴ et l'Australie²⁴⁵ ont appuyé l'amendement belge.

98. La Commission plénière a ensuite décidé de réintroduire un paragraphe relatif à la fin de l'application provisoire, fondé sur les amendements présentés respectivement par la Belgique ainsi que la Hongrie et la Pologne. Le texte de l'article 22 proposé par la suite par le Comité de rédaction comportait un nouveau paragraphe 2, selon lequel la modalité principale pour que l'application provisoire prenne fin reposait sur une notification unilatérale, sauf accord entre les États reflété, soit dans le traité, soit dans un accord postérieur²⁴⁶.

99. Le nouveau paragraphe relatif à la fin de l'application provisoire a été examiné lors du débat sur l'article 22 en séance plénière de la Conférence, en 1969. L'Iran a affirmé qu'il donnait à un État qui avait déjà signé un traité la possibilité de se retirer et semblait saper la règle *pacta sunt servanda*²⁴⁷. En réponse à une remarque du Président de la Conférence estimant difficile de comprendre la réserve liminaire «[à] moins que le traité n'en dispose autrement²⁴⁸», le Président du Comité de rédaction a rappelé la décision prise par la Commission plénière d'inclure un paragraphe sur la fin de l'application provisoire et a précisé que tout État ayant accepté d'appliquer un traité à titre provisoire pouvait décider par la suite de ne pas devenir partie audit traité; dès le moment où il notifierait cette intention aux autres États intéressés, l'application du traité à titre provisoire prendrait fin²⁴⁹.

100. Plusieurs délégations, dont l'Iran²⁵⁰, n'ont pas été convaincues par les explications avancées. La Grèce a fait observer que les dispositions du paragraphe 2 pouvaient être une cause d'insécurité parce que, dans un système parlementaire, un gouvernement pouvait changer d'avis et exprimer par la suite une intention différente²⁵¹. L'Italie a demandé des éclaircissements sur les effets juridiques produits par la fin de l'application provisoire (effets *ex tunc* ou *ex nunc*)²⁵². La Pologne a fait une proposition tardive, qui n'a pas été adoptée, tendant à instituer un délai de six mois avant que la fin de l'application provisoire puisse prendre effet²⁵³. La Conférence a adopté l'article 22 (par la suite renuméroté 25), y compris le paragraphe 2, sans autre modification.

²⁴⁰ Ibid., p. 154, par. 42.

²⁴¹ Ibid., par. 43.

²⁴² Ibid., par. 45.

²⁴³ Ibid., p. 155, par. 47.

²⁴⁴ Ibid., par. 49.

²⁴⁵ Ibid., 27^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 157, par. 10.

²⁴⁶ Ibid., *première et deuxième sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) [voir *supra* la note 53], Rapport de la Commission plénière, p. 156, par. 230.

²⁴⁷ Ibid., *deuxième session...* (A/CONF.39/11/Add.1) [voir *supra* la note 60], 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 43, par. 62.

²⁴⁸ Ibid., par. 65.

²⁴⁹ Ibid., par. 66.

²⁵⁰ Ibid., par. 71.

²⁵¹ Ibid., p. 44, par. 75.

²⁵² Ibid., p. 44 et 45, par. 84.

²⁵³ Ibid., p. 45, par. 88.

3. FIN DE L'APPLICATION PROVISOIRE COMME CONSÉQUENCE D'UN RETARD INDU OU D'UNE FAIBLE PROBABILITÉ DE RATIFICATION

101. Le texte proposé en 1956 par Sir Gerald Fitzmaurice pour l'article 42 comportait le membre de phrase suivant au paragraphe 1 : « les parties seront tenues d'exécuter le traité à titre provisoire, mais [...] cette obligation cessera si le traité n'entre pas en vigueur définitivement dans un délai raisonnable ou si son entrée en vigueur devient nettement improbable²⁵⁴ ». À plusieurs reprises par la suite, le cas de traités dont la ratification n'intervient pas dans un délai raisonnable et apparaît dès lors peu probable a été évoqué comme une cause possible de fin de l'entrée en vigueur provisoire. Ainsi, lors du débat de 1959 concernant une autre disposition, M. Scelle a affirmé que le temps était révolu où les États pouvaient désavouer la signature de leurs plénipotentiaires; ceux-ci n'étaient plus de simples mandataires. Ils étaient à présent munis de pouvoirs spéciaux qui engageaient l'État à un certain degré, et les autorités compétentes pour ratifier l'instrument n'avaient plus une liberté arbitraire de leurs actes. Si, n'agissant que par caprice ou mauvaise intention, ils en retardaient l'entrée en vigueur, la responsabilité de l'État était engagée dans une certaine mesure. Cette remarque s'appliquait jusqu'à un certain point au cas particulier des traités dont l'entrée en vigueur avait un caractère provisoire²⁵⁵.

102. Selon le texte proposé en 1962 par Sir Humphrey Waldock pour le paragraphe 2 *b* de l'article 21, le cas où la pleine entrée en vigueur du traité était indûment retardée constituait le motif autorisant toute partie à dénoncer l'application provisoire²⁵⁶. Le Rapporteur spécial a précisé avoir proposé cette règle *de lege ferenda* parce qu'il paraissait évident que si les ratifications, acceptations, etc. requises tardaient indûment, prolongeant ainsi à l'excès la durée de la période provisoire, il devait y avoir un moment où les États seraient en droit de dire que l'application provisoire du traité devait prendre fin²⁵⁷.

103. Le lien proposé avec le « retard indu » n'a cependant pas été accueilli favorablement par la Commission dans son ensemble. Selon M. Erik Castrén, l'expression « indûment retardée » n'était pas claire du tout²⁵⁸. M. Jiménez de Aréchaga a douté de l'utilité de la règle *de lege ferenda* proposée à l'alinéa *b* du paragraphe 2; cette règle pouvait avoir pour effet de troubler certaines relations établies par traités, et il semblait que la disposition en question visait davantage l'extinction des traités que les effets juridiques de leur entrée en vigueur²⁵⁹. M. Tounkine a lui aussi exprimé ses doutes, faisant observer que cette règle pourrait être interprétée comme permettant à un État de mettre fin à l'application provisoire d'un traité,

²⁵⁴ Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 119. Dans son commentaire sur cette disposition, le Rapporteur spécial s'est borné à dire que celle-ci « énon[çait] la règle applicable lorsque la situation [l'entrée en vigueur provisoire] se prolonge[ait] indûment » (ibid., p. 131, par. 106).

²⁵⁵ *Annuaire... 1959*, vol. I, 488^e séance, p. 40, par. 2.

²⁵⁶ *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 81, art. 21, par. 2 *b*.

²⁵⁷ Ibid., paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 21.

²⁵⁸ Ibid., vol. I, 657^e séance, p. 200, par. 11.

²⁵⁹ Ibid., par. 14.

nonobstant les dispositions du traité lui-même, pour la raison que l'entrée en vigueur définitive du traité aurait été indûment différée²⁶⁰. Le Rapporteur spécial s'est dit par la suite prêt à abandonner les dispositions de l'alinéa *b* et il a fait observer qu'il arrivait parfois qu'un traité, entré en vigueur à titre provisoire, garde ce caractère jusqu'à son extinction, car le recours à l'expédient de l'entrée en vigueur provisoire s'expliquait uniquement parce qu'on ne pouvait pas compter sur la ratification du parlement en temps voulu. Dans ce cas, le traité n'entrait jamais pleinement en vigueur d'une façon formelle, car les objectifs du traité avaient été atteints sans que son entrée en vigueur perde jamais son caractère provisoire²⁶¹.

104. L'alinéa *b* étant supprimé, le lien entre la fin de l'entrée en vigueur provisoire et le retard indu n'a plus figuré dans aucune des versions postérieures de l'article jusqu'à, et y compris dans, l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969.

105. Néanmoins, l'élément du retard, rendant peu probable une ratification, a été maintenu dans le commentaire de l'article 24 adopté en 1962, où il est dit, entre autres, ceci: «De toute évidence, l'application "provisoire" du traité prend fin [...] lorsqu'il devient évident que le traité ne sera ratifié ou approuvé par aucune des parties. [...] il peut arriver parfois que ces actes soient retardés²⁶².»

106. Une tentative a été faite en 1965 pour réintroduire l'élément d'improbabilité de la ratification. Dans une observation écrite, la Suède, rappelant le passage du commentaire de l'article 24, a estimé que ce commentaire rejoignait les principes juridiques sur lesquels était fondée la pratique en cours²⁶³. Le Rapporteur spécial a reconnu le bien-fondé de l'argument suédois et, dans son quatrième rapport, présenté en 1965, a proposé de mentionner de nouveau dans l'article que le traité reste en vigueur, à titre provisoire, notamment jusqu'au moment «où il devient évident que l'une des parties ne le ratifiera pas ou ne l'approuvera pas, selon le cas²⁶⁴».

107. La même année, M. Jiménez de Aréchaga, tout en acceptant la nouvelle formule proposée par le Rapporteur spécial, a estimé que cette formule convenait davantage

aux traités bilatéraux et que lorsqu'il s'agissait d'un traité multilatéral, celui-ci ne cesserait pas nécessairement d'être en vigueur pour toutes les parties intéressées²⁶⁵. M. Castrén a considéré que la nouvelle formule était plus proche de celle prévoyant la dénonciation unilatérale qui, selon lui, allait trop loin²⁶⁶. M. Lachs a fait remarquer que, dans certains cas, la situation, en ce qui concernait la ratification ou le défaut de ratification par un État, ne serait jamais claire et que de nombreux traités avaient figuré pendant des années à l'ordre du jour des organes législatifs habilités à les ratifier, sans qu'aucune mesure n'ait été prise à leur égard²⁶⁷. Selon lui, il était possible de régler cette question en prévoyant que les États aient à préciser leur position dans un certain délai²⁶⁸. M. Tounkine, exprimant des réserves à propos de la nouvelle formule du Rapporteur spécial, a dit que l'on ne pouvait se contenter d'une simple déduction²⁶⁹. La question a été rendue caduque par la décision de la Commission de ne pas prévoir de disposition visant spécifiquement la fin de l'entrée en vigueur provisoire²⁷⁰.

108. Lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités en 1968, Ceylan a estimé qu'il fallait aussi se préoccuper de limiter la durée de la période d'application provisoire. Au-delà d'une date déterminée, l'application à titre provisoire cesserait jusqu'à la ratification²⁷¹. En 1969, l'Autriche a proposé d'ajouter un nouveau paragraphe précisant que l'application d'un traité à titre provisoire ne dispensait pas un État de l'obligation de prendre position, dans un délai approprié, sur l'acceptation définitive du traité²⁷². L'Inde a considéré qu'il serait probablement souhaitable de fixer le délai dans lequel les États devraient faire connaître leur intention en la matière, afin que l'application d'un traité à titre provisoire ne puisse pas se prolonger indéfiniment²⁷³. Ces propositions n'ont cependant pas été acceptées, et la Conférence a adopté l'article sans viser les effets d'un retard²⁷⁴.

²⁶⁵ Ibid., vol. I, 790^e séance, p. 117 et 118, par. 77.

²⁶⁶ Ibid., p. 118, par. 80.

²⁶⁷ Ibid., p. 119, par. 102. Voir aussi l'intervention de M. Ago (ibid., 791^e séance, p. 121, par. 8).

²⁶⁸ Ibid., 790^e séance, p. 119, par. 102.

²⁶⁹ Ibid., 791^e séance, p. 122, par. 30.

²⁷⁰ Voir *supra* la note 212.

²⁷¹ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 52], 26^e séance de la Commission plénière, 17 avril 1968, p. 153, par. 32.

²⁷² Ibid., *deuxième session...* (A/CONF.39/11/Add.1) [voir *supra* la note 60], 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 42 et 43, par. 61.

²⁷³ Ibid., p. 43, par. 70.

²⁷⁴ Après l'adoption de l'article, le Comité de rédaction a décidé de n'accepter aucune des propositions faites durant le débat (ibid., 28^e séance plénière, p. 168, par. 45 à 47).

²⁶⁰ Ibid., par. 15.

²⁶¹ Ibid., par. 17.

²⁶² Ibid., vol. II, p. 202, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 24.

²⁶³ Voir *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, annexe, p. 387.

²⁶⁴ Voir *Annuaire... 1965*, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 62, paragraphe 3 des observations et propositions du Rapporteur spécial.

FORMATION ET IDENTIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

[Point 8 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/663

Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial*

[Original: anglais]
[17 mai 2013]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	119
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	120
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-12 128
A. Préambule	1-7 128
B. Travaux antérieurs de la Commission	8-12 129
<i>Chapitres</i>	
I. DÉLIMITATION DU SUJET ET FORME DES RÉSULTATS.....	13-27 130
A. Délimitation du sujet et forme des résultats des travaux de la Commission.....	13-23 130
B. La question du <i>jus cogens</i>	24-27 132
II. LE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER COMME SOURCE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	28-45 133
A. Le droit international coutumier dans ses rapports avec les autres sources énumérées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.....	28-38 133
B. Terminologie.....	39-45 136
III. LES DIVERS DOCUMENTS À CONSULTER	46-101 137
A. La démarche des États et des autres acteurs intergouvernementaux.....	48-53 137
B. Jurisprudence de la Cour internationale de Justice.....	54-65 138
C. La jurisprudence des autres cours et tribunaux	66-85 141
D. Travaux d'autres organes.....	86-93 149
E. Doctrine	94-101 151
IV. FUTUR PROGRAMME DE TRAVAIL	102 157

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention XII de 1907 relative à l'établissement d'une cour internationale des prises
(La Haye, 18 octobre 1907)

J. B. Scott (dir. publ.), *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918, p. 188.

* Le Rapporteur spécial tient à remercier M. Omri Sender pour le concours inestimable qu'il a bien voulu lui apporter à l'occasion de l'établissement du présent rapport.

Sources

Acte général d'arbitrage (Règlement pacifique des différends internationaux) [Genève, 26 septembre 1928]	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 93, n° 2123, p. 343.
Charte de l'Organisation des États américains (Bogota, 30 avril 1948)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 119, n° 1609, p. 3.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Ibid., vol. 78, n° 1021, p. 277.
Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux (Lake Success, New York, 28 avril 1949)	Ibid., vol. 71, n° 912, p. 101.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, n° 970 à 973, p. 31.
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, n° 17512, p. 3.
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., n° 17513, p. 609.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) [San José, 22 novembre 1969]	Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
Convention européenne sur l'immunité des États (Bâle, 16 mai 1972)	Ibid., vol. 1495, n° 25699, p. 181.
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, n° 22495, p. 137.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3.
Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989)	Ibid., vol. 1577, n° 27531, p. 3.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Ibid., vol. 2187, n° 38544, p. 3.
Protocole de la Cour de justice de l'Union africaine (Maputo, 11 juillet 2003)	Disponible sur le site Web du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine : www.peaceau.org .
Convention sur les armes à sous-munitions (Dublin, 30 mai 2008)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2688, n° 47713, p. 39.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ALDRICH, George H.
«Customary international humanitarian law: an interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross», *The British Year Book of International Law* 2005, vol. 76, p. 503 à 524.
- ALLAND, Denis (dir. publ.)
Droit international public, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- ÁLVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto
«Methods for the identification of customary international law in the International Court of Justice's jurisprudence: 2000-2009», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, partie 3 (juillet 2011), p. 681 à 712.
- AKANDE, Dapo
«Sources of international criminal law», dans A. Cassese (dir. publ.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 41 à 53.
- AKEHURST, Michael
«Custom as a source of international law», *The British Year Book of International Law* 1974-75, vol. 47, n° 1, p. 1 à 53.
«The hierarchy of the sources of international law», *The British Year Book of International Law* 1974-75, vol. 47, n° 1, p. 273 à 285.
- ANDERSON, M. R. *et al.* (dir. publ.)
The International Law Commission and the Future of International Law, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1998.
- ARAJÄRVI, Noora Johanna
«From State-centricism to where? The formation of (customary) international law and non-State actors», 2010, disponible sur le site Web de Social Science Research Network, à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1599679>.
- BAKER, Roozbeh (Rudy) B.
«Customary international law in the 21st century: old challenges and new debates», *EJIL*, vol. 21, n° 1 (2010), p. 173 à 204.
«Legal recursivity and international law: rethinking the customary element», 2012, disponible sur le site Web de Social Science Research Network, 2012, p. 1 à 31.
- BANTEKAS, Ilias
«Reflections on some sources and methods of international criminal and humanitarian law», *International Criminal Law Review*, vol. 6 (2006), p. 121 à 136.
- BAXTER, R. R.
«Treaties and custom», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, t. 129 (1971), Leyde, Sijthoff, p. 25 à 105.

- BECKETT, Jason A.
The End of Customary International Law? A Purposive Analysis of Structural Indeterminacy, Université de Glasgow, 2008 (thèse de doctorat).
- BEDERMAN, David J.
The Spirit of International Law, Athens, University of Georgia Press, 2006.
Custom as a Source of Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
 «Acquiescence, abjection and the death of customary international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21, n° 1 (2010), p. 31 à 45.
- BELLINGER III, John B. et William J. HAYNES II
 «A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 866 (2007), p. 443 à 471.
- BENSON, Peter E.
 «François Gény's doctrine of customary law», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 20 (1982), p. 267 à 281.
- BENVENISTI, Eyal
 «Customary international law as a judicial tool for promoting efficiency», dans E. Benvenisti et M. Hirsch (dir. publ.), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 85 à 116.
- BERNHARDT, Rudolf
 «Custom and treaty in the law of the sea», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1987-V*, t. 205, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p. 249 à 330.
- BETHLEHEM, Daniel
 «The secret life of international law», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, n° 1 (2012), p. 23 à 36.
- BIANCHI, Andrea
 «Human rights and the magic of *jus cogens*», *EJIL*, vol. 19, n° 3 (2008), p. 491 à 508.
- BISHOP, William W.
 «General course of public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1965-II*, t. 115, Leyde, Sijthoff, 1965, p. 151 à 467.
- BLACKSTONE, William
Commentaries on the Laws of England, Oxford, Clarendon Press, 1765.
- BOAS, Gideon
Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012.
- BODANSKY, Daniel
The Art and Craft of International Environmental Law, Cambridge, Harvard University Press, 2010.
 «Prologue to a theory of non-treaty norms», dans M. H. Arsanjani et al. (dir. publ.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, p. 119 à 134.
- BOTHE, Michael
 «Customary international humanitarian law: some reflections on the ICRC study», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8 (2005), p. 143 à 178.
- BOYLE, Alan et Christine CHINKIN
The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRADLEY, Curtis A. et Mitu GULATI
 «Withdrawing from international custom», *Yale Law Journal*, vol. 120, n° 2 (novembre 2010), p. 202 à 275.
- BROWNLIE, Ian
 «To what extent are the traditional categories of *lex lata* and *lex ferenda* still viable?», dans A. Cassese et J. H. H. Weiler (dir. publ.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 66 à 72.
- BUZZINI, Gionata Piero
 «La "généralité" du droit international général: réflexions sur la polysémie d'un concept», *RGDIP*, t. 108 (2004), p. 381 à 406.
Le droit international général au travers et au-delà de la coutume: essai de conceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants, Genève, Université de Genève, 2007 (thèse).
- BYERS, Michael
Custom, Power, and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- CAHIN, Gérard
La coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier, Paris, Pedone, 2001.
- CAI, Congyan
 «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, n° 3 (2008), p. 659 à 679.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto
International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010.
- CARREAU, Dominique et Fabrizio MARRELLA
Droit international, 11^e éd., Paris, Pedone, 2012.
- CASSESE, Antonio
 «General round-up», dans A. Cassese et J. H. H. Weiler (dir. publ.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 165 à 183.
International Law, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005.
 «For an enhanced role of *jus cogens*», dans A. Cassese (dir. publ.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 158 à 171.
- CASSESE, Antonio et Joseph H. H. WEILER (dir. publ.)
Change and Stability in International Law-Making, Berlin, Walter de Gruyter, 1988.
- CHARLESWORTH, Hilary
 «The unbearable lightness of customary international law», *The Challenge of Non-State Actors, American Society of International Law, Proceedings of the 92nd Annual Meeting, April 1-4 1998, Washington*, p. 44 à 47.
 «Law-making and sources», dans J. Crawford et M. Koskeniemi (dir. publ.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 187 à 202.
- CHARNEY, Jonathan I.
 «Universal international law», *AJIL*, vol. 87, n° 4 (octobre 1993), p. 529 à 551.
- CHEN, Lung-Chu
An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective, 2^e éd., New Haven, Yale University Press, 2000.
- CHENG, Bin
 «United Nations resolutions on outer space: "instant" international customary law?», *Indian Journal of International Law*, vol. 5, n° 1 (janvier 1965), p. 23 à 48.
 «Epilogue», dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, p. 203 à 233.
 «Custom: the future of general State practice in a divided world», dans R. St. J. Macdonald et D. M. Johnson (dir. publ.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, p. 513 à 554.

CHIGARA, Ben

«The International Tribunal for the Law of the Sea and customary international law», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 22, n° 4 (2000), p. 433 à 452.

Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2001.

CHODOSH, Hiram E.

«Neither treaty nor custom: the emergence of declarative international law», *Texas International Law Journal*, vol. 26, n° 1 (1991), p. 87 à 124.

CLAPHAM, Andrew

Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.

COHEN, Harlan Grant

«From fragmentation to constitutionalization», Symposium on the global impact and implementation of human rights norms, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, vol. 25, n° 1 (2012), p. 381 à 394.

COMBACAU, Jean et Serge SUR

Droit international public, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2012.

CONDORELLI, Luigi

«Customary international law: the yesterday, today, and tomorrow of general international law», dans A. Cassese (dir. publ.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 147 à 157.

CONFORTI, Benedetto et Angelo LABELLA

An Introduction to International Law, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012.

CRAWFORD, James

Brownlie's Principles of Public International Law, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.

CRYER, Robert

«Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11, n° 2 (2006), p. 239 à 263.

CRYER, Robert *et al.*

An Introduction to Criminal Law and Procedure, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

DAILLIER, Patrick, Mathias FORTEAU et Alain PELLET

Droit international public, 8^e éd., LGDJ, 2009.

D'AMATO, Anthony

The Concept of Custom in International Law, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1971.

«Trashing customary international law», *AJIL*, vol. 81, n° 1 (janvier 1987), p. 101 à 105.

«It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, n° 1 (1990), p. 1 à 6.

«Customary international law: a reformulation», *International Legal Theory*, vol. IV (1) [1998], p. 1 à 6.

DANILENKO, Gennady M.

«The theory of international customary law», *German Yearbook of International Law*, vol. 31, 1988, p. 9 à 47.

Law-Making in the International Community, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

D'ASPREMONT, Jean

«Théorie des sources», dans R. Steenberghe (dir. publ.), *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 73 à 101.

Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules, Oxford, Oxford University Press, 2011.

DE HOOGH, Andreas Johannes Joseph

Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States, La Haye, Kluwer, 1996.

DE LUPIS, Ingrid Detter

The Concept of International Law, Stockholm, Norstedts, 1987.

DE VISSCHER, Charles

«Reflections on the present prospects of international adjudication», *AJIL*, vol. 50, n° 3 (juillet 1956), p. 467 à 474.

Théories et réalités en droit international public, 3^e éd. revue et augmentée, Paris, Pedone, 1960.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel

Instituciones de derecho internacional público, 18^e éd., Madrid, Tecnos, 2013.

DINSTEIN, Yoram

«The ICRC customary international humanitarian law study», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 36 (2006), p. 1 à 15.

DODGE, William S.

«Customary international law and the question of legitimacy», *Harvard Law Review Forum*, vol. 120 (2007), p. 19 à 27.

DOMB, Fania

«*Jus cogens* and human rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6 (1976), p. 104 à 121.

DÖRR, Oliver et Kirsten SCHMALENBACH (dir. publ.)

Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, Heidelberg, Springer, 2012.

DUGARD, John

International Law: A South African Perspective, 4^e éd., Le Cap, Juta, 2011.

DUNBAR, N. C. H.

«The myth of customary international law», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 8 (1983), p. 1 à 19.

DUPUY, Pierre-Marie

«La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales», dans *Recueil d'articles de conseillers juridiques d'États, d'organisations internationales et de praticiens du droit international* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.13), p. 377 à 394.

DUPUY, Pierre-Marie et Yann KERBRAT

Droit international public, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2010.

ESTREICHER, Samuel

«Rethinking the binding effect of customary international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, n° 1 (2003), p. 5 à 17.

FENWICK, Charles G.

«The sources of international law», *Michigan Law Review*, vol. 16, n° 6 (avril 1918), p. 393 à 401.

FERRER LLORET, Jaume

«La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte internacional de justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», dans *Revista Electronica de Estudios Internacionales*, n° 24 (2012).

FIDLER, David P.

«Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», *German Yearbook of International Law*, vol. 39 (1996), p. 198 à 248.

FITZMAURICE, Gerald

«The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-54: general principles and sources of law», *The British Year Book of International Law 1953*, vol. 30, p. 1 à 70.

FLECK, Dieter

«Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie: polarisierend oder konsensbildend?» *Humanitäres Völkerrecht*, vol. 3 (2009), p. 120 à 124.

FON, Vincy et Francesco PARISI

«International customary law and articulation theories: an economic analysis», *Brigham Young University International Law and Management Review*, vol. 2 (2006), p. 201 à 232.

FORTEAU, Mathias

«The diversity of applicable law before international tribunals as a source of forum shopping and fragmentation of international law: an assessment», dans R. Wolfrum et I. Gätzschmann (dir. publ.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 417 à 441.

FRIEDMANN, Wolfgang

The Changing Structure of International Law, Londres, Stevens & Sons, 1964.

FROWEIN, Jochen A.

«*Ius cogens*», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6 (2012), Oxford, Oxford University Press, p. 443 à 446.

GAJA, Giorgio

«General principles of law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6 (2012), Oxford, Oxford University Press, p. 370 à 378.

GAMBLE, JR., John King

«The treaty/custom dichotomy: an overview», *Texas International Law Journal*, vol. 16, n° 3 (1981), p. 305 à 319.

GEIGER, Rudolf H.

«Customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: a critical appraisal», dans U. Fastenrath et al. (dir. publ.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 673 à 694.

GOLDSMITH, Jack L. et Eric A. POSNER

«Notes toward a theory of customary international law», *The Challenge of Non-State Actors, American Society of International Law, Proceedings of the 92nd Annual Meeting, April 1-4 1998, Washington*, p. 53 à 56.

«Understanding the resemblance between modern and traditional customary international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 40 (1999-2000), p. 639 à 672.

GUGGENHEIM, Paul

«Les deux éléments de la coutume en droit international», dans C. Rousseau, *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, p. 275 à 284.

GUNNING, Isabelle R.

«Modernizing customary international law: the challenge of human rights», *Virginia Journal of International Law*, vol. 31, n° 2, 1991, p. 211 à 247.

GUZMAN, Andrew T.

«Saving customary international law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, n° 1, 2005, p. 115 à 176.

How International Law Works: A Rational Choice Theory, Oxford, Oxford University Press, 2008.

GUZMAN, Andrew T. et Timothy L. MEYER

«Customary international law in the 21st century», dans R. A. Miller et R. M. Bratspies (dir. publ.), *Progress in International Law*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, p. 197 à 217.

HAGEMANN, Max

«Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtssprechung des internationalen Gerichtshofes» (La coutume comme source du droit des gens dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice), *Annuaire suisse de droit international*, vol. 10 (1953), p. 61 à 88.

HAGGENMACHER, Peter

«La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», *RGDIP*, vol. 90 (1986), p. 5 à 125.

HEERE, Wybo P. (dir. publ.)

Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence, Proceedings of the Third Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, July 13-15, 1995, The American Society of International Law et Nederlandse Vereniging voor International Recht, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1996.

HENCKAERTS, Jean-Marie

«Étude sur le droit international coutumier: une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 87 (2005), sélection française, p. 289 à 330.

«Customary international humanitarian law: a rejoinder to judge Aldrich», *The British Year Book of International Law 2005*, vol. 76, p. 525 à 532.

«The ICRC customary international humanitarian law study: a rejoinder to professor Dinstein», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37 (2007), p. 259 à 270.

«Customary international humanitarian law: a response to US comments», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 866 (2007), p. 473 à 488.

HENCKAERTS, Jean-Marie et Louise DOSWALD-BECK

Droit international humanitaire coutumier, vol. 1 : Règles, Bruxelles, CICR/Bruylant, et vol. 2 (en anglais seulement) : *Practice*, Cambridge University Press, 2005.

HENKIN, Louis

How Nations Behave: Law and Foreign Policy, 2^e éd., New York, Columbia University Press, 1979.

International Law: Politics and Values, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

HOHMANN, Harald

Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law: The Precautionary Principle – International Environmental Law Between Exploitation and Protection, Londres, Graham & Trotman, 1994.

HUDSON, Manley O.

The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: A Treatise, New York, Macmillan, 1943.

HUNTER, David, James SALZMAN et Durwood ZAEKE

International Environmental Law and Policy, 2^e éd., New York, Foundation Press, 2002.

IWASAWA, Yuji

International Law, Human Rights, and Japanese Law: The Impact of International Law on Japanese Law, Oxford, Clarendon Press, 1998.

JANIS, Mark Weston

«The nature of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, n° 2 (1988), p. 359 à 363.

«International law?» *Harvard International Law Journal*, vol. 32, n° 2 (1991), p. 363 à 372.

America and the Law of Nations 1776-1939, Oxford, Oxford University Press, 2010.

JENNINGS, Robert Y.

«The identification of international law», dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, p. 3 à 9.

«What is international law and how do we tell it when we see it?», *The Cambridge Tilburg Lectures, Third Series 1980*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 1983, p. 1 à 32.

«Customary law and general principles of law as sources of space law», dans K.-H. Böckstiegel (dir. publ.), *Environmental Aspects of Activities in Outer Space: State of the Law and Measures of Protection*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1990, p. 149 à 152.

- JENNINGS, Robert et Arthur WATTS (dir. publ.)
Oppenheim's International Law, 9^e éd., vol. I: *Peace*, parties 2 à 4, Harlow, Essex, Longman, 1992.
- JIA, Bing Bing
 «The relations between treaties and custom», *Chinese Journal of International Law*, vol. 99 (2010), p. 81 à 109.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo
 «Custom», dans A. Cassese et J. H. H. Weiler (dir. publ.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 1 à 4.
- KACZOROWSKA, Alina
Public International Law, 4^e éd., Londres, Routledge, 2010.
- KADELBACH, Stefan
 «*Jus cogens*, obligations *erga omnes* and other rules – the identification of fundamental norms», dans C. Tomuschat et J.-M. Thouvenin (dir. publ.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006, p. 21 à 40.
- KAIKOBAD, Kaiyan *et al.*
 «United Kingdom materials on international law 2005», *The British Year Book of International Law* 2005, vol. 76, p. 683 à 970.
- KAMMERHOFER, Jörg
 «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», *EJIL*, vol. 15, n^o 3 (2004), p. 523 à 553.
Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective, Londres/New York, Routledge, 2011.
 «Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship», dans M. Happold (dir. publ.), *International Law in a Multipolar World*, Londres, Routledge, 2012, p. 138 à 157.
- KAWASAKI, Kyoji
 «A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law», *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), p. 27 à 43.
- KEARNEY, Richard D.
 «Sources of law and the International Court of Justice», dans L. Gross (dir. publ.), *The Future of the International Court of Justice*, vol. II, Dobbs Ferry (New York), Oceana Publications, 1976, p. 610 à 723.
- KELLY, J. Patrick
 «The twilight of customary international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 40 (1999-2000), p. 449 à 543.
- KELSEN, Hans
 «Théorie du droit international coutumier», *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, n^o 4 (1939), p. 253 à 274.
- KIRGIS, JR., Frederic L.
 «Custom on a sliding scale», *AJIL*, vol. 81, n^o 1 (janvier 1987), p. 146 à 151.
- KLABBERS, Jan
 «The curious condition of custom», *International Legal Theory*, vol. 8, n^o 1 (2002), p. 29 à 39.
- KLEIN, Eckart (dir. publ.)
Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht. Kolloquium 26-28 September 2002 Potsdam, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003.
- KOLB, Robert
 «Selected problems in the theory of customary international law», *Netherlands International Law Review*, vol. 50, n^o 2 (2003), p. 119 à 150.
- KONTOROVICH, Eugene
 «Inefficient customs in international law», *William and Mary Law Review*, vol. 48, n^o 3 (2006), p. 859 à 922.
- KOPELMANAS, Lazare
 «Custom as a means of the creation of international law», *The British Year Book of International Law* 1937, vol. 18, p. 127 à 151.
- KOSKENNIEMI, Martti
From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989.
 «Introduction», dans M. Koskenniemi (dir. publ.), *Sources of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2000, p. i-xxi.
- KUNZ, Josef L.
 «The nature of customary international law», *AJIL*, vol. 47, n^o 4 (octobre 1953), p. 662 à 669.
- KUZNETSOV, V. I. et B. R. TUZMUKHAMEDOV (dir. publ.)
International Law: A Russian Introduction, Utrecht, Eleven, 2009.
- LAUTERPACHT, Hersch
The Development of International Law by the International Court, édition révisée, Cambridge, Grotius, 1982.
- LEPARD, Briand D.
Customary International Law: A New Theory with Practical Applications, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LILLICH, Richard B.
 «The growing importance of customary international human rights law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, n^{os} 1 et 2 (1995-1996), p. 1 à 30.
- LINDROOS, Anja et Michael MEHLING
 «Dispelling the chimera of “self-contained regimes”: international law and the WTO», *EJIL*, vol. 16, n^o 5 (2006), p. 857 à 877.
- LOWE, Vaughan
International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- LUKASHUK, Igor I.
 «Customary norms in contemporary international law», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 487 à 508.
- MACGIBBON, Iain
 «Means for the identification of international law. General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity», dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, p. 10 à 26.
- MACLAREN, Malcolm et Felix SCHWENDIMANN
 «An exercise in the development of international law: the new ICRC study on customary international humanitarian law», *German Law Journal*, vol. 6, n^o 9 (2005), p. 1217 à 1242.
- MALANCZUK, Peter
Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7^e éd. révisée, Londres, Routledge, 1997.
- MALENOVSKÝ, Jiří
 «Le juge et la coutume internationale: perspective de l'Union européenne et de la Cour de justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 217 à 241.
- MASSEY, David B.
 «How the American Law Institute influences customary law: the reasonableness requirement of the restatement of foreign relations law», *Yale Journal of International Law*, vol. 22, n^o 2 (1997), p. 419 à 445.
- MAYBEE, Larry et Benarji CHAKKA (dir. publ.)
Custom as a Source of International Humanitarian Law: Proceedings of a Conference to Mark the Publication of the ICRC Study “Customary International Humanitarian Law” held in New Delhi, 8-9 December 2005, New Delhi, Comité international de la Croix-Rouge, 2006.

- McGINNIS, John O.
 «The appropriate hierarchy of global multilateralism and customary international law: the example of the WTO», *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, n° 1 (2003), p. 229 à 284.
 «The comparative disadvantage of customary international law», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30, n° 1 (2006), p. 7 à 14.
- McNAIR, Arnold
Law of Treaties, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- MCRAE, Donald
 «The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission», *Journal of International Law and Diplomacy*, vol. 111, n° 4 (2013), p. 75 à 94.
- MÉGRET, Frédéric
 «International law as law», dans J. Crawford et M. Koskeniemi (dir. publ.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 64 à 92.
- MEIJERS, Herman
 «On international customary law in the Netherlands», dans I. F. Dekker et H. H. G. Post (dir. publ.), *On the Foundations and Sources of International Law*, La Haye, T. M. C. Asser Press, 2003, p. 77 à 128.
- MENDELSON, Maurice H.
 «The International Court of Justice and the sources of international law», dans V. Lowe et M. Fitzmaurice (dir. publ.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 63 à 103.
 «The formation of customary international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1998, t. 272, p. 155 à 410.
- MERON, Theodor
 «On a hierarchy of international human rights», *AJIL*, vol. 80 (1986), p. 1 à 23.
 «The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law», *AJIL*, vol. 90, n° 2 (1996), p. 238 à 249.
 «International law in the age of human rights», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2003, t. 301.
 «Revival of customary humanitarian law», *AJIL*, vol. 99, n° 4 (2005), p. 817 à 834.
The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench. Selected Speeches, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- METTRAUX, Guénaël
International Crimes and the Ad Hoc Tribunals, New York, Oxford University Press, 2005.
- MILANO, Enrico
 «The investment arbitration between Italy and Cuba: the application of customary international law under scrutiny», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11 (2012), p. 499 à 524.
- MOHD ZIN, Sharizal et Ashraf U. Sarah KAZI
 «The role of customary international law in the World Trade Organisation (WTO) disputes settlement mechanism», *International Journal of Public Law and Policy*, vol. 2, n° 3 (2012), p. 229 à 262.
- MÜLLERSON, Rein
 «On the nature and scope of customary international law», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), p. 341 à 360.
- MURPHY, Sean D.
Principles of International Law, 2^e éd., St. Paul (Minnesota), West, 2012.
- NIETO-NAVIA, Rafael
 «International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law», dans L. Chand Vohrah *et al.* (dir. publ.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2003, p. 595 à 640.
- NORMAN, George et Joel P. TRACHTMAN
 «The customary international law game», *AJIL*, vol. 99, n° 3 (2005), p. 541 à 580.
- O'CONNELL, Mary Ellen
 «*Jus cogens*: international law's higher ethical norms», dans D. Earl Childress III (dir. publ.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 78 à 98.
- OCHOA, Christiana
 «The individual and customary international law formation», *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, n° 1 (2007), p. 119 à 186.
- ONUF, N. G. et Richard K. BIRNEY
 «Peremptory norms of international law: their source, function and future», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 4, n° 2 (1974), p. 187 à 198.
- ORAKHELASHVILI, Alexander
Peremptory Norms in International Law, Oxford, Oxford University Press, 2006.
The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ORREGO VICUÑA, Francisco
 «Customary international law in a global community: tailor made?», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 38, n° 148 (2005), p. 21 à 38.
- PALMER, Geoffrey
 «New ways to make international environmental law», *AJIL*, vol. 86, n° 2 (1992), p. 259 à 283.
- PALMETER, David et Petros C. MAVROIDIS
 «The WTO legal system: sources of law», *AJIL*, vol. 92, n° 3 (1998), p. 398 à 413.
- PARRY, Anthony (dir. publ.)
Collected Papers of Professor Clive Parry, vol. II, Londres, Wildy, Simmonds & Hill, 2012.
- PARRY, Clive
The Sources and Evidences of International Law, Manchester, Manchester University Press, 1965.
- PAULUS, Andreas
 «The judge and international custom», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 253 à 265.
- PAUST, Jordan
 «The reality of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, n° 1 (1991), p. 81 à 85.
- PAUWELYN, Joost
 «The role of public international law in the WTO: how far can we go?», *AJIL*, vol. 85, n° 3 (2001), p. 535 à 578.
- PEARCE, Jeremy
 «Customary international law: not merely fiction or myth», *Austrian International Law Journal*, 2003, p. 125 à 140.
- PELLET, Alain
 «"Droits-de-l'homme" et droit international», *Droits fondamentaux*, n° 1 (2001), p. 167 à 179.
 «Shaping the future of international law: the role of the World Court in law-making», dans M. H. Arsanjani *et al.* (dir. publ.), *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1065 à 1083.
 «Article 38», dans A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 731 à 870.

- PERREAU-SAUSSINE, Amanda et James Bernard MURPHY
 «The character of customary law: an introduction», dans A. Perreau-Saussine et J. B. Murphy (dir. publ.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 1 à 10.
- PETERSEN, Niels
 «Customary law without custom? Rules, principles, and the role of State practice in international norm creation», *American University International Law Review*, vol. 23, n° 2 (2007-2008), p. 275 à 310.
- POSTEMA, Gerald J.
 «Custom in international law: a normative practice account», dans A. Perreau-Saussine et J. B. Murphy (dir. publ.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 279 à 306.
- REISMAN, W. Michael
 «The cult of custom in the late 20th century», *California Western International Law Journal*, vol. 17, n° 1 (1987), p. 133 à 145.
- REUTER, Paul
Introduction au droit des traités, Paris, Librairie Armand Colin, 1972.
- ROBERTS, Anthea Elizabeth
 «Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation», *AJIL*, vol. 95, n° 4 (2001), p. 757 à 791.
 «Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60 (2011), p. 57 à 92.
- ROSENNE, Shabtai
Practice and Methods of International Law, Londres, Oceana Publications, 1984.
- ROZAKIS, Christos L.
The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties, Amsterdam, North-Holland, 1976.
- SCHABAS, William
 «Customary law or “judge-made” law: judicial creativity at the UN criminal tribunals», dans J. Doria *et al.* (dir. publ.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Pavlovich Blishchenko*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, p. 77 à 101.
- SCHACHTER, Oscar
 «Entangled treaty and custom», dans Y. Dinstein (dir. publ.), *International Law in a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717 à 738.
International Law in Theory and Practice, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.
 «New custom: power, *opinio juris* and contrary practice», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 531 à 540.
- SCHARF, Michael P.
 «Seizing the “Grotian moment”: accelerated formation of customary international law in times of fundamental change», *Cornell International Law Journal*, vol. 43, n° 3 (2010), p. 439 à 469.
- SCHLÜTTER, Birgit
Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010.
- SCHWARZENBERGER, Georg
 «International *jus cogens*?», *Texas Law Review*, vol. 43 (1964-1965), p. 455 à 478.
- SCOTT, Gary L. et Craig L. CARR
 «The International Court of Justice and the treaty/custom dichotomy», *Texas International Law Journal*, vol. 16 (1981), p. 347 à 359.
 «Multilateral treaties and the formation of customary international law», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 25, n° 1 (1996), p. 71 à 94.
- SEIBERT-FOHR, Anja
 «Modern concepts of customary international law as a manifestation of a value-based international order», dans A. Zimmermann et R. Hofmann (dir. publ.), *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humblat, 2006, p. 257 à 283.
- SHAW, Malcolm N.
International Law, 6^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SHELTON, Dinah (dir. publ.)
International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- SIMMA, Bruno et Philip ALSTON
 «The sources of human rights law: custom, *jus cogens*, and general principles», *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988-1989), p. 82 à 108.
- SINCLAIR, Ian
The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof
 «Elements of custom and the Hague Court», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), p. 810 à 854.
- SOHN, Louis B.
 «“Generally accepted” international rules», *Washington Law Review*, vol. 61, n° 3 (1986), p. 1073 à 1080.
- SPIERMANN, Ole
 «“Who attempts too much does nothing well”: the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice», *The British Year Book of International Law* 2002, vol. 73, p. 187 à 260.
 «Historical introduction», dans A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 47 à 71.
- STAHN, Carsten et Larissa VAN DEN HERIK
 «“Fragmentation”, diversification and “3D” legal pluralism: international criminal law as the jack-in-the-box?» dans L. Van den Herik et C. Stahn (dir. publ.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012, p. 21 à 89.
- STERN, Brigitte
 «Custom at the heart of international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, n° 1 (2011), p. 89 à 108.
- STIRN, Bernard
 «La place de la coutume internationale en droit public français», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 267 à 271.
- SUR, Serge
International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations, Oxford, Hart Publishing, 2010.
- SWAINE, Edward T.
 «Rational custom», *Duke Law Journal*, vol. 52, n° 3 (2002), p. 559 à 627.

- TASIOULAS, John
 «Customary international law and the quest for global justice», dans A. Perreau-Saussine et J. B. Murphy (dir. publ.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 307 à 335.
- TAVERNIER, Paul
 «L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?», dans C. Tomuschat et J.-M. Thouvenin (dir. publ.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006, p. 1 à 20.
- TAVERNIER, Paul et Jean-Marie HENCKAERTS (dir. publ.)
Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- THIRLWAY, Hugh
International Customary Law and Codification: An examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law, Leyde, Sijthoff, 1972.
 «The sources of international law», dans M. D. Evans (dir. publ.), *International Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 95 à 121.
 «Unacknowledged legislators: some preliminary reflections on the limits of judicial lawmaking», dans R. Wolfrum et I. Gätzschmann (dir. publ.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 311 à 323.
- THÜRER, Daniel
 «Soft law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 269 à 278.
- TOMKA, Peter
 «Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 195 à 216.
- TOMUSCHAT, Christian
 «What is "general international law"?» dans *Guerra y Paz: 1945-2009. Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, p. 329 à 348.
- TREVES, Tullio
 «Customary international law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 937 à 957.
- TUNKIN, Grigory I.
 «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», *California Law Review*, vol. 49, n° 3, 1961, p. 419 à 430.
 «Jus cogens in contemporary international law», *University of Toledo Law Review*, n°s 1 et 2, vol. 1971, p. 107 à 118.
- VAGTS, Detlev F.
 «International relations looks at customary international law: a traditionalist's defence», *EJIL*, vol. 15, n° 5 (2004), p. 1031 à 1040.
- VAN DAMME, Isabelle
Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- VAN DEN HERIK, Larissa
 «Using custom to reconceptualize crimes against humanity», dans S. Darcy et J. Powderly (dir. publ.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 80 à 105.
- VAN HOOF, G. J. H.
Rethinking the Sources of International Law, Deventer, Kluwer, 1983.
- VAN SCHAAK, Beth
 «Crimen sine lege: judicial lawmaking at the intersection of law and morals», *Georgetown Law Journal*, vol. 97 (2008), p. 119 à 192.
- VANHAMME, Jan
 «Formation and enhancement of customary international law: the European Union's contribution», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 39 (2008), p. 127 à 154.
- VERHOEVEN, Joe
Droit international public, Bruxelles, Larcier, 2000.
- VIDMAR, Jure
 «Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?», dans E. De Wet et J. Vidmar (dir. publ.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 13 à 41.
- VIERDAG, E. W.
 «The law governing treaty relations between parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not party to the Convention», *AJIL*, vol. 76 (1982), p. 779 à 801.
- VILLIGER, Mark E.
Customary International Law and Treaties. A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources, 2^e éd. révisée, La Haye, Kluwer, 1997.
- VON BERNSTORFF, Jochen
 «Martens Clause», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1143 à 1146.
- VON GLAHN, Gerhard et James Larry TAULBEE
Law Among Nations: An Introduction to Public International Law, 10^e éd., Boston, Pearson, 2013.
- VOYIAKIS, Emmanuel
 «A theory of customary international law», 2008, disponible sur le site Web de Social Science Research Network, à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=895462>.
 «Customary international law and the place of normative considerations», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 55 (2010), p. 163 à 200.
- WEIL, Prosper
 «Towards relative normativity in international law?» *AJIL*, vol. 77 (1983), p. 413 à 442.
- WEISBURD, Arthur M.
 «Customary international law: the problem of treaties», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, n° 1 (1988), p. 1 à 45.
- WHEATLEY, Steven
The Democratic Legitimacy of International Law, Oxford, Hart Publishing, 2010.
- WILDHABER, Luzius et Stephan BREITENMOSER
 «The relationship between customary international law and municipal law in Western European countries», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 48 (1988), p. 163 à 207.
- WILMSHURST, Elizabeth et Susan BREAU (dir. publ.)
Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- WOLFKE, Karol
Custom in Present International Law, 2^e éd. révisée, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
 «Some persistent controversies regarding customary international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24, 1993, p. 1 à 16.
 «Treaties and custom: aspects of interrelation», dans J. Klabbars et R. Lefeber (dir. publ.), *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, p. 31 à 39.

WOLFRUM, Rüdiger

«General international law (principles, rules, and standards)», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6 (2012), Oxford, Oxford University Press, p. 344 à 368.

«Sources of international law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, p. 299 à 313.

WORSTER, William Thomas

«The inductive and deductive methods in customary international law analysis: traditional and modern approaches», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 45, n° 2 (2014), p. 445 à 521.

WOUTERS, Jan et Cedric RYNGAERT

«Impact on the process of the formation of customary international law», dans M. T. Kamminga et M. Scheinin (dir. publ.), *The*

Impact of Human Rights Law on General International Law, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 111 à 131.

YASUAKI, Onuma

«Is the International Court of Justice an emperor without clothes?», *International Legal Theory*, vol. 8, n° 1 (2002), p. 1 à 28.

ZAHAR, Alexander

«Civilizing civil war: writing morality as law at the ICTY», dans B. Swart *et al.* (dir. publ.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 469 à 504.

ZIEMELE, Ineta

«Customary international law in the case law of the European Court of Human Rights – The method», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 243 à 242.

Introduction

A. Préambule

1. La Commission du droit international a décidé, à sa soixante-quatrième session, en 2012, d'inscrire le sujet «Formation et identification du droit international coutumier» à son programme de travail en cours et de nommer Sir Michael Wood Rapporteur spécial¹. Le Rapporteur spécial a établi une note dans laquelle il faisait part de ses premières réflexions sur le sujet, concernant notamment la délimitation du sujet et l'esquisse d'un programme de travail², qui ont servi de base au débat initial sur le sujet au cours de la session³.

2. Lors du débat tenu dans le courant de l'année à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, des délégations ont souligné l'intérêt et l'utilité du sujet, ainsi que le rôle majeur joué par le droit international coutumier aux niveaux international et national. On a également évoqué les difficultés inhérentes au sujet, en particulier celle qu'il y avait à établir l'existence d'une règle du droit international coutumier. Des délégations ont souligné la nécessité de conserver sa souplesse au processus coutumier. D'autres ont dit l'intérêt qu'il y avait à tenter de cerner le sens et les expressions de la pratique des États et de l'*opinio juris* en tant qu'éléments constitutifs du droit international coutumier. D'autres encore ont souligné les rapports entre droit conventionnel et droit international coutumier, la nécessité d'examiner le rôle des organisations internationales en matière de formation et d'identification du droit international coutumier et enfin tout l'intérêt qu'il y aurait à voir les travaux aboutir à un résultat utilisable dans la pratique⁴.

3. Dans sa résolution 67/92, du 14 décembre 2012, l'Assemblée générale a noté avec satisfaction la décision de la Commission du droit international d'inscrire le sujet à son programme de travail et a fait savoir aux gouvernements qu'il importait qu'ils fassent connaître leurs vues sur les divers points énumérés au chapitre III du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-quatrième session⁵.

4. À sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission a demandé aux États de lui

donner des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit dans une situation donnée. Cette pratique pourrait être reflétée dans :

a) des déclarations officielles devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales ; et

b) des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous-régionales⁶.

Le Rapporteur spécial a proposé à la Commission de fixer au 31 janvier 2014 la date limite aux fins de la soumission des réponses des États.

5. La Commission a également demandé au Secrétariat d'établir une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission susceptibles de présenter un intérêt particulier aux fins de l'étude du sujet⁷. Comme il ressort de la section B ci-après, l'étude du Secrétariat qui donne force détails sur la façon dont la Commission a jusqu'ici traité le sujet⁸ sera un outil précieux pour la suite de ses travaux.

6. Ayant essentiellement valeur d'introduction, le présent rapport se veut le point de départ des investigations et

¹ *Annuaire... 2012*, vol. I, 3132^e séance, 22 mai 2012, p. 23.

² *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/653.

³ *Ibid.*, vol. I, 3148^e séance, 24 juillet 2012, p. 143 à 149, 3150^e séance, 26 juillet 2012, p. 167 à 170, 3151^e séance, 27 juillet 2012, p. 171 à 179, et 3152^e séance, 30 juillet 2012, p. 182 à 184 ; *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 66 à 74, par. 156 à 202.

⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e à 25^e séance (A/CN.6/67/SR.18-25) ; voir aussi le résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-septième session (A/CN.4/657), par. 47 à 52.

⁵ Résolution 67/92 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 2012, par. 4 et 7.

⁶ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 13, par. 29.

⁷ *Ibid.*, p. 70, par. 159.

⁸ Mémoire du Secrétariat : éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet, document A/CN.4/659, reproduit dans le présent volume.

débats futurs sur le sujet. Après avoir évoqué les travaux antérieurs de la Commission, le chapitre I sera consacré à la délimitation du sujet (la question étant en particulier de savoir s'il y a lieu d'envisager le *jus cogens*) et à la forme que pourrait revêtir le résultat des travaux. Au chapitre II, la question du droit international coutumier sera envisagée, sous certains aspects, comme source de droit, au regard notamment du paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et les choix d'ordre terminologique. Le chapitre III s'arrêtera sur les grandes catégories de sources consacrées à la formation et à l'identification du droit international coutumier (la pratique des États et des autres acteurs intergouvernementaux, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et des autres juridictions, les travaux d'autres institutions, la doctrine). Ainsi sont abordés les diverses approches proposées pour rendre compte de la formation et de l'identification des règles du droit international coutumier et les enseignements dégagés en la matière.

7. Il convient d'emblée d'évoquer les travaux de l'Association de droit international examinés en détail dans le chapitre III, section D, ci-après. La déclaration de principes, adoptée par l'Association à Londres en 2000 voici près de treize ans, a été le fruit de quinze années de travail considérable sur le processus de formation du droit international coutumier⁹. Toutefois, la Commission envisagera le sujet différemment de l'Association à maints égards, surtout quand on sait qu'elle a ce statut singulier d'organe subsidiaire de l'Assemblée générale et qu'elle entretient, de ce fait, des rapports tout aussi particuliers avec les États¹⁰.

B. Travaux antérieurs de la Commission

8. Il convient de rappeler les travaux de la Commission sur le sujet, notamment ceux qui lui ont été confiés dès sa création en application de l'article 24 de son statut, ceux qu'elle a consacrés au droit des traités et le rapport «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international». L'identification du droit international coutumier figure en bonne place dans ces travaux, bien que la Commission se soit parfois gardée d'établir une distinction claire entre la codification du droit international et son développement progressif¹¹.

9. En application de l'article 24 de son statut¹², la Commission s'est intéressée, lors de ses première et

⁹ Résolution 16/2000, «Formation of general customary international law», adoptée à Londres le 29 juillet 2000 lors de la soixante-neuvième conférence de l'Association de droit international, p. 39; et «London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law» («Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général»), *Report of the Sixty-Ninth Conference held in London 25-29th July 2000*, p. 712 à 777.

¹⁰ Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 128 et 129 («L'idéal serait par exemple que la Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies rédige soigneusement un document qui viendrait réaffirmer et clarifier avec autorité les critères de la coutume»).

¹¹ Voir McRae, «The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission».

¹² L'article 24 du statut de la Commission prévoit que «[l]a Commission examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple

deuxième sessions de 1949 et 1950, à la question des «Moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier». Partant du mémorandum du Secrétariat¹³ et du document de travail établi par M. Manley O. Hudson¹⁴, elle a formulé un certain nombre de recommandations, notamment celle tendant à voir l'Assemblée générale attirer l'attention des États sur l'intérêt qu'il y aurait à publier des répertoires de leur correspondance diplomatique et de leurs autres documents relevant du droit international, dans le but de rendre plus accessible la documentation sur les pratiques étatiques¹⁵. Ce rapport, qui fait date, a donné lieu à d'importantes publications en droit international, aux niveaux national et international, dont notamment la *Série législative des Nations Unies*, le *Recueil des sentences arbitrales* et des répertoires de la pratique des États¹⁶.

10. Deux importantes études de droit international menées en 1948¹⁷ et en 1971¹⁸ étaient censées permettre à la Commission de mieux choisir ses sujets. Il est intéressant de rappeler ici ce que dit l'étude de 1948 sous la rubrique «Sources du droit international»:

La définition des sources du droit international, telle qu'elle est donnée à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, a pourvu avec succès à la codification de cet aspect du droit international. Les tribunaux internationaux d'arbitrage ont considéré à maintes reprises que cette définition s'imposait à leur juridiction. On peut douter de l'utilité que présenteraient des tentatives faites pour la préciser, telle que la définition des conditions de la formation et de la désuétude de la coutume internationale ou l'énumération, à titre d'exemple, de certains principes

la compilation et la publication de documents établissant la pratique des États et des décisions de juridiction nationales et internationales sur des questions de droit international, et elle fait rapport à l'Assemblée générale sur ce sujet».

¹³ *Yearbook of the International Law Commission 1949*, document A/CN.4/6, p. 228 à 231.

¹⁴ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, document A/CN.4/16 et Add.1, p. 24. S'intéressant à la question de la portée du droit international coutumier, M. Manley O. Hudson fait notamment observer qu'«il semble que, pour devenir un principe ou une règle du droit international coutumier, tout principe ou toute règle doit à la fois: a) être pratiqué, de manière identique, par un certain nombre d'États chaque fois que se présente une situation donnée entrant dans le cadre des relations internationales; b) se prolonger ou se répéter pendant une période de temps suffisamment longue; c) être imposé par le droit international existant ou compatible avec lui; et d) être généralement admis dans la pratique d'autres États» (ibid., p. 26, par. 11). Le document de travail approfondit plus loin la question de l'identification du droit international coutumier.

¹⁵ Ibid., document A/1316, p. 367 à 374, par. 24 à 94, notamment par. 90 à 94 [en français, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session du 5 juin au 29 juillet 1950, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 4 à 11]; C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, p. 70 à 82, repris dans A. Parry, *Collected Papers of Professor Clive Parry*, vol. II, p. 1 à 105.

¹⁶ Mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 8), par. 9 à 11. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté en 1968 un Plan modèle de classement des documents concernant la pratique des États en matière de droit international public [CM/Res (68) 17], lequel a servi de cadre à plusieurs publications nationales; il a été modifié en profondeur en 1997 [CM/Rec (97) 11].

¹⁷ *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international*, mémorandum du Secrétaire général [publication des Nations Unies, numéro de vente: 1948.V.1(1)]. Le Secrétaire de la Commission a révélé en 1960 que M. Hersch Lauterpacht était l'auteur de l'étude de 1948 (*Annuaire... 1960*, vol. I, 535^e séance, 9 mai 1960, p. 56, par. 33).

¹⁸ Examen d'ensemble du droit international: document de travail présenté par le Secrétaire général, *Annuaire... 1971*, vol. II (2^e partie), document A/CN.4/245, p. 1.

généraux du droit que l'Article 38 du Statut reconnaît comme une des trois sources essentielles du droit que la Cour applique. L'introduction d'une définition des sources du droit international dans un plan général de codification répondrait à la nécessité d'une symétrie systématique, en dehors de tout besoin pratique pressant. Cependant, tout commentaire accompagnant la définition qui réunirait la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et celles des autres tribunaux internationaux, quant à l'application des diverses sources du droit international, serait d'une utilité certaine¹⁹.

L'étude de 1971 ne reviendra pas sur la question. Toutefois, une étude officieuse de 1998 fait observer ce qui suit, sous la rubrique «Points qui ne sauraient être inscrits à l'ordre du jour de la [Commission du droit international]» :

La [Commission] ne doit pas inscrire la question des «sources» à son ordre du jour (sauf quand elle s'intéresse aux traités). Il est contre-productif, voire impossible, de codifier les processus relativement souples au cours desquels se créent les règles du droit international coutumier. De plus, en la matière, il y a d'un côté les questions essentielles (Qu'est-ce que la coutume ? Comment se forme-t-elle ? etc.), de l'autre les questions secondaires (Quelles sont les règles en matière d'interprétation des traités ? etc.) et, manifestement, les questions essentielles relèvent presque toujours de considérations théoriques²⁰.

Lorsqu'elle a décidé de traiter du présent sujet, la Commission n'ignorait pas les prises de position suscitées précédemment par la question ; elle n'ignorait pas non plus que, selon les termes même du rapport de 2011,

[u]n examen du processus [de formation et d'identification du droit international coutumier] est toutefois primordial pour tous ceux qui ont à appliquer les règles du droit international. Aboutir à une conception commune de ces processus pourrait se révéler fort utile dans la pratique, d'autant qu'il est de plus en plus fréquent que des acteurs qui ne sont pas toujours des spécialistes du droit international – personnel des tribunaux internes de nombreux pays, de ministères autres que ceux des affaires étrangères et des organisations non gouvernementales – soient amenés à se pencher sur des questions de droit international coutumier²¹.

11. Comme il ressort du mémorandum du Secrétariat, la Commission a traité à de nombreuses reprises le sujet de la formation et de l'identification du droit international

¹⁹ Examen d'ensemble du droit international... (voir *supra* la note 17), p. 22, par. 33.

²⁰ Anderson *et al.*, *The International Law Commission and the future of international law*, p. 42, par. 104.

²¹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 189, par. 3.

coutumier. Passant en revue les travaux effectués dans ce domaine par la Commission depuis 1949 (en particulier les versions définitives des textes qu'elle a adoptés au fil des ans sur les différents sujets dont elle a été saisie), le mémorandum tente de «recenser les éléments des travaux antérieurs de la Commission susceptibles de présenter un intérêt particulier aux fins de l'étude du sujet "Formation et identification du droit international coutumier"». Dans le corps de son texte, il examine «l'approche suivie par la Commission pour mettre en évidence le droit international coutumier et le processus de sa formation, en s'arrêtant tour à tour sur : a) l'approche générale suivie par la Commission ; b) la pratique des États ; c) l'élément subjectif de la coutume (*opinio juris sive necessitatis*) ; d) la pratique pertinente des organisations internationales ; e) la jurisprudence et la doctrine». Il s'intéresse également à «la place du droit coutumier dans l'ordre juridique international», à savoir «la force obligatoire et les caractéristiques des règles de droit international coutumier (y compris les règles régionales, les règles créant des obligations *erga omnes* et les règles du *jus cogens*), les rapports entre droit international coutumier et traités, et les rapports entre droit international coutumier et "droit international général"»²².

12. Il ressort du mémorandum du Secrétariat notamment que la Commission a toujours vu dans l'uniformité et le caractère généralisé de la pratique des États des facteurs déterminants de l'identification de la règle de droit international coutumier. Outre ces deux conditions essentielles, le mémorandum relève également, en ce qui concerne la pratique des États, que la Commission «a souvent évoqué», quoique sous différentes formulations, «ce qu'il est convenu d'appeler l'élément subjectif du droit international coutumier»²³. Il résulte du mémorandum que la Commission interroge «différentes sources» chaque fois qu'elle cherche à établir l'existence de telle ou telle pratique des États et l'«élément subjectif» correspondant et que, pour ce faire, la jurisprudence, la doctrine et la pratique des organisations internationales se sont souvent révélées d'un grand intérêt.

²² Mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 8), résumé.

²³ *Ibid.*, par. 26.

CHAPITRE I

Délimitation du sujet et forme des résultats

A. Délimitation du sujet et forme des résultats des travaux de la Commission

13. La question de la délimitation du présent sujet et celle de la forme à donner aux travaux de la Commission ont été évoquées lors du débat tenu par la Commission en 2012²⁴ et à la Sixième Commission à la soixante-septième session de l'Assemblée générale²⁵. La question a d'abord été soulevée de savoir si l'intitulé du sujet, qui parle à la fois de «formation» et d'«identification» du droit international coutumier, recouvrait véritablement la matière

que la Commission entendait traiter ; l'on a fait en outre observer que ces deux termes ne coïncidaient pas tout à fait d'une langue à l'autre. On a souligné que l'enjeu essentiel des travaux était l'«identification» du droit international coutumier et que la référence à la «formation» risquait de rendre le sujet par trop vaste ou théorique.

14. De l'avis du Rapporteur spécial, quel que soit l'intitulé exact du sujet, son examen a pour but de fournir des orientations aux personnes appelées à appliquer les règles du droit international coutumier pour identifier lesdites règles dans des cas concrets. On pensera notamment aux juges des juridictions nationales et aux juges et arbitres des juridictions internationales spécialisées.

²⁴ Voir *supra* la note 3.

²⁵ Voir *supra* la note 4.

15. Dans l'intitulé anglais, les mots *formation* et *evidence* veulent dire que, lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une règle du droit international coutumier, il faut s'attacher aussi bien aux conditions de formation de la règle qu'aux types de preuves qui permettent d'établir que lesdites conditions sont bien satisfaites. Il faut veiller toutefois au préalable à bien délimiter le sujet dans l'intitulé dans chaque langue (dont l'anglais) et à lui attribuer la même signification dans toutes les langues.

16. Les praticiens du droit international, notamment les auteurs, envisagent le droit international coutumier de nombreuses manières différentes : certains y voient principalement une source du droit international ; d'autres s'intéressent surtout à la place qu'il occupe dans l'ordre juridique interne ; d'autres encore s'attachent à décrire et à expliciter dans leur état actuel son processus de formation et ses méthodes d'identification ; d'autres enfin s'interrogent expressément sur ses évolutions futures²⁶. De l'avis du Rapporteur spécial, la Commission doit s'employer à décrire l'état actuel du droit international en matière de formation et d'identification des règles du droit international coutumier, sans préjudice des changements susceptibles de se produire dans l'avenir.

17. Il ressort des débats qui se sont tenus en 2012 au sein de la Commission et de la Sixième Commission que, afin d'éviter tout empiètement, le sujet devait être clairement délimité par rapport aux autres sujets qui ont figuré ou figurent à l'ordre du jour de la Commission, tels que « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international »²⁷ ou « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »²⁸. Cela ne devrait pas poser de difficultés, les frontières entre les sujets paraissant assez évidentes²⁹.

18. Il ne faut pas s'attendre à ce que les résultats des travaux de la Commission se présentent sous la forme d'une série de règles immuables qui permettraient d'identifier les règles du droit international coutumier. Il s'agit plutôt de faire mieux comprendre les processus généraux de formation et d'identification des règles du droit international coutumier ; à ce jour, il semble se dégager des débats un large consensus tendant à voir donner aux travaux de la Commission la forme d'un ensemble de « conclusions » accompagnées de commentaires³⁰.

²⁶ Voir *infra* les paragraphes 94 à 101.

²⁷ Pour consulter les résultats des travaux menés par la Commission sur ce sujet, voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 186, par. 251, ainsi que le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », A/CN.4/L.682 et Add.1 et rectificatif [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session ; le texte définitif de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie)].

²⁸ Ce sujet était précédemment intitulé « Les traités dans le temps ».

²⁹ Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, par M. Georg Nolte, Rapporteur spécial (document A/CN.4/660), reproduit dans le présent volume, par. 7.

³⁰ De même, la « London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law » (« Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général ») de l'Association de droit international (*Report of the Sixty-Ninth Conference held in London 25-29th July 2000*, p. 714 et 715, par. 4) dresse « une liste des règles et principes, qui constituent un

19. La Commission devra, entre autres questions, rechercher si, s'agissant de la formation et de l'identification du droit international coutumier, on a procédé différemment dans chaque branche du droit international, comme par exemple le droit international des droits de l'homme³¹, le droit pénal international³² et le droit international humanitaire³³. Dans l'affirmative, il pourrait se poser des problèmes particuliers et il y aurait peut-être lieu alors d'examiner s'il convient d'accorder, selon la branche du droit international considérée, un poids différent aux différentes sources et, le cas échéant, d'en évaluer à chaque fois l'importance³⁴. On n'oubliera toutefois pas que, selon les termes du juge Greenwood, « [l]e droit international n'est pas un ensemble disparate de corps de règles spécialisés et indépendants les uns des autres, mais un système unique et cohérent [...] »³⁵.

guide pratique pour ceux qui doivent appliquer le droit ou formuler des conseils et pour les professeurs, chercheurs et étudiants. Elle précise que nombreux sont ceux qui ont besoin d'informations relativement concises et claires sur ce sujet qui en déroutent plus d'un ».

³¹ Voir, par exemple, Klein, *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht, Kolloquium 26-28 September 2002 Potsdam* ; Lillich, « The growing importance of customary international human rights law » ; Cohen, « From fragmentation to constitutionalization ».

³² Voir, par exemple, Schabas, « Customary law or "judge-made" law: judicial creativity at the UN criminal tribunals ».

³³ Voir, par exemple, D'Aspremont, « Théorie des sources » ; Meron, « The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law ». Meron note également qu'« il est difficile d'observer une pratique des États positive et concrète en ce qui concerne le respect des règles de nature essentiellement prohibitive – comme le sont en général les règles du droit humanitaire – dans la mesure où le respect de ces règles tient davantage au fait que les États s'interdisent de les violer qu'au fait qu'ils accomplissent à cette fin des actes positifs » (*The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench: Selected Speeches*), p. 32.

³⁴ *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 132, par. 73 (« aux fins de la présente affaire, la pratique la plus pertinente réside dans les décisions rendues par les juridictions internes [...] ») ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »*, affaire n° IT-94-1-AR72, chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 99 [« Avant de relever certains des principes et règles du droit coutumier qui sont apparus dans la communauté internationale pour régler la guerre civile, il convient d'élever une mise en garde sur le processus d'adoption des lois dans le domaine du droit des conflits armés. Quand on s'efforce d'évaluer la pratique des États en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser le comportement effectif des troupes sur le terrain dans le but d'établir si elles respectent ou ignorent en fait certaines normes de conduite. Cet examen est considérablement compliqué par le fait que non seulement l'accès au théâtre des opérations militaires est normalement refusé aux observateurs indépendants (souvent même au CICR) mais aussi parce que les renseignements sur la conduite effective des hostilités sont dissimulés par les parties au conflit ; pis encore, il est souvent recouru à la désinformation dans le but de tromper l'ennemi ainsi que l'opinion publique et les gouvernements étrangers. Lorsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des États, les manuels militaires et les décisions judiciaires »].

³⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 324, à la page 394, déclaration de M. le juge Greenwood, par. 8. Voir aussi *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 186, par. 251, et le rapport de synthèse mis au point par le Président du Groupe d'étude, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », A/CN.4/L.682 et Add.1 et rectificatif [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session ; le texte définitif de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie)], par. 33 et 34.

20. Au cours du premier débat tenu au sein de la Commission, on a également soulevé la question de savoir si l'approche à adopter en matière de formation et d'identification du droit international coutumier devait dépendre des destinataires³⁶. Il faut rappeler à cet égard que la question du «point de vue d'observation» a également été examinée au début de l'étude de l'Association de droit international³⁷. Selon le Rapporteur spécial, l'approche retenue aux fins de l'identification du droit doit être la même pour tous : dégager une compréhension commune et globale du sujet est justement ce à quoi les travaux tendent.

21. Il s'agira pour la Commission d'envisager les questions générales de méthodologie concernant l'identification des règles du droit international coutumier, comme celle de l'intérêt relatif qu'il convient d'accorder, d'une part, à l'examen empirique de la pratique des États et, de l'autre, au raisonnement par déduction. Si certaines considérations pratiques peuvent faire obstacle au respect de la méthodologie, particulièrement dans un monde qui compte près de 200 États (ainsi que d'autres acteurs internationaux), il ne s'agit pas là d'un problème nouveau. Il convient également de rappeler les difficultés inhérentes au sujet également dit, notamment celles tenant à la nature véritable du droit international coutumier en tant que droit non écrit, et les controverses idéologiques et doctrinales qui l'accompagnent souvent³⁸.

22. Le présent sujet intéresse les processus de formation des règles du droit international coutumier et les éléments qui permettent d'identifier comme telles lesdites règles. La définition du contenu de règles spécifiques n'entre pas dans son champ³⁹. Le propos est de fournir des orientations concernant les moyens d'identifier en contexte une règle du droit international coutumier et non pas de recenser toutes les règles ayant le statut de règle du droit international coutumier⁴⁰. Le propos n'est pas non plus d'examiner la place du droit international coutumier au sein du corps de droit que les cours et tribunaux sont tenus d'appliquer, ou les dispositions et procédures spéciales susceptibles de permettre, à différents échelons internes, d'identifier des règles du droit international coutumier (encore que celles-là devront être prises en considération lors de l'examen des décisions des juridictions nationales).

³⁶ *Annuaire... 2012*, vol. I, 3148^e séance, 24 juillet 2012, déclaration de M. Murase, p. 145, par. 18 et suiv.

³⁷ Déclaration de Londres (voir *supra* la note 30), p. 716, par. 7, note 11 ; appendice au premier rapport du Rapporteur, «Formation of International Law and the Observational Standpoint» («Formation du droit international et point de vue d'observation») [1986], Association de droit international, *Report of the Sixty-Third Conference held at Warsaw, August 21st to August 27th, 1988*, p. 941.

³⁸ Voir également la Déclaration de Londres (voir *supra* la note 30), par. 2.

³⁹ Voir la distinction établie entre règles primaires et règles secondaires, qui est d'une particulière importance dans les travaux de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

⁴⁰ En tout état de cause, il ne faut jamais perdre de vue que «le processus de formation du droit coutumier est un processus continu : il ne s'interrompt pas à l'apparition de la règle» : Mendelson, «The formation of customary international law», p. 188 ; voir également Wolfe, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 15 («établir l'existence de coutumes internationales et expliciter les règles de droit qu'elles renferment sont des opérations susceptibles d'être répétées en diverses occasions ; une telle identification n'est jamais définitive»).

23. On peut tirer de là une première conclusion quant à la délimitation du sujet du projet de conclusions (sous réserve des changements que la Commission est susceptible d'apporter à son intitulé)⁴¹ :

« 1. *Délimitation du sujet.*

«Le présent projet de conclusions porte sur la formation et l'identification des règles du droit international coutumier.»

B. La question du *ius cogens*

24. Dans les débats qui se sont tenus en 2012 au sein de la Commission et de la Sixième Commission, la question a été soulevée de savoir si le présent sujet s'étendait également à la formation et à l'identification des normes impératives du droit international général (*ius cogens*)⁴².

25. Est règle du *ius cogens* toute norme juridique «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère⁴³». Si l'existence d'une catégorie «supérieure» de règles au sein du droit international n'est plus vraiment contestée⁴⁴, le contenu de ces règles, ainsi que les éléments permettant d'attester leur existence n'en suscitent pas moins de nombreuses controverses doctrinales⁴⁵. Il importe particulièrement de souligner ici qu'une «aura de mystère⁴⁶» continue d'entourer la source des règles du *ius cogens* : pour certains praticiens du droit international,

⁴¹ Voir *supra* les notes 3 et 4.

⁴² Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), art. 53 et 64. La définition de la Convention de Vienne est d'application générale : voir le paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 90 et 91, cité dans le paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 75.

⁴³ Convention de Vienne de 1969, art. 53 ; voir également Daillier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, p. 220 à 229, et Frowein, «*Ius cogens*», p. 443.

⁴⁴ Voir par exemple les conclusions des analyses et des débats menés au sein du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la «Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», présidé par M. Martti Koskenniemi : rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session, 1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, document A/CN.4/L.702 (reprographié) ; voir également les renvois au *ius cogens* dans les arrêts de la Cour internationale de Justice, par exemple : *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) [République démocratique du Congo c. Rwanda]*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 6, à la page 52 ; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, aux pages 140 à 142, par. 92 à 97 ; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, à la page 457, par. 99. Voir enfin Frowein, «*Ius cogens*», par. 5 : «On peut donc ainsi affirmer que l'existence du *ius cogens* en droit international public est reconnue aujourd'hui par la pratique les États, le droit des traités (tel qu'il est codifié) et la théorie du droit.»

⁴⁵ Voir par exemple D'Amato, «It's a bird, it's a plane, it's *ius cogens*» ; Kawasaki, «A brief note on the legal effects of *ius cogens* in international law» ; Charlesworth, «Law-making and sources», p. 191 ; Tavernier, «L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?», p. 1 et 19 ; Kadelbach, «*Ius cogens*, obligations *erga omnes* and other rules – the identification of fundamental norms», p. 28 ; Villiger, *Customary International Law and Treaties. A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, p. 7.

⁴⁶ «Human rights and the magic of *ius cogens*», p. 493.

ces règles forment une catégorie particulière du droit international coutumier⁴⁷, tandis que d'autres contestent l'idée même que ces règles puissent découler de la coutume⁴⁸; d'autres encore estiment que le droit international n'est que l'une des sources possibles du *jus cogens*⁴⁹. On a pu soutenir enfin que la façon dont on envisageait les rapports entre le *jus cogens* et le droit international coutumier dépendait essentiellement de la conception que l'on avait de celui-ci⁵⁰.

⁴⁷ Voir par exemple De Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, p. 45 à 48; Reuter, *Introduction au droit des traités*, p. 139 et 140; Mendelson, «The formation of customary international law», p. 181; Kaczorowska, *Public International Law*, p. 28; Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 7 et 8; Baker, «Customary international law in the 21st century: old challenges and new debates», p. 177; D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 132; Cassese, «For an enhanced role of *jus cogens*», p. 164; Meron, «On a hierarchy of international human rights», p. 13 à 21; McNair, *Law of Treaties*, p. 213 à 215; Paust, «The reality of *jus cogens*», p. 82; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 594; Onuf et Birney, «Peremptory norms of international law: their source, function and future», p. 191; Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: tailor made?», p. 36 et 37; Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, p. 243 à 260; lors de la soixante-quatrième session de la Commission, M. Mathias Forteau a déclaré également que «[l]es règles du *jus cogens* sont nécessairement des règles coutumières» (*Annuaire... 2012*, vol. I, 3150^e séance, 26 juillet 2012, p. 170).

⁴⁸ Voir par exemple O'Connell, «*Jus cogens*: international law's higher ethical norms», p. 83; Janis, «The nature of *jus cogens*», p. 360 et 361; Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 164; Vidmar, «Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?», p. 26; Domb, «*Jus cogens* and human rights», p. 106. Lors de la soixante-quatrième session de la Commission, M. Sean D. Murphy a déclaré, à propos du *jus cogens*, qu'«il constitue non pas le produit de l'une quelconque des sources du droit international mais plutôt un facteur de limitation de ces sources»; M. Dire D. Tladi a indiqué quant à lui que «[l]e droit international coutumier et le droit des traités reposent tous deux sur une théorie du consentement de l'État, alors que le *jus cogens* repose [...] sur autre chose» (*Annuaire... 2012*, vol. I, 3148^e séance, 24 juillet 2012, p. 147 et 148).

⁴⁹ Voir par exemple Akehurst, «The hierarchy of the sources of international law», p. 282 à 284; Tunkin, «*Jus cogens* in contemporary international law», p. 116; Shaw, *International Law*, p. 127; Bradley et Gulati, «Withdrawing from international custom», p. 212; Nieto-Navia, «International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law», p. 613 et 614; Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 58; Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, p. 126.

⁵⁰ Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 163 et 164 («quant à savoir si le droit international coutumier joue ou non

26. Il y a des arguments aussi bien pour inscrire la question du *jus cogens* dans l'examen du présent sujet que pour l'en exclure. Pour les uns, les règles du droit international coutumier peuvent être regardées comme des règles du *jus cogens* ou comme des règles à même d'évoluer en règles du *jus cogens*, les deux notions étant susceptibles par ailleurs d'être apparentées par des éléments constitutifs communs. Pour les autres, la notion de *jus cogens* «comporte [...] ses propres difficultés sur les plans de l'identification, de la formation et de la classification qui n'entrent pas dans le champ du [présent] sujet⁵¹». Les membres de la Commission et les représentants de la Sixième Commission qui ont abordé la question en 2012 ont, dans leur majorité, jugé préférable de ne pas envisager le *jus cogens* à l'occasion du présent sujet.

27. Essentiellement par pragmatisme, afin de ne pas rendre plus complexe une question qui l'est déjà⁵², le Rapporteur spécial estime préférable de ne pas traiter du *jus cogens* dans le cadre du présent sujet. Toutefois, ainsi que des membres de la Commission l'ont fait observer, cela n'interdit pas de se reporter de temps à autre, dans tels ou tels contextes précis, aux règles du *jus cogens*.

un rôle important dans l'établissement du *jus cogens*, cela dépend de la conception du droit international coutumier sur laquelle l'on raisonne. Ceux qui défendent une conception souple de la coutume sont les plus susceptibles de considérer le droit international coutumier comme une source typique du *jus cogens* car, à leurs yeux, ce droit produit des règles de droit international général qui s'imposent à tous les États de la planète [...]. Ceux, au contraire, qui partent d'une conception plus rigide de la coutume aboutissent généralement à la conclusion inverse : ils soutiennent que, du fait des changements que la structure actuelle de la société internationale apporte au processus de formation du droit international, il n'existe plus guère de règles coutumières du droit international obligeant l'ensemble des États de la communauté internationale et que l'on ne saurait s'attendre de plus à ce qu'il en existe beaucoup d'autres à l'avenir».

⁵¹ *Annuaire... 2012*, vol. I, 3148^e séance, 24 juillet 2012, déclaration de M. Murphy, p. 147.

⁵² M. Tladi, par exemple, a dit douter que la Commission «parvienne à s'accorder sur divers aspects du *jus cogens*» (voir *ibid.*, p. 149); pour M. Ki Gab Park, examiner la question du *jus cogens* pourrait dans le contexte revenir à ouvrir une «boîte de Pandore» (*ibid.*, 3152^e séance, 30 juillet 2012, p. 183). Voir également la proposition faite en 1993 par M. Andreas J. Jacovides dans laquelle il suggérait que la Commission s'empare du sujet [*Annuaire... 1993*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/454, p. 230 à 245].

CHAPITRE II

Le droit international coutumier comme source du droit international public

A. Le droit international coutumier dans ses rapports avec les autres sources énumérées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

28. Le droit international public est le droit⁵³, et le droit international coutumier en est l'une des principales sources⁵⁴. Dans ce contexte, «source» s'entend d'une

source officielle⁵⁵, «d'où les règles du droit international tirent leur caractère de droit⁵⁶».

renvoie essentiellement à des règles dont le caractère est délibérément non contraignant – n'est pas le droit (voir, par exemple, Thürer, «Soft law»; Lowe, *International Law*, p. 95 à 97; Shaw, *International Law*, p. 117 à 119; et Murphy, *Principles of International Law*, p. 111 à 123). Le «droit souple» peut néanmoins concourir à la formation du droit international coutumier; il en sera question dans des rapports ultérieurs.

⁵³ Les sources formelles du droit international sont les processus par lesquels les règles de droit international acquièrent leur validité juridique, tandis que les sources matérielles peuvent s'entendre des origines politiques, sociologiques, économiques, morales ou religieuses des règles juridiques : Pellet, «Article 38», p. 774, par. 111.

⁵⁶ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 2.

⁵³ On trouvera un examen récent de la question dans Mégret, «International law as law».

⁵⁴ Pour que le droit international fasse autorité, il importe d'établir clairement la distinction entre droit et non-droit et entre règles juridiques et principes et normes non juridiques. Le «droit souple» (*soft law*) – expression mal définie, parfois qualifiée de passe-partout, qui

29. Le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, dont l'énumération des sources du droit international fait largement autorité⁵⁷, se lit comme suit :

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;

b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ;

c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

30. Le paragraphe 1 *b* de l'Article 38 est identique au paragraphe 2 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, lequel avait été rédigé pour le Conseil de la Société des Nations par un comité consultatif de juristes, en 1920⁵⁸. Le baron Descamps, qui présidait ce comité, avait initialement proposé le libellé suivant :

2. La coutume internationale, comme attestation d'une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi⁵⁹.

Il existe quelques comptes rendus des débats tenus sur cette disposition au comité consultatif, ou bien au Conseil ou à l'Assemblée de la Société des Nations. Dans le projet Root-Phillimore, la disposition se lisait ainsi : « La coutume internationale comme attestation d'une pratique commune des nations acceptée par elles comme loi⁶⁰. » Toutefois, le libellé retenu par le comité de rédaction est le suivant : « la coutume internationale, attestation d'une pratique commune, acceptée comme loi⁶¹. » Soumis à la Société des Nations, ce libellé a été adopté moyennant de simples modifications de forme⁶². Il ne semble pas avoir

⁵⁷ Pellet, « Article 38 », p. 813 à 832. Il n'est pas nécessaire aux présentes fins de débattre de la question de savoir si la liste dressée au paragraphe 1 de l'article 38 (rédigé en 1920) demeure complète : voir Wolfrum, « Sources of international law », par. 10.

⁵⁸ La question avait été abordée à plusieurs reprises auparavant. En particulier, l'article 7 de la Convention XII de 1907 relative à l'établissement d'une cour internationale des prises, adoptée le 18 octobre 1907 mais jamais ratifiée, prévoit que, à défaut des stipulations d'une convention en vigueur, la Cour applique les « règles de droit international », à condition qu'elles soient « généralement reconnues » : voir Pellet, « Article 38 », p. 736 et 737, par. 11 à 13. Sur les travaux du comité consultatif de juristes, voir Spiermann, « "Who attempts too much does nothing well": the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice » ; et Spiermann, « Historical introduction », p. 52 à 59, par. 6 à 22.

⁵⁹ Cour permanente de Justice internationale, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, avec annexes*, La Haye, Van Langenhuisen Frères, 1920, 13^e séance, annexe n° 3, p. 306. Un des membres du Comité, M. Root (États-Unis), a proposé un texte presque identique, où le terme *recognized* (commune) précédait le terme *practice* (ibid., 15^e séance, annexe n° 1, p. 344). Le baron Descamps a dit du droit international coutumier qu'il s'agissait d'une « [f]orme d'ailleurs naturelle, et éminemment respectable, puisqu'elle n'est que l'expression des conventions juridiques et des besoins sociaux des nations, s'affirmant dans leur commune et constante manière d'agir » (ibid., 14^e séance, annexe n° 1, p. 322).

⁶⁰ Ibid., 24^e séance, p. 548.

⁶¹ Ibid., 25^e séance, p. 567, annexe n° 2, art. 31.

⁶² Ibid., 32^e séance, p. 680. Tel qu'adopté en première lecture par le Comité consultatif de juristes, l'alinéa modifié se lisait comme suit :

fait l'objet de débat durant l'établissement et l'adoption du Statut de la Cour internationale de Justice en 1944-1945⁶³.

31. On dit souvent du paragraphe 1 *b* de l'Article 38 qu'il est « mal rédigé⁶⁴ ». On n'en a pas moins fait valoir, d'une part, que « la formation d'une règle du droit international coutumier reposait sur deux éléments essentiels, qui étaient élégamment et succinctement exprimés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice⁶⁵ », et, d'autre part, que « l'Article 38 ne saurait être considéré comme un simple guide, ne jouant qu'un rôle technique à la Cour, mais bien plutôt, malgré ses imperfections, comme l'énonciation des modes de formation du droit⁶⁶ ».

32. Le paragraphe 1 de l'Article 38 a fréquemment été mentionné ou reproduit dans des instruments ultérieurs⁶⁷.

« les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». La modification n'a pas été conservée dans le texte soumis à la Société des Nations.

⁶³ Pour l'historique de la négociation du paragraphe 1 *b* de l'Article 38, voir Haggemacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », p. 19 à 32 ; Pellet, « Article 38 », p. 738 à 745, par. 17 à 48 ; et Kearney, « Sources of law and the International Court of Justice ». Revenant sur cette négociation en 1950, M. Hudson fait observer que les auteurs du Statut n'avaient pas une idée claire de ce qui constituait la coutume internationale (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. I, 40^e séance, 6 juin 1950, p. 6, par. 45).

⁶⁴ Voir, par exemple, Kunz, « The nature of customary international law », p. 664 ; et Wolfke, « Some persistent controversies regarding customary international law ». Selon Villiger, « il est notoire que cette disposition est erronée en ceci que la Cour, faute de pouvoir appliquer une coutume, ne peut appliquer que le droit coutumier ; le paragraphe 1 *b* de l'Article 38 renverse l'ordre logique des choses car c'est la pratique générale acceptée comme loi qui atteste d'une règle coutumière » (Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 15).

⁶⁵ Bederman, *The Spirit of International Law*, p. 9 et 33 ; voir également Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, p. 116 (« En tant que tel, l'Article 38 du Statut de la [Cour internationale de Justice] qualifie dûment la coutume internationale en l'invoquant comme "preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit" »).

⁶⁶ Sur, *International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations*, p. 166 ; voir également Jennings, « The identification of international law ».

⁶⁷ Pellet, « Article 38 », p. 745 à 747, par. 49 à 54 ; article 28 de l'Acte général d'arbitrage (Règlement pacifique des différends internationaux) [et article 28 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux] ; article 33 du Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux États. Référence est parfois faite à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice : par exemple, aux articles 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Une formulation différente est utilisée dans d'autres instruments : par exemple, le paragraphe 1 *b* de l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (« les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ») ; le paragraphe 1 de l'article 20 du Protocole de la Cour de justice de l'Union africaine, qui reprend en l'étoffant la formulation de la Cour internationale de Justice : le paragraphe 1 *c* de l'article 20 du Protocole est identique au paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Pour l'utilisation du paragraphe 1 de l'Article 38 dans l'œuvre de la Commission, voir l'article 12 du projet de convention sur la procédure arbitrale de 1953 [*Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, document A/2456, p. 210 (en français, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquième session du 1^{er} juin au 14 août 1953, *Documents officiels de l'Assemblée générale, huitième session, Supplément n° 9* [A/2456], p. 10)] et l'article 10 du projet de 1958 relatif au modèle de règles sur la procédure arbitrale (*Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 87 et 88) [qui commencent tous les deux par cette importante réserve : « À défaut d'accord entre les parties sur le droit à appliquer »].

Même si sa formulation ne s'applique qu'à la Cour internationale de Justice⁶⁸, les sources qui y sont définies sont généralement considérées comme valables pour les autres juridictions internationales, sous réserve de toutes règles expressément énoncées dans les statuts respectifs de ces dernières⁶⁹.

33. Il est utile, aux fins du sujet considéré, d'examiner la relation entre le droit international coutumier et les autres sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, même le propos du présent sujet n'est pas d'envisager ces sources en tant que telles.

34. Les rapports entre droit international coutumier et droit conventionnel constituent un volet important du sujet⁷⁰, qui devra être examiné dans des rapports ultérieurs. Bref, l'interaction de ces deux sources «mêlées» du droit international peut être très pertinente aux fins du présent sujet, car il est communément admis que les traités peuvent traduire les règles préexistantes du droit international coutumier; faire naître de nouvelles règles et attester de leur existence; ou bien, par les négociations qui les accompagnent, contribuer à cristalliser de nouvelles règles du droit international coutumier⁷¹. Ces rapports sont particulièrement intéressants eu égard au fait que «le droit international coutumier contemporain, même s'il n'est pas écrit, se caractérise de plus en plus par le rapport étroit qu'il entretient avec les conventions écrites⁷²». Il faut également garder à l'esprit que le droit international coutumier a une «existence propre», même lorsqu'un traité contient une règle identique⁷³.

35. Certains font parfois valoir que les traités sont désormais une source plus importante du droit international que le droit international coutumier⁷⁴. Les généralisations de ce type ne sont ni particulièrement édifiantes ni nécessairement exactes. Même dans les domaines où il existe des traités de codification largement acceptés, les règles du

droit international coutumier continuent de régir les questions non visées par les traités⁷⁵ et de s'appliquer dans les relations avec et entre les non-parties à un traité⁷⁶. Elles peuvent également combler les éventuelles lacunes des traités, et concourir à leur interprétation⁷⁷. Une juridiction internationale peut par ailleurs décider qu'il lui est loisible d'appliquer le droit international coutumier lorsque tel ou tel traité n'est pas applicable en raison des limites fixées à sa compétence⁷⁸.

36. La distinction entre droit international coutumier et «principes généraux du droit⁷⁹» est tout aussi importante, mais pas toujours nette dans la jurisprudence ou la doctrine⁸⁰. Le paragraphe 1 c de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice cite «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées»

⁷⁵ Voir, par exemple, le dernier alinéa du préambule de la Convention de Vienne de 1969 ainsi que son article 4 (Non-rétroactivité de la présente Convention). La clause de Martens est l'un des premiers exemples de l'importance qui continue d'être attachée au droit international coutumier malgré l'existence d'un traité: Von Bernstorff, «Martens Clause». Dans le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), l'expression «usages établis entre nations civilisées» a été remplacée par l'expression «usages établis», également utilisée dans des instruments plus récents: 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, cinquième alinéa du préambule; et Convention sur les armes à sous-munitions, onzième alinéa du préambule.

⁷⁶ Par exemple, la Convention de Vienne de 1969 n'est directement applicable que dans les relations entre les États qui y sont parties. Les règles du droit international coutumier concernant le droit des traités s'appliquent dans les relations entre les États non parties à la Convention de Vienne, et entre un État partie à cette dernière et un État non partie: voir Vierdag, «The law governing treaty relations between parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not party to the Convention», p. 779.

⁷⁷ Convention de Vienne de 1969, art. 31, par. 3 c; conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», conclusions 17 à 20 [*Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 188 et 189, par. 251]. Voir également Tribunal des différends irano-américains, *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 15 (1987-II), p. 222, par. 112; Baxter, «Treaties and custom», p. 103 («Les traités continueront de grandement influencer le contenu du droit international général. Même si tous les États doivent expressément accepter les obligations des traités de codification, le droit international coutumier ne devra pas moins être pris en considération dans l'interprétation de ces instruments, et les traités donneront à leur tour naissance à un nouveau droit international coutumier résultant de l'application des accords»).

⁷⁸ Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* [note 73 *supra*], p. 92 à 97, par. 172 à 182. La Cour conclut «qu'il lui appartient d'exercer la compétence que lui confère la déclaration d'acceptation faite par les États-Unis en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, afin de se prononcer sur les demandes du Nicaragua fondées sur le droit international coutumier, et cela bien que les différends "résultant" des chartes des Nations Unies et de l'Organisation des États américains échappent à sa juridiction» (ibid., p. 97, par. 182).

⁷⁹ Gaja, «General principles of law»; Pellet, «Article 38», p. 832 à 841, par. 250 à 269.

⁸⁰ Sur les différentes acceptations des termes «principes généraux du droit», voir, par exemple, Schachter, *International Law in Theory and Practice*, p. 50 à 55; voir également Schlütter, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, p. 71 à 86. On trouvera un appel à une plus grande clarté dans Simma et Alston, «The sources of human rights law: custom, *ius cogens*, and general principles»; Petersen, «Customary law without custom? Rules, principles, and the role of State practice in international norm creation».

⁶⁸ Forteau, «The diversity of applicable law before international tribunals as a source of forum shopping and fragmentation of international law: an assessment», p. 420 et 421.

⁶⁹ Voir plus loin les paragraphes 66 à 85. Selon Thirlway, «il est communément admis que les sources définies à l'Article 38 valent également pour d'autres juridictions internationales» («Unacknowledged legislators: some preliminary reflections on the limits of judicial law-making», p. 313). Au sujet des «autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec [la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer]», qui sont visées à l'article 293 de cette dernière, le même auteur indique qu'en l'absence de définition c'est l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qui constitue la norme admise (ibid., p. 314, note 9).

⁷⁰ Mémoire du Secrétariat (voir *supra* la note 8), par. 37 à 40.

⁷¹ Voir de façon générale Schachter, «Entangled treaty and custom»; Jia, «The relations between treaties and custom»; Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, p. 84; Gamble, Jr., «The treaty/custom dichotomy: an overview»; Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation»; Scott et Carr, «Multi-lateral treaties and the formation of customary international law»; Villiger, *Customary International Law and Treaties*; et Baxter, «Treaties and custom».

⁷² Treves, «Customary international law», p. 938, par. 2.

⁷³ *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 94 à 96, par. 177 et 178.

⁷⁴ «Au cours des dernières décennies, les traités ont supplanté le droit international coutumier comme principale source du droit international [...]»: Dörr et Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, p. 11.

comme source du droit international distincte du droit international coutumier. Dans la jurisprudence et la doctrine, ces principes sont parfois considérés non seulement comme les principes généraux communs aux divers systèmes de droit interne mais aussi comme les principes généraux du droit international. La Cour internationale de Justice peut elle-même appliquer les principes généraux du droit international à défaut des critères du droit international coutumier. Comme l'a dit un autre auteur,

[I]e renvoi relativement fréquent de la [Cour internationale de Justice] aux principes qui ne sont pas consacrés par les systèmes de droit interne s'explique, en partie du moins, par la définition étroite du droit international coutumier donnée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour. Si la coutume devait être considérée, ainsi qu'il est fait dans cette disposition, «comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit», faute d'une pratique suffisante plusieurs règles du droit international ne dérivant pas de traités ne cadreraient pas avec la définition. D'où la référence aux principes ou principes généraux⁸¹.

Même s'il est difficile, dans l'abstrait, de distinguer le droit international coutumier des principes généraux, quel qu'en soit le champ d'application, il demeure important de déterminer les règles qui doivent de par leur nature être ancrées dans la pratique effective des États⁸².

37. Il faut également distinguer le droit international coutumier de la conduite d'acteurs internationaux ne produisant pas un droit ou des obligations juridiques ou ne portant pas de tels effets juridiques. Les actes internationaux n'ont pas tous une importance juridique : les actes de bienveillance et de courtoisie, ou le simple usage, même s'ils obéissent à la tradition, ne relèvent ainsi pas du droit coutumier international ni du présent sujet⁸³.

38. Il n'est peut-être pas nécessaire, du moins à ce stade, d'envisager la question de la nature des règles régissant la formation et la détermination des règles du droit international coutumier, par exemple la question de savoir si ces règles font elles-mêmes partie du droit international coutumier⁸⁴. Comme tout système juridique, cependant, le droit international public doit renfermer des règles qui permettent de dégager les sources du droit. Celles-ci peuvent être recensées aux présentes fins en examinant en particulier la façon dont les États et les tribunaux s'y prennent pour définir le droit.

B. Terminologie

39. La terminologie est importante. Les termes «droit international coutumier» ou «règles du droit international coutumier»⁸⁵ semblent les expressions les plus courantes

⁸¹ Gaja, «General principles of law», p. 374, par. 18.

⁸² Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 37.

⁸³ Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», p. 419 et 422; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 23 et 24.

⁸⁴ Voir le débat sur la nature de certaines règles du droit des traités, en particulier le principe *pacta sunt servanda*. Sinclair (*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 2 et 3) renvoie dans ce contexte aux «arguments doctrinaux» dont l'examen «oblige à entrer dans des considérations quelque peu métaphysiques». Voir également Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», p. 538 à 542.

⁸⁵ Convention de Vienne de 1969, huitième alinéa du préambule. L'article 38 de la Convention de Vienne parle de «règle coutumière de

pour qualifier la source du droit international qui intéresse le présent sujet⁸⁶. On trouve parfois l'expression «droit international coutumier général», employée d'ordinaire pour distinguer celui-ci du droit international coutumier «spécial» ou «régional»⁸⁷. Les termes «droit international coutumier universel» peuvent avoir un sens analogue.

40. On trouve également l'expression «droit coutumier international», qui semble toutefois indiquer une sous-catégorie du «droit coutumier», et établir par conséquent un lien trompeur entre le droit international coutumier et le droit coutumier que l'on retrouve dans certains systèmes de droit interne.

41. On appelle communément le droit international coutumier «coutume internationale» ou «coutume», ce qui, selon le contexte, peut aussi induire en erreur⁸⁸. Ces termes peuvent être confondus avec l'élément objectif de la formation du droit international coutumier (la pratique), l'«usage» et la «pratique» étant d'autres termes apparentés souvent utilisés comme s'ils étaient interchangeables⁸⁹.

droit international». Dans le présent rapport, le terme «règles» s'entend également des «principes». Ainsi que la Chambre de la Cour internationale de Justice l'a exprimé (en matière de délimitations maritimes), «[q]uant à l'association des termes "règles" et "principes", il ne s'agit, de l'avis de la Chambre, que d'une expression double pour énoncer la même idée, car on entend manifestement par principes des principes de droit, donc aussi des règles du droit international pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental» (*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); selon Gaja, «quand bien même la distinction entre principes et règles n'a pas été explicitée dans des décisions judiciaires ou arbitrales, l'emploi du terme principes dénote le caractère général de la norme considérée» («General principles of law», p. 376, par. 31).

⁸⁶ Plus ancienne que «droit international», l'expression «droit des nations» n'est aucunement tombée en désuétude: Janis, «International law?»; Janis, *America and the Law of Nations 1776-1939*, chap. 1 («Blackstone and Bentham: The Law of Nations and International Law»); Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, p. xiii et xiv. D'aucuns considèrent que «le droit des nations» est l'expression la plus appropriée vu le nombre grandissant des protagonistes, par exemple dans Daillier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, p. 43 à 50. Dans ses *Commentaries on the Laws of England (1765-1769)*, Blackstone emploie les termes «droit des nations» au sens de ce qui est largement considéré aujourd'hui comme le droit international autre que les traités. Ainsi, dans le *First Judiciary Act of 1789*, chap. 20, par. 9, 1 Stat. 73 (1789), le Congrès des États-Unis a adopté une disposition qui vise les violations du «droit des nations ou d'un traité des États-Unis» (*The Public Statutes at Large of the United States of America*, vol. I, Boston, Little and Brown, 1848). Dans ce sens, l'expression «droit des nations» est synonyme de ce qu'il est désormais convenu d'appeler le droit international coutumier, et non le droit international général. Comme l'indique la note liminaire au *Restatement (Third) of U.S. Foreign Relations Law (1987)*, par. 111, les termes «droit des nations» sont employés pour décrire les règles et obligations coutumières qui régissent la conduite entre les États et certains aspects de la conduite de l'État à l'égard des particuliers [*Restatement of the Law Third*, vol. I, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, p. 40].

⁸⁷ Les termes employés dans le droit interne des différents États pour évoquer le droit international coutumier sont très variés.

⁸⁸ Il faut rappeler cependant que l'expression «coutume internationale» figure au paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

⁸⁹ Voir également Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», p. 422 [distinction entre *usage* et *custom* («usage» et «coutume»), d'une part, et *customary norm of international law* («norme coutumière du droit international»), d'autre part]; Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 2 [qui évoque «l'incohérence notoire de l'emploi des termes relatifs au droit international coutumier» et demande que la

42. Bien que couramment usités⁹⁰, les termes «droit international général» méritent quelque explication⁹¹. La Cour internationale de Justice, comme la Commission du droit international, les a employés dans divers contextes et avec divers sens⁹². Leur emploi au seul sens de droit international coutumier peut prêter à confusion. Ils sont parfois utilisés dans une plus large acception, en tant que droit international coutumier associé aux principes généraux du droit et/ou aux instruments internationaux largement acceptés. Or, il est souhaitable de préciser le sens attaché à ces termes chaque fois que le contexte ne permet pas de le dégager nettement.

distinction soit faite entre *international custom* («coutume internationale»), d'une part, et *practice, habit et usage* («pratique», «coutume» et «usage») d'autre part]; et Ochoa, «The individual and customary international law formation», p. 125 à 129.

⁹⁰ Voir, par exemple, les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 (*Jus cogens*).

⁹¹ Buzzini, «La "généralité" du droit international général: réflexions sur la polysémie d'un concept»; Buzzini, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume: essai de conceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants*; Tomuschat, «What is "general international law"?»; et Wolfrum, «General international law (principles, rules, and standards)».

⁹² Mémoire du Secrétariat (voir *supra* la note 8), chap. II, sect. C. Comme indiqué dans l'étude de la fragmentation du droit international [document A/CN.4/L.682 et Add.1 et rectificatif, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session; le texte définitif de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), par. 493], «[i]l n'existe toutefois aucune définition autorisée ou uniforme de cette notion. Celle-ci englobe au moins le droit coutumier général ainsi que les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" du paragraphe 1 c de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Mais elle pourrait aussi renvoyer aux principes du droit international proprement dit et à la technique des analogies avec les droits internes, en particulier les principes de la procédure judiciaire (*audiatur et altera pars, in dubio mitius*, l'estoppel, etc.)».

43. L'utilisation exacte et cohérente de la terminologie par les praticiens comme par les théoriciens pourrait aider à préciser le traitement accordé au droit international coutumier en tant que source du droit. Le Rapporteur spécial propose d'utiliser les termes «droit international coutumier» et «règles du droit international coutumier».

44. Les différents usages dans les différentes langues peuvent faire obstacle à l'utilisation cohérente des termes. Un lexique concis de termes pertinents, dans les six langues officielles de l'Organisation, à mettre au point dans la suite des travaux sur le sujet, pourrait être utile. Outre les expressions «droit international coutumier» et «règles du droit international coutumier», il pourrait comprendre les formules «pratique des États», «pratique», «usage» et «*opinio juris sive necessitatis*».

45. La conclusion ci-après est proposée quant aux termes employés, qui seront définis dans la suite des travaux sur le sujet.

«2. Termes employés.

«Aux fins du présent projet de conclusions :

«a) "droit international coutumier" et "règles du droit international coutumier" s'entendent des règles du droit international visées à l'alinéa b du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ;

«b) ["pratique des États" ou "pratique"...];

«c) ["*opinio juris*" ou "*opinio juris sive necessitatis*"...];

«d) [...].»

CHAPITRE III

Les divers documents à consulter

46. Ce chapitre est consacré à l'exposé de documents nombreux et variés que la Commission aura sans doute à consulter dans le cours de ses travaux sur le présent sujet pour pouvoir en dégager des conclusions quant au processus de formation et d'identification des règles du droit international coutumier. Il ne s'agit pas, à ce stade, de proposer de telles conclusions. Ce sera pour plus tard.

47. Les documents présentés ci-après se rangent dans les catégories suivantes : ceux qui témoignent de l'attitude des États et autres acteurs intergouvernementaux, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales, les travaux d'autres organismes, telle l'Association de droit international, les vues des publicistes, en particulier sur la conception générale de la formation et l'identification du droit international coutumier.

A. La démarche des États et des autres acteurs intergouvernementaux

48. En dehors des affaires portées devant les juridictions internes (voir les paragraphes 83 à 85 ci-après), il

semble n'exister qu'assez peu de documents librement accessibles qui traitent directement de l'attitude des États à l'égard de la formation et l'identification du droit international coutumier. Cela étant, leur démarche peut être dégagée par petites touches de leurs déclarations sur des questions particulières, ainsi que des conclusions présentées devant les cours ou tribunaux.

49. Le Rapporteur spécial continue de rechercher des matériaux rendant compte de l'approche des États. À ce jour, la demande que la Commission leur a adressée dans son rapport de 2012 et que l'on trouvera plus haut au paragraphe 4 n'a guère suscité de réactions⁹³.

50. L'attitude des États à l'égard de la formation et l'identification du droit international coutumier est perceptible dans leurs conclusions devant les juridictions internationales, encore qu'en pareils cas, il ne faut pas l'oublier, celles-ci se présentent sur le mode du plaidoyer⁹⁴.

⁹³ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 13, par. 29.

⁹⁴ Dupuy, «La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales».

Dans ces conclusions, les États adoptent régulièrement la double démarche, en argumentant à la fois sur la pratique des États et sur l'*opinio juris*, mais aussi en adoptant à l'occasion une démarche différente⁹⁵. Ils produisent souvent un grand nombre d'éléments de preuve de la pratique des États.

51. D'autre part, les États procèdent entre eux à des échanges de vues sur les règles du droit international coutumier, souvent de manière confidentielle, ce qui leur donne sans aucun doute l'occasion de réfléchir aussi aux modes d'apparition et d'identification de ces règles⁹⁶. Cela peut se produire aux réunions périodiques des conseillers juridiques des organisations internationales, telles celles du système des Nations Unies ou les organisations régionales, de groupes plus restreints ou dans le cadre bilatéral.

52. On peut trouver des indications de la démarche des États dans les réactions des différents gouvernements aux efforts de codification (au premier rang desquels ceux de la Commission). Le débat suscité par l'étude intitulée *Droit humanitaire international coutumier* du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), parue en 2005 (par. 92 *infra*), par exemple, aura éclairé d'un jour rare l'attitude de certains États à l'égard du processus de formation et d'identification des règles du droit international coutumier, dans le domaine particulier des lois de la guerre. Réagissant pour la première fois officiellement à cette étude à l'échelon gouvernemental, les États-Unis d'Amérique ont déclaré : « On admet généralement que le droit international coutumier découle de la pratique générale et constante que les États suivent parce qu'ils ont le sentiment qu'elle correspond à une obligation juridique, tenue pour *opinio juris* », et ont souligné que les preuves de l'existence de ce droit « doivent en tout état de cause avoir trait à la pratique des États »⁹⁷. À son tour, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a dit que la formation du droit international coutumier « exige[ait] » une « pratique générale acceptée par les États comme étant le droit » et que « [d]ans l'ensemble, l'identification d'une règle de droit international coutumier [était] un processus rigoureux »⁹⁸.

⁹⁵ Voir, à titre d'exemple récent, les conclusions de la Belgique en l'affaire *Belgique c. Sénégal*, notamment son complément de réponse à l'un des juges, M. Greenwood, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, questions posées aux parties par des membres de la Cour au terme de l'audience tenue le 16 mars 2012 : compilation des réponses orales et écrites et des observations écrites sur lesdites réponses, 16 mars 2012-4 avril 2012, p. 24 et 25, par. 6 et 8 (CR 2012/5).

⁹⁶ Voir Déclaration de Londres (note 30 *supra*), p. 716, par. 6, note 8 : « Pour une bonne part, cela [la manière dont les États s'y prennent pour identifier le droit] se déroule à titre confidentiel et sous le sceau du secret officiel, de sorte qu'il n'a pas toujours été possible de citer les sources et les autorités » ; Bethlehem, « The secret life of international law », p. 34 (évoquant « tout un corps de pratiques de spécialistes qui est en majeure partie totalement invisible pour le monde extérieur »).

⁹⁷ Bellinger et Haynes, « A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law* », p. 443 et 444.

⁹⁸ Conseiller juridique du Bureau des affaires extérieures et du Commonwealth, déclaration à la Réunion des comités nationaux du droit humanitaire international des États membres du Commonwealth, Nairobi, 20 juillet 2005, Kaikobad, « United Kingdom materials on international law 2005 », p. 694 et 695. Voir aussi les Lignes directrices de l'Union européenne mises à jour concernant la promotion du droit international humanitaire qui définissent le droit international

53. La démarche des autres acteurs intergouvernementaux, et en particulier d'organisations internationales comme l'Organisation des Nations Unies, peut aussi se révéler très utile pour l'étude de la pratique en ce qui concerne la formation et l'identification du droit international coutumier⁹⁹. Le rapport du Groupe de travail sur les détentions arbitraires au Conseil des droits de l'homme en offre deux exemples récents, en évoquant « une pratique étatique quasiment universelle », assortie de l'*opinio juris* comme preuve de la « nature coutumière de [...] l'interdiction de la détention arbitraire »¹⁰⁰, de même que celui de la Commission d'enquête du Secrétaire général sur l'incident de la flottille survenu le 31 mai 2010 affirmant que « [l]a coutume a force de loi et [qu']elle lie les États lorsqu'elle correspond à leur pratique générale et que ces derniers ont reconnu cette pratique générale comme étant devenue le droit (ce qui est connu comme la condition de l'*opinio juris*) »¹⁰¹.

B. Jurisprudence de la Cour internationale de Justice

54. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice internationale, sa devancière, sera très importante pour les travaux de la Commission sur le présent sujet. En ce qui concerne le droit international coutumier, la Cour a pour fonction primordiale d'identifier et d'appliquer les règles coutumières dans la mesure nécessaire pour statuer sur les affaires portées devant elle¹⁰². Ses arrêts (y compris les opinions individuelles et les opinions dissidentes) ont beaucoup éclairé l'attitude générale vis-à-vis de la formation et de l'identification du droit international coutumier (lorsque « [c]e qui "est" devient ce qui "doit être" »)¹⁰³, notamment sur certains aspects particuliers de ces processus.

55. Il est utile d'examiner l'application fréquente que fait la Cour internationale de Justice du paragraphe 1 *b* de l'Article 38 de son Statut, en vertu duquel elle « exerc[e] la fonction parfaitement normale qui est la sienne et qui consiste à apprécier les divers éléments relatifs à la pratique des États et à l'*opinio juris*, invoqu[és] [...] pour établir la

coutumier comme une source du droit international qui « découle de la pratique des États à laquelle ceux-ci reconnaissent un caractère contraignant » (*Journal officiel de l'Union européenne*, C 303, 15 décembre 2009, p. 13, par. 7).

⁹⁹ Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier* ; et Vanhamme, « Formation and enhancement of customary international law: the European Union's contribution ».

¹⁰⁰ A/HRC/22/44, par. 43.

¹⁰¹ Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident (Rapport de la Commission d'enquête du Secrétaire général sur l'incident de la flottille du 31 mai 2010), appendice I : The applicable international legal principles, p. 76, par. 3.

¹⁰² Il n'appartient pas à la Cour de développer le droit, encore qu'à l'occasion elle puisse être amenée à le faire en vue d'éviter de prononcer un *non liquet*. La question distincte du rôle des juridictions internationales dans la formation du droit international coutumier sera traitée dans un rapport ultérieur ; pour un article récent sur cette question, voir Thirlway, « Unacknowledged legislators: some preliminary reflections on the limits of judicial lawmaking ».

¹⁰³ *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (fond), arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 82 (opinion dissidente de M. Armand-Ugon).

formation d'une règle de droit coutumier¹⁰⁴», pour prendre une vue d'ensemble de la manière dont la Cour aborde la question. Comme l'indiquent les arrêts mentionnés ci-après, celle-ci a clairement et constamment dit – à l'instar de sa devancière – que le droit international coutumier procède de la pratique des États assortie de l'*opinio juris*.

56. De son côté, dans l'affaire du *Lotus*, la Cour permanente de Justice internationale avait dit que le droit international procédait de «la volonté [des États] manifestée dans des conventions» ou «dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit»¹⁰⁵. Elle avait insisté sur la distinction à faire entre les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, en soulignant que leur double présence était nécessaire pour fonder la constatation de l'existence de ce droit,

[m]ême 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 internationale¹⁰⁶.

57. C'est dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* que l'on trouve l'énoncé classique de la part de la Cour internationale de Justice sur les processus de formation et d'identification des règles du droit international coutumier :

Bien 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 à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine, 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 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.

[...] L'élément essentiel à cet égard – il semble nécessaire de le souligner – est que, même si pareille attitude avait été beaucoup plus fréquente de la part des États non parties à la Convention, ces actes, même considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'*opinio juris* car, pour parvenir à ce résultat, deux conditions doivent être remplies. 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. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il 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 juridique¹⁰⁷.

58. La Cour a confirmé cette position en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, où elle a dit que pour voir quelles étaient

en l'espèce les règles du droit international coutumier applicables elle «[devait] examiner la pratique et l'*opinio juris* des États¹⁰⁸» et que

comme elle l'a rappelé dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, pour qu'une nouvelle règle coutumière fasse son apparition, les actes correspondants doivent non seulement «représenter une pratique constante», mais en outre se rattacher à une *opinio juris sive necessitatis*. 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. La nécessité d'une pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*»¹⁰⁹.

59. Dans son arrêt *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, la Cour internationale de Justice a dit de «la pratique effective suivie par les États» qu'elle était destinée à «traduire ou créer des règles de droit coutumier»¹¹⁰. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, une Chambre de la Cour a observé que le droit international coutumier «comprend en réalité un ensemble restreint de normes propres à assurer la coexistence et la coopération vitale des membres de la communauté internationale, ensemble auquel s'ajoute une série de règles coutumières dont la présence dans l'*opinio juris* des États se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante, et non pas par voie de déduction en partant d'idées préconstituées a priori»¹¹¹.

60. Lorsque, dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice en sera à l'examen du droit international coutumier, elle dira d'emblée: «Ainsi que la Cour l'a déclaré, 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)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 29, par. 27].»¹¹² Plus loin dans cet avis, elle relèvera qu'il existe des règles coutumières qui «se sont développées, de par la pratique des États [...]»¹¹³.

61. L'affaire la plus récente dans laquelle la Cour s'arrête sur sa démarche fondamentale est *Allemagne c. Italie*, où elle dit ce qui suit :

La Cour doit donc, conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'Article 38 de son Statut, déterminer l'existence d'une «coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit» [...]. Elle appliquera pour ce faire les critères, qu'elle a maintes fois énoncés, permettant d'identifier une règle de droit

¹⁰⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* [voir *supra* la note 73], p. 97, par. 183.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 108 et 109, par. 207.

¹¹⁰ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 18, à la page 46, par. 43.

¹¹¹ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, à la page 299, par. 111. La Cour ne devait pas évoquer ces catégories à distinguer du droit international coutumier dans sa jurisprudence ultérieure. Treves a suggéré que, dans cet énoncé, «la Cour semblerait donc distinguer des règles normales en la matière une catégorie de règles de droit coutumier pour lesquelles il n'est pas nécessaire de rechercher les éléments objectif et subjectif» («Customary international law», p. 941, par. 19).

¹¹² *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 253, par. 64.

¹¹³ *Ibid.*, p. 256, par. 75.

¹⁰⁴ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, à la page 367, par. 112 (opinion dissidente commune de MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Sir Humphrey Waldock).

¹⁰⁵ *Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, *C.P.J.I. série A n° 10*, p. 18.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 28.

¹⁰⁷ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 43 et 44, par. 74 et 77.

international coutumier. Ainsi qu'elle l'a clairement indiqué dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, une « pratique effective » assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise [...]. La Cour a en outre relevé ce qui suit :

« [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, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant » [*Plateau continental (Jamahiriya libyenne/Malte)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 29 et 30, par. 27]¹¹⁴.

62. Au risque de schématiser, on peut dire qu'il y a deux grandes méthodes d'identification de règles particulières du droit international coutumier dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Dans certaines affaires, celle-ci juge qu'une règle du droit international coutumier existe (ou n'existe pas) sans analyse détaillée préalable¹¹⁵. Cela peut sans doute s'expliquer parce que la question est considérée comme évidente (par exemple, parce qu'elle repose sur une constatation antérieure de la Cour¹¹⁶, ou sur ce que la Cour considère comme étant incontestablement le droit). On peut trouver un certain nombre d'exemples dans son arrêt du 19 novembre 2012 en l'affaire *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*¹¹⁷.

¹¹⁴ *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.

¹¹⁵ C'est ce que Meron qualifie d'« approche plus détendue du droit international coutumier », par rapport à la « méthode classique » consistant à analyser dans le détail les éléments qui peuvent l'identifier : Meron, *The Making of International Criminal Justice*, p. 31.

¹¹⁶ Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 112 *supra*), p. 245, par. 41 ; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 38, par. 46 ; Meron (voir note précédente, p. 31) [« la [Cour internationale de Justice] et les autres juridictions internationales s'en remettent de plus en plus aux précédents plutôt que de se livrer chaque fois à une analyse détaillée de la nature coutumière des mêmes principes en chaque espèce »] ; Boas, *Public International Law*, p. 84 à 86 et 91 à 93. On peut se demander (et la Commission aussi, dans le cadre du présent sujet) jusqu'à quel point le fait que l'existence d'une règle de droit international coutumier a été établie par un tribunal particulier à une certaine date (remontant parfois à des décennies) signifie que ce tribunal ou d'autres pourront à l'avenir se contenter de s'appuyer sur cette constatation ; voir aussi *supra* la note 40. Pour l'opinion selon laquelle « il y a violation indirecte de la coutume lorsqu'un tribunal international invoque et applique le droit international coutumier, proclamé auparavant par un autre tribunal, sans se livrer à un examen serré de ce sur quoi cette proclamation se fonde », voir Chigara, « The International Tribunal for the Law of the Sea and customary international law », p. 451.

¹¹⁷ *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 624, à la page 645, par. 37 (« L'argument du Nicaragua selon lequel [la formation QS 32] ne peut être considérée comme une île au sens du droit international coutumier, parce qu'elle est composée de débris coralliens, est dépourvu de fondement. [...] Le fait que QS 32 soit minuscule n'a aucune importance du point de vue juridique, le droit international ne fixant pas de dimension minimale pour qu'une formation maritime puisse être considérée comme une île ») ; *ibid.*, p. 666, par. 118 (« [La Cour] considère que la définition du plateau continental énoncée au paragraphe 1 de l'article 76 de la CNUDM fait partie du droit international coutumier ») ; *ibid.*, p. 673, par. 138 (« Les Parties s'accordent [...] sur le fait que plusieurs des dispositions les plus importantes de la CNUDM reflètent le droit international coutumier. Elles reconnaissent en particulier que les dispositions des articles 74 et 83, relatifs à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental, ainsi que l'article 121, relatif au régime juridique des îles, sont à considérer comme déclaratoires du droit international coutumier ») ; *ibid.*, p. 674, par. 139 (« Dès lors, la Cour considère que le régime juridique des îles défini à l'article 121 de la CNUDM forme un tout indivisible et que chacune de ses dispositions fait partie (comme l'admettent la Colombie et le Nicaragua) du droit international coutumier ») ; *ibid.*, p. 690, par. 177 (« le droit international fixe de nos jours

Dans d'autres affaires, la Cour se livre à une analyse plus détaillée de la pratique des États et l'*opinio juris* pour établir l'existence ou l'inexistence d'une règle de droit international coutumier. Son arrêt du 3 février 2012 en l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*¹¹⁸ offre un exemple de cette méthode. Ce sont tout particulièrement ces dernières affaires qui sont utiles pour illustrer sa manière d'aborder la formation et l'identification du droit international coutumier¹¹⁹.

63. Il est quantité d'affaires à l'occasion desquelles la Cour s'est intéressée à certains aspects précis du processus de formation et d'identification des règles du droit international coutumier, couvrant beaucoup de questions que le présent sujet soulève, au premier rang desquelles la nature des deux éléments constitutifs que sont la pratique des États et l'*opinio juris*, et les rapports entre les traités et le droit international coutumier. Sans apporter de réponses exhaustives, ces affaires offrent cependant d'utiles indications. La jurisprudence sera examinée en détail dans des rapports ultérieurs, lorsque certains aspects du sujet seront traités.

64. Les auteurs s'accordent très généralement à penser que la Cour internationale de Justice, au travers de sa jurisprudence, a revalorisé le rôle du droit international coutumier et clarifié quelques-uns de ses aspects¹²⁰. En même temps, si l'on en croit certains commentateurs, la Cour n'aurait jusqu'ici fourni que peu d'indications sur le mode de formation d'une règle de droit international coutumier et la manière dont il convient d'en établir l'existence, étant « beaucoup plus encline à affirmer l'existence d'une règle coutumière qu'à la prouver¹²¹ », et procédant

à 12 milles marins la largeur de la mer territoriale dont peut se prévaloir l'État côtier, et l'article 3 de la CNUDM reflète l'état actuel du droit international coutumier sur ce point ») ; *ibid.*, p. 693, par. 182 (« La Cour a considéré que cette disposition (l'article 13 de la CNUDM, aux hauts-fonds découvrants) reflétait le droit international coutumier (*Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 100, par. 201 ») »).

¹¹⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]* (voir *supra* la note 114), p. 122, par. 55.

¹¹⁹ Voir aussi le recours à la jurisprudence pour déterminer s'il existe une règle du droit international coutumier : récemment, par exemple, la Cour internationale de Justice s'est référée au « droit international coutumier tel qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, du Tribunal international du droit de la mer (ci-après le "TIDM") et de juridictions arbitrales internationales » : *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)* [note 117 *supra*], p. 666, par. 114. Selon un auteur, la Cour aurait encore recours à une autre méthode pour prononcer l'existence d'une règle coutumière, la reconnaissance implicite, en vertu de laquelle « [elle] considère une pratique étatique ou une disposition conventionnelle comme si elles relevaient de la coutume, mais sans se prononcer expressément sur son caractère » (voir Álvarez-Jiménez, « Methods for the identification of customary international law in the International Court of Justice's jurisprudence: 2000-2009 », p. 698 à 703).

¹²⁰ Voir, par exemple, Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 80 ; Cassese, « General round-up », p. 166.

¹²¹ Pellet, « Shaping the future of international law: the role of the World Court in law-making », p. 1076 (évoquant « une alchimie mystérieuse et empirique par laquelle la Cour est amenée à "découvrir" une règle avant de l'appliquer dans une espèce concrète »). Voir aussi Charney, « Universal international law », p. 537 et 538 ; Kelly, « The twilight of customary international law », p. 469 ; Skubiszewski, « Elements of custom and the Hague Court », p. 853 ; Treves, « Customary international law », p. 942, par. 21 ; Geiger, « Customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: a critical appraisal », p. 692 ; Bishop, « General course of public international law », p. 220 ; D'Amato, « Trashing customary international law », p. 101 ; Scott et Carr, « The International Court of Justice and the treaty/

finalement en suivant une démarche assez souple¹²². On a pu en outre observer que la Cour n'a pas toujours été d'une constance absolue dans la terminologie qu'elle emploie en matière de droit international coutumier, ni pour distinguer celui-ci des principes généraux du droit¹²³.

custom dichotomy», p. 353; Meron, *The Making of International Criminal Justice*, p. 30; Ferrer Lloret, «La insoportable levedad des derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte internacional de justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado» (L'insoutenable légèreté du droit international coutumier dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice: l'affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat); Hagemann, «Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des internationalen Gerichtshofes» (La coutume comme source du droit des gens dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice).

¹²² Jiménez de Aréchaga, «Custom», p. 2 et 3 («Personnellement, j'estime que l'apport le plus important de la Cour au développement progressif du droit international réside [...] dans la flexibilité des conceptions théoriques qu'elle a adoptées sur ce sujet des sources, en particulier pour ce qui concerne le droit international coutumier»); Benvenisti, «Customary international law as a judicial tool for promoting efficiency», p. 98 (suggérant que les membres de la Cour, «en leur qualité d'oracles de la "coutume mystique"», inventent parfois du droit international coutumier lorsque «sauter ainsi le pas produit des normes plus efficaces»); Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: tailor made?», p. 25 et 26 («La Cour internationale de Justice n'a pas constamment suivi la même démarche dans son traitement du droit coutumier [...] Dans la période récente, [...] il semblerait que, loin d'adhérer à une théorie déterminée, elle ait constaté l'existence d'une règle coutumière dans tous les cas où elle l'a jugé nécessaire ou commode pour identifier cette règle ou aller au-delà des règles conventionnelles»); MacGibbon, «Means for the identification of international law. General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity», p. 21 («On peut difficilement échapper à l'impression que [...] la Cour, dans le domaine de la coutume internationale, en a brossé un tableau à larges touches généreuses»); Geiger, «Customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice», p. 674 («Les critères ouvertement proclamés par la Cour comme ceux qu'elle retient pour établir l'existence de certaines règles coutumières sont fort différents de la manière dont elle procède en réalité»); Baker, «Customary international law in the 21st century», p. 178 et 179 (disant que c'est la Cour qui, «dans un ensemble d'opinions neuves, voire révolutionnaires», a mis en place vers la fin des années 1960 et au début des années 1970 la base doctrinale d'«une révision des sources classiques du droit international coutumier, la pratique des États et l'*opinio juris*»); Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», p. 353 (observant que c'est souvent l'exigence normative qui sous-tend la décision de la Cour de consacrer une règle de droit international coutumier); Yasuaki, «Is the International Court of Justice an emperor without clothes?», p. 16 («La Cour internationale de Justice a fait de la notion de droit international coutumier un usage extrêmement variable [qui] a brouillé la distinction entre la pratique des États et l'*opinio juris*»); Kirgis, Jr., «Custom on a sliding scale» (suggérant que l'importance de la norme ou du thème compte pour la Cour lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'une règle coutumière; si elle est déstabilisante ou moralement déplaisante, c'est en effet une coutume d'interprétation restrictive qui est proclamée); Schlütter, *Developments in Customary International Law*, p. 168 («La jurisprudence de la Cour sur la coutume n'est pas toujours parfaitement cohérente et ne paraît pas toujours obéir à un principe général, comme le voudraient les différentes théories du droit international coutumier [...] la Cour n'a pas une seule et unique façon d'envisager la formation de ce droit»).

¹²³ Voir, par exemple, Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. xv à xvii, par. 8; Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, p. 393; Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague Court», p. 812; Mendelson, «The International Court of Justice and the sources of international law», p. 64 (disant que «fort souvent, la Cour omet de spécifier de quelle source elle fait application [à moins que la règle en question ne tire sa validité directement d'un traité,] se bornant à affirmer que "telle ou telle règle [ou principe] est bien établie en droit international", ou employant quelque autre formule vague, sans préciser si ladite règle procède de la coutume, des "principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées", de quelque autre source ou de plusieurs sources à la fois»); Bodansky, «Prologue to a theory of non-treaty norms», p. 122 [«Même la Cour internationale de Justice (CIJ), dont le Statut distingue les principes généraux de la coutume, n'en fait pas toujours autant dans ses décisions»].

65. Le Président de la Cour internationale de Justice, parlant de la conception que la Cour a du droit international coutumier, a récemment fait la déclaration suivante :

[L]es auteurs ont raison d'appeler l'attention sur la pratique récente de la Cour qui consiste à recourir fréquemment à des énoncés généraux des règles, mais ils vont trop loin en voulant systématiser cette pratique. En réalité, la Cour n'a jamais abandonné l'idée, fermement ancrée dans la formulation du Statut, selon laquelle le droit international coutumier est la «pratique générale acceptée comme étant le droit», ce qui revient à dire, selon les termes d'une affaire récente, que «l'existence d'une règle de droit international coutumier suppose qu'il y ait une "pratique constante" en plus de l'*opinio juris*». Toutefois, dans la pratique, la Cour n'a jamais jugé nécessaire de faire une analyse de ce type pour chaque règle considérée comme coutumière dans une affaire donnée, utilisant plutôt les meilleurs éléments disponibles et ceux qui sont les plus pertinents pour déterminer s'il existe une telle règle coutumière. Quelquefois, cela suppose qu'elle examine directement, de son propre chef, les éléments matériels de la coutume, mais le plus souvent il lui suffit d'examiner les vues exprimées par les États et par des organes tels que la Commission du droit international sur la question de savoir si une règle de droit coutumier existe et sur son contenu, ou tout au moins d'avoir recours à des règles écrites claires qui lui servent de point de référence pour encadrer et orienter son examen des éléments matériels de la coutume¹²⁴.

C. La jurisprudence des autres cours et tribunaux

1. AUTRES COURS ET TRIBUNAUX INTERNATIONAUX

66. Les juridictions internationales dont la jurisprudence peut présenter quelque intérêt pour le sujet sont, notamment, le Tribunal international du droit de la mer, les juridictions pénales internationales et internationalisées; les organes de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC); les tribunaux d'arbitrage entre États; et d'autres juridictions ad hoc. La jurisprudence pertinente sera examinée dans les futurs rapports qui seront consacrés à des aspects particuliers de la formation et de l'identification du droit international coutumier. Pour le moment, quelques exemples sont donnés pour illustrer l'éventail des juridictions concernées, l'approche générale qu'elles ont adoptée et la richesse des arguments invoqués¹²⁵. Une chose est certaine: quel que soit le contexte dans lequel ces autres juridictions travaillent, elles s'appuient généralement sur l'approche et la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, notamment sur le rôle constitutif attribué aux deux éléments que sont la pratique des États et l'*opinio juris*.

67. Le Tribunal international du droit de la mer, qui applique, outre les dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, «les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci¹²⁶», n'a eu que rarement recours au droit international coutumier. Pour déterminer si une règle relève du droit international coutumier, le Tribunal s'est essentiellement appuyé sur les déclarations de la Cour internationale

¹²⁴ Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 197 et 198.

¹²⁵ Les affaires citées ont été sélectionnées en raison de l'éclairage qu'elles apportent sur la formation et l'identification du droit international coutumier. Cette sélection n'implique pas une approbation des arguments avancés.

¹²⁶ Art. 293, par. 1. Le Tribunal a aussi déterminé qu'un certain nombre d'articles de la Convention faisaient implicitement référence aux règles de droit international coutumier; voir, par exemple, *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, *TIDM Recueil 2012*, vol. 12, p. 4, à la page 55, par. 183.

de Justice¹²⁷. Il a aussi fait référence aux conclusions d'autres cours et tribunaux internationaux¹²⁸ et aux travaux de la Commission du droit international¹²⁹. Dans un cas, le Tribunal s'est appuyé sur «un nombre croissant de traités et autres instruments internationaux», constatant l'émergence d'«un mouvement qui tend à incorporer [le principe de précaution] dans le droit international coutumier»¹³⁰. Le Tribunal a également relevé la pertinence de la pratique des États et de la jurisprudence pour déterminer l'existence d'une «règle générale» applicable ou interpréter un concept juridique ou une règle de droit¹³¹.

68. Les tribunaux pénaux internationaux spéciaux – pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda – ont souvent invoqué le droit international coutumier pour établir leur compétence¹³². Ce faisant, chacun a déclaré, comme il est indiqué ci-après, que la formation d'une règle de droit international coutumier reposait sur la pratique des États et l'*opinio juris*, et que l'identification d'une telle règle nécessitait généralement une étude pour déterminer si ces deux éléments étaient présents. Cette approche découlait, selon eux, de l'obligation qu'avaient les tribunaux de tenir dûment compte du principe de légalité (*nullum crimen sine lege*), selon lequel une déclaration de culpabilité peut être fondée sur le droit international coutumier à condition que l'on ait bien pris soin de déterminer que le principe de légalité était fermement ancré dans la coutume au moment de l'infraction, de telle sorte que l'auteur ait pu identifier la règle qu'il était censé respecter¹³³. Certains auteurs ont toutefois estimé que le droit international coutumier avait un sens différent, dans le contexte du droit pénal international, de celui qu'il avait dans le contexte du droit international classique¹³⁴, et que la jurisprudence

des tribunaux s'écartait souvent d'un type de coutume fondée sur la pratique étatique pour s'orienter vers une interprétation spécifiquement *humanitaire* du droit coutumier¹³⁵. D'autres réfutent «l'argument selon lequel la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux a dégagé un nouveau type de coutume, ne nécessitant plus la pratique des États ni l'*opinio juris* pour se former¹³⁶».

69. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a souvent eu recours au droit international coutumier pour identifier le droit international applicable aux crimes et procès dont il était saisi. Ce faisant, il a indiqué à plusieurs occasions que tant la pratique des États que l'*opinio juris* devaient être établies pour déterminer qu'un principe juridique pouvait être considéré comme relevant du droit international coutumier. Ainsi, dans *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et consorts*, la Chambre d'appel a noté que «pour conclure qu'un principe faisait partie du droit international coutumier, elle [devait] être convaincue que la pratique des États reconnaissait ce principe parce qu'il fondait l'*opinio juris*»¹³⁷; de même, dans *Le Procureur c. Delalić*, la Chambre de première instance a expressément fait référence à «l'existence d'un tel droit coutumier – pratique des États et *opinio juris*»¹³⁸. Ainsi, par exemple, dans *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, la Chambre d'appel a fait valoir que l'on «ne trouve pas trace, dans la pratique des États, de l'émergence, en droit international coutumier», d'une exigence selon laquelle il faudrait établir une intention discriminatoire dans les cas de violations des lois ou coutumes de la guerre¹³⁹. Dans

¹²⁷ Navire «SAIGA» (n° 2) [*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*], arrêt, *TIDM Recueil* 1999, vol. 3, p. 10, à la page 56, par. 133 et 134; *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, *TIDM Recueil* 2011, p. 10, aux pages 28, par. 57; 51, par. 147 et 148; 56, par. 169; et 57, par. 178.

¹²⁸ *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, *TIDM Recueil* 2011, p. 10, à la page 28, par. 57 [faisant référence à la sentence arbitrale sur la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau* et à l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)], à la page 57, par. 178 (faisant référence à la sentence arbitrale concernant le *Rainbow Warrior*), et à la page 62, par. 194 (faisant référence à la Cour permanente de Justice internationale).

¹²⁹ *Ibid.*, p. 56, par. 169; p. 58, par. 178; p. 59, par. 182; p. 62, par. 194; et p. 66, par. 210; Navire «SAIGA» (n° 2) [*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*], arrêt, *TIDM Recueil* 1999, vol. 3, p. 10, à la page 65, par. 171.

¹³⁰ *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, *TIDM Recueil* 2011, p. 10, à la page 47, par. 135.

¹³¹ *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, *TIDM Recueil* 2012, p. 4, à la page 46, par. 147, et à la page 47, par. 150; Navire «SAIGA» (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*), prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil* 1997, p. 16, aux pages 29 et 30, par. 57.

¹³² En ce qui concerne le droit international coutumier comme source de droit dans les procédures pénales internationales en général, voir, par exemple, Akande «Sources of international criminal law», p. 49 à 51; et Cryer *et al.*, *An Introduction to Criminal Law and Procedure*, p. 11. Lorsqu'on étudie la jurisprudence des cours et tribunaux pénaux internationaux – qu'il s'agisse de la Cour pénale internationale ou des tribunaux spéciaux –, il faut avoir à l'esprit qu'il est rare que les États soient directement parties.

¹³³ Meron, «Revival of customary humanitarian law», p. 821.

¹³⁴ Voir Schabas, «Customary law or “judge-made” law», p. 101; voir aussi Baker, «Customary international law in the 21st century»,

p. 175 et 184 à 186; Van den Herik, «Using custom to reconceptualize crimes against humanity»; Stahn et Van den Herik, «“Fragmentation”, diversification and “3D” legal pluralism: international criminal law as the jack-in-the-box?», p. 63; Van Schaack, «*Crimen sine lege*: judicial lawmaking at the intersection of law and morals», p. 165; et Bantekas, «Reflections on some sources and methods of international criminal and humanitarian law».

¹³⁵ Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, p. 18.

¹³⁶ Boas, *Public International Law*, p. 90.

¹³⁷ *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et consorts*, affaire n° IT-01-47-AR72, Chambre d'appel, décision relative à l'exception d'incompétence (responsabilité d'un supérieur hiérarchique) du 16 juillet 2003, par. 12, disponible à l'adresse suivante: www.icty.org.

¹³⁸ *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias «Pavo», Hazim Delić, Esad Landžo alias «Zenga»*, affaire n° IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, *Recueils judiciaires* 1998, p. 1181, par. 302. Voir aussi, par exemple, la déclaration faite par le juge Shahabuddeen dans le cadre de l'arrêt de la Chambre d'appel dans *Le Procureur c. Anto Furundžija*, dans laquelle il déclare que «lorsque la question porte sur l'émergence, en droit international coutumier, d'une norme [...], il est nécessaire d'examiner l'évolution du droit international coutumier sur ce point, cet examen devant naturellement respecter les principes régulant cette évolution»; dans ce contexte, Shahabuddeen évoque «une étude comparative en vue de prouver qu'une nouvelle norme coutumière s'est dégagée à travers la constatation d'une concordance générale de la pratique étatique» et indique par la suite qu'une telle recherche doit être «systématique» (affaire n° IT-95-17/1-A, Chambre d'appel, arrêt du 21 juillet 2000, *Recueils judiciaires* 2000, vol. 2, p. 2129, 2131 et 2133, par. 257, 258 et 262). On trouve un autre exemple dans l'opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge McDonald et Monsieur le juge Vohrah dans *Le Procureur c. Drazen Erdemović*: «La Cour internationale de [J]ustice a réitéré, de bonne source, dans l'affaire du *Plateau continental*, que pour qu'une règle entre dans le domaine du droit international coutumier, il faut que la pratique des États ait été fréquente et uniforme, étayée par l'*opinio juris sive necessitatis*» (affaire n° IT-96-22-A, Chambre d'appel, arrêt du 7 octobre 1997, *Recueils judiciaires* 1997, vol. 2, p. 1701, par. 49).

¹³⁹ *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-A, Chambre d'appel, arrêt du 24 mars 2000, *Recueils judiciaires* 2000, vol. 1, p. 1145, par. 23.

Le Procureur c. Duško Tadić, la Chambre d'appel a estimé que « lorsque l'on examine de près la pratique pertinente, on constate que le droit international coutumier n'exige pas d'intention discriminatoire pour tous les crimes contre l'humanité¹⁴⁰ ».

70. Parfois, cependant, les Chambres du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie se sont montrées disposées à reconnaître qu'une règle de droit international coutumier avait émergé même lorsque les deux éléments (en particulier la pratique des États) n'étaient pas fermement établis. Dans *Le Procureur c. Zoran Kupreškić*, la Chambre de première instance a explicitement déclaré que

les principes du droit international humanitaire peuvent, par processus coutumier, naître de la pression des exigences de l'humanité ou de celles de la conscience publique, même lorsque la pratique des États est rare ou contradictoire. L'autre élément, l'*opinio necessitatis*, qui se cristallise sous l'effet des impératifs de l'humanité ou de la conscience publique, pourrait bien se révéler être l'élément décisif annonciateur de l'émergence d'une règle ou d'un principe général du droit humanitaire¹⁴¹.

Dans d'autres cas, les Chambres n'ont pas toujours mené une analyse approfondie de la pratique des États et de l'*opinio juris* (ni fait de distinction entre les deux)¹⁴², ou se sont contentées de citer des décisions antérieures du Tribunal¹⁴³.

71. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a également eu recours au droit international coutumier à plusieurs occasions. Ainsi, tant le Tribunal que les parties ont reconnu que, selon les termes de la Chambre d'appel dans *André Rwamakuba v. The Prosecutor*, « les normes de droit international coutumier se caractérisent par l'existence des deux éléments familiers que sont la

pratique des États et l'*opinio juris*¹⁴⁴ ». Dans une autre référence explicite, le juge Shahabuddeen, évoquant le concept de participation à une entreprise criminelle commune dans l'opinion individuelle qu'il a formulée dans *Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur* (Chambre d'appel), a estimé qu'« [é]tant donné que plusieurs États souscrivent à [une théorie] alors que plusieurs autres accordent leur préférence à l'autre, il se peut que la pratique étatique et l'*opinio juris* requis pour que l'une ou l'autre d'entre elles soit intégrée dans le droit international coutumier fassent tout simplement défaut¹⁴⁵ ». Le juge Meron, dans son opinion partiellement dissidente dans *Ferdinand Nahimana et al. c. Le Procureur* (Chambre d'appel), estime que lorsqu'un « consensus entre États ne s'est pas cristallisé, il n'y a à l'évidence pas de norme de droit international coutumier¹⁴⁶ ». Lorsqu'il a évoqué les éléments permettant d'établir l'existence ou non d'une règle de droit international coutumier, le Tribunal n'a généralement pas précisé si tel ou tel élément constituait une preuve de la pratique des États ou de l'*opinio juris* (ou des deux)¹⁴⁷.

72. Dans certains cas, le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est abstenu de faire une analyse approfondie pour déterminer qu'une norme de droit international coutumier avait émergé, ou s'est appuyé sur des études et déclarations d'autres institutions judiciaires. Ainsi, dans *Nahimana et al. c. Le Procureur*, la Chambre d'appel, énonçant la position selon laquelle l'incitation directe et publique à commettre le génocide n'est punissable que dans la mesure où un tel crime a été perpétré, s'est contentée de faire référence à un exposé explicatif qui figure dans

¹⁴⁴ *André Rwamakuba v. The Prosecutor*, affaire n° ICTR-98-44-AR72.4, décision sur l'appel interlocutoire relatif à l'application de la notion d'entreprise criminelle commune au crime de génocide, Chambre d'appel, arrêt du 22 octobre 2004, par. 14.

¹⁴⁵ *Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur*, affaire n° ICTR-2001-64-A, Chambre d'appel, arrêt du 7 juillet 2006, opinion individuelle du juge Shahabuddeen, par. 51.

¹⁴⁶ *Ferdinand Nahimana et al. c. Le Procureur*, affaire n° ICTR-99-52-A, 28 novembre 2007, opinion partiellement dissidente du juge Meron, par. 5 à 8 (en anglais). Faisant référence « au nombre et à l'importance des réserves formulées [à l'égard des dispositions pertinentes sur lesquelles s'est appuyée la chambre de première instance], montrant que d'importants désaccords persistent dans la communauté internationale sur la question de savoir si les discours de haine doivent ou non être interdits », le juge Meron a conclu qu'aucun « principe établi » ne sous-tendait ces dispositions, estimant que l'histoire de la rédaction de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de même que le jugement en première instance de l'affaire *Kordić* par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie étayaient cette position.

¹⁴⁷ Voir, par exemple, *Le Procureur c. Simon Bikindi*, affaire n° ICTR-01-72-T, Chambre de première instance, jugement du 2 décembre 2008, par. 379; *Le Procureur c. Élizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, affaires n°s ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Chambre d'appel, arrêt du 13 décembre 2004, par. 518 et 519; *André Rwamakuba v. The Prosecutor* (note 144 *supra*), par. 14. On trouve un autre exemple dans *Le Procureur c. Nahimana et al.* (Chambre de première instance), dans lequel la Chambre a considéré qu'« [a]u regard de principes bien établis en droit interne et international ainsi que de la jurisprudence dans l'affaire *Streicher* (1946) et dans de nombreuses affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales depuis lors, [...] le discours de haine qui exprime une discrimination ethnique ou autre viole la règle de droit international coutumier qui interdit la discrimination » (affaire n° ICTR-99-52-T, Chambre de première instance, jugement du 3 décembre 2003, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 2003*, vol. 1, p. 1115, par. 1076). Voir aussi Schabas, « Customary law or "judge-made" law », par. 84 et 85.

¹⁴⁰ *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, par. 288; voir également par. 287 et 289 à 292. Voir aussi *Le Procureur c. Mladen Naletilić, alias « Tuta », et Vinko Martinović, alias « Štela »*, affaire n° IT-98-34-A, Chambre d'appel, arrêt du 3 mai 2006, opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Schomburg, par. 15; *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-A, Chambre d'appel, arrêt du 17 décembre 2004, par. 66; *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vuković*, affaires n°s IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Chambre d'appel, arrêt du 12 juin 2002, par. 98 (note 114); *Le Procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, Chambre d'appel, arrêt du 30 novembre 2006, par. 86 à 98, et opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Schomburg, par. 7 à 21.

¹⁴¹ *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al.*, affaire n° IT-95-16-T, Chambre de première instance, jugement du 14 janvier 2000, *Recueils judiciaires 2000*, vol. 2, p. 1741, par. 527. Voir aussi Zahar, « Civilizing civil war: writing morality as law at the ICTY ».

¹⁴² Voir, par exemple, *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, par. 109 (note 129) et par. 303; *Le Procureur c. Zejnil Delalić Zdravko Mucić alias « Pavo », Hazim Delić, Esad Landžo alias « Zenga »*, affaire n° IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, par. 452 à 454; *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-A, Chambre d'appel, arrêt du 17 décembre 2004, par. 52 à 54; voir aussi *Le Procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, Chambre d'appel, arrêt du 30 novembre 2006, opinion individuelle du juge Shahabuddeen, par. 5.

¹⁴³ Voir, par exemple, *Le Procureur c. Mladen Naletilić, alias « Tuta », et Vinko Martinović, alias « Štela »*, affaire n° IT-98-34-T, Chambre de première instance, jugement du 31 mars 2003, par. 228, 250 et 336; *Le Procureur c. Tihomir Blaskić*, affaire n° IT-95-14-A, Chambre d'appel, arrêt du 29 juillet 2004, par. 145 à 148 et par. 157; *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vuković*, affaires n°s IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, Chambre de première instance, jugement du 22 février 2001, par. 466 à 486.

le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international¹⁴⁸ pour considérer que «cette position ne reflète pas le droit international coutumier sur cette question¹⁴⁹»; et dans *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, la Chambre de première instance a déclaré que «[l]a Convention sur le génocide est incontestablement considérée comme faisant partie du droit international coutumier, comme en témoigne l'avis consultatif rendu en 1951 par la Cour internationale de Justice sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* et comme l'a d'ailleurs rappelé le Secrétaire général des Nations Unies dans son rapport sur la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie¹⁵⁰».

73. En ce qui concerne les juridictions internationalisées, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, dans l'affaire *Norman*, a déclaré que la «formation de la coutume requiert à la fois la pratique des États et la conscience d'une obligation préexistante (*opinio juris*)», reprenant une formule empruntée selon laquelle «sans l'usage qui la concrétise, la conscience d'une obligation n'est que rhétorique. À l'inverse, sans *opinio juris*, la pratique des États n'est qu'habitude»¹⁵¹. En décidant que l'interdiction du recrutement d'enfants dans des forces armées était devenue une norme de droit international coutumier, le Tribunal a évoqué le nombre d'États dont la législation interdit l'enrôlement d'enfants [«presque tous les États [...] ([...] depuis longtemps)»], déclarant que, compte tenu du nombre considérable d'États qui étaient parties aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (185) ou avaient ratifié le Protocole additionnel aux Conventions de Genève

¹⁴⁸ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 17, par. 50.

¹⁴⁹ *Ferdinand Nahimana et al. c. Le Procureur* (voir *supra* la note 146), par. 678, note 1614; voir aussi l'opinion partiellement dissidente du juge Shahabuddeen, qui, évoquant dans cette affaire la définition du crime de persécution figurant dans le jugement d'un tribunal militaire des États-Unis, a déclaré ceci: «C'est ce qui s'est passé dans un tribunal tenu immédiatement après la fin de la Seconde Guerre mondiale. En conséquence, comme c'est l'usage, l'affaire peut être considérée comme reflétant le droit international coutumier» (par. 13).

¹⁵⁰ *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, Chambre de première instance, jugement du 2 septembre 1998, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 1998*, p. 297, par. 495; voir aussi *Le Procureur c. Juvénal Kajelijeli*, affaire dans laquelle le jugement *Tadić* a été cité à l'appui d'une «étude de la pratique internationale en la matière» concernant la conformité au droit international coutumier de la proposition selon laquelle une attaque doit être *widespread or systematic* («généralisée ou systématique») [affaire n° ICTR-98-44A-T, Chambre de première instance, jugement du 1^{er} décembre 2003, *ibid.*, 2003, vol. I, p. 2121, par. 869 et note 1076]; et les termes employés par le juge Güney dans son opinion partiellement dissidente dans l'affaire *Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur* (note 145 *supra*), qui a déclaré ceci: «[J]e suis préoccupé par le fait qu'en l'espèce, la majorité n'ait avancé aucun argument propre à démontrer que l'une quelconque de ces formes de commission est reconnue en droit international coutumier. De fait, je relève qu'elle n'a procédé à aucune analyse du droit international coutumier à l'effet d'établir que la «commission» peut s'étendre à des actes autres que la perpétration d'un crime par l'auteur lui-même ou la participation à une entreprise criminelle commune» (par. 6). Voir aussi *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana* (affaire n° ICTR-95-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 1^{er} juin 2001, *ibid.*, 2001, vol. 2), où la Chambre d'appel, citant l'arrêt *Čelebeći*, a rappelé que «le principe du droit à un procès équitable fait partie du droit international coutumier» et est consacré dans «plusieurs instruments internationaux, notamment l'article 3 commun aux Conventions de Genève» (*ibid.*, p. 2171, par. 51).

¹⁵¹ *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), arrêt du 31 mai 2004, par. 17; la citation est extraite de Swaine, «Rational custom», p. 567 et 568.

du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [133]¹⁵² et la Convention relative aux droits de l'enfant («tous les États sauf six»), il fallait considérer que les dispositions de ces instruments étaient largement acceptées comme normes de droit international coutumier (en ce qui concerne la dernière, «presque dès son entrée en vigueur»)¹⁵³. Le Tribunal a considéré que «[l]orsqu'on examine la formation du droit international coutumier, «le nombre d'États prenant part à la pratique est un critère plus important [...] que la durée de la pratique»¹⁵⁴». Il a par ailleurs déclaré que «[l]e droit coutumier, comme son nom l'indique, émane de la coutume. Or, la coutume prend du temps à se développer¹⁵⁵».

74. Dans *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*¹⁵⁶, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, pour se prononcer sur le fait que l'interdiction du pillage, telle qu'elle ressort du droit international coutumier, n'inclut pas l'interdiction de la destruction sans motif non justifiée par les exigences militaires, a fait référence à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, dans lequel la Cour a estimé que la pratique des États devait demeurer «fréquente et pratiquement uniforme» et s'être manifestée de manière à établir une *opinio juris*¹⁵⁷. Le Tribunal a ensuite procédé à une analyse des différents éléments selon ce critère, sans toutefois indiquer clairement quels étaient, parmi les éléments mentionnés, ceux qui relevaient de la «pratique des États». Pour déclarer que l'interdiction du pillage et de la destruction sans motif ne justifient pas les exigences militaires «existait dans le droit international coutumier applicable aux conflits armés internes au moment des faits incriminés dans l'affaire», le Tribunal s'est appuyé sur une décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Hadžihasanović*¹⁵⁸.

75. Dans une décision de 2010 portant sur le statut de l'entreprise criminelle commune dans le droit international coutumier, la Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, faisant tout d'abord référence à l'Article 38,

¹⁵² *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (voir *supra* la note 151), par. 18.

¹⁵³ *Ibid.*, par. 19.

¹⁵⁴ *Ibid.*, par. 49, citant Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 16, et ajoutant la phrase du même auteur selon laquelle «le nombre d'États nécessaire pour créer une norme de droit coutumier varie en fonction du nombre d'États ayant des pratiques contraires à cette norme, et que même une pratique suivie par un très petit nombre d'États peut donner naissance à une norme de droit coutumier s'il n'existe pas de pratique contraire» (p. 18).

¹⁵⁵ *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (voir *supra* la note 151), par. 50. Voir aussi l'opinion dissidente du juge Robertson, p. 14 à 19.

¹⁵⁶ *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, arrêt du 28 mai 2008.

¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 405. Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 43, par. 74.

¹⁵⁸ *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa* (voir *supra* la note 156), par. 390. Voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et Amir Kubura*, affaire n° IT-01-47-AR73.3, Chambre d'appel, décision relative à l'appel interlocutoire conjoint interjeté par la défense contre la décision de la Chambre de première instance relative aux demandes d'acquiescement introduites en vertu de l'article 98 *bis* du règlement, arrêt du 11 mars 2005, par. 30 et 38.

paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice puis aux affaires des *Pêcheries*¹⁵⁹ et du *Plateau continental de la mer du Nord*, a fait la déclaration suivante :

La Chambre préliminaire rappelle qu'une juridiction qui est appelée à considérer l'état du droit international coutumier pour déterminer l'existence de tel crime ou de telle forme de responsabilité doit vérifier l'existence et la nature « commune, uniforme et concordante » de la pratique ou de l'*opinio juris* des États en la matière. Cela signifie que ce que les États font et disent représente le droit. Une abondante pratique ne suffit pas, habituellement, à présumer de l'existence d'une *opinio juris* : « 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 ».¹⁶⁰

La Chambre s'est ensuite appuyée sur des instruments internationaux, des affaires internationales et des textes faisant autorité pour déterminer que certaines catégories d'entreprise criminelle commune « étaient des formes reconnues par le droit international coutumier au moment des faits incriminés dans l'affaire 002 ». En ce qui concerne la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, la Chambre préliminaire a noté qu'il n'existait pas d'éléments « suffis[ants] [pour] établir que cette troisième catégorie relevait d'une pratique de d'une *opinio juris* constantes des États [pour pouvoir conclure que cette pratique était reconnue comme norme de droit international coutumier] au moment des faits concernés par le dossier n° 002 ».¹⁶¹ La Chambre de première instance a « souscrit fondamentalement » à cette constatation¹⁶² et, ayant procédé à sa propre analyse des affaires internationales, a estimé que les « co-procureurs [n'étaient] pas parvenus à établir que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune faisait partie du droit international coutumier entre 1975 et 1979 ».¹⁶³

76. Le Tribunal spécial pour le Liban, constatant qu'« une règle coutumière s'est développée dans la communauté internationale en matière de terrorisme », a estimé que, pour affirmer qu'une telle règle existe, il fallait « démontrer que la pratique exigée et l'*opinio juris seu necessitatis* sont réunies, à savoir l'opinion juridique selon laquelle il est nécessaire et de fait obligatoire de juger et de punir les auteurs d'actes de terrorisme ».¹⁶⁴ En invoquant la « notion de coutume internationale, telle qu'exposée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau*

*continental*¹⁶⁵ », le Tribunal a, en introduction de son analyse des éléments pertinents, déclaré ce qui suit : « Comme on le verra, un certain nombre de traités, de résolutions des Nations Unies, et de pratiques législatives et judiciaires étatiques manifestent la formation d'une *opinio juris* générale au sein de la communauté internationale, suivie par une pratique conforme à cette *opinio*, dont il résulte qu'une règle coutumière de droit international relative au crime international de terrorisme, au moins *en temps de paix*, s'est effectivement dégagée ».¹⁶⁶ Il a ajouté que « pour établir au-delà de tout doute l'existence d'une règle coutumière de droit international[,] [i]l convient notamment d'examiner le comportement des États, prenant la forme d'accords relatifs à des traités internationaux dont la portée va au-delà de l'objet qu'ils visent à atteindre, de résolutions adoptées par d'importantes instances intergouvernementales comme l'Organisation des Nations Unies, et se traduisant également par la mise en œuvre par les États de lois nationales spécifiques et de décisions rendues par les tribunaux nationaux ».¹⁶⁷ Après avoir procédé à un examen détaillé de ces « éléments », le Tribunal a conclu qu'on pouvait dire « qu'il existe une pratique constante concernant la répression des actes de terrorisme, tels que communément définis, à tout le moins quand ces actes sont commis en temps de paix ; en outre, cette pratique fournit la preuve que les États ont la conviction que la répression du terrorisme répond à une nécessité sociale (*opinio necessitatis*), et est en conséquence rendue obligatoire par l'existence d'une règle qui l'exige (*opinio juris*) ».¹⁶⁸

77. Les organes de règlement des différends de l'OMC ont eu, de temps à autre, à se pencher sur la question de l'identification de règles du droit international coutumier.¹⁶⁹ Les affaires dans lesquelles cela s'est produit montrent que, pour déterminer si une certaine règle de droit international coutumier s'était formée, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel accordaient une importance fondamentale aux éléments classiques de la coutume que sont la pratique étatique et l'*opinio juris*, même s'ils ont généralement évité de procéder à leur propre analyse de ces éléments.

¹⁶⁵ Ibid., par. 102.

¹⁶⁶ Ibid., par. 85.

¹⁶⁷ Ibid., par. 87.

¹⁶⁸ Ibid., par. 102.

¹⁶⁹ L'examen de la mesure dans laquelle les organes de règlement des différends de l'OMC peuvent appliquer les règles de la coutume internationale dépasse le cadre de la présente étude. On pourra se reporter à cet égard au rapport du Groupe spécial, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1^{er} mai 2000, par. 7.96 (où le Groupe dit : « En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent au traité de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC »); voir également Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, p. 13 à 21; Pauwelyn, « The role of public international law in the WTO: how far can we go? », p. 542 et 543; Mohd Zin et Kazi, « The role of customary international law in the World Trade Organization (WTO) disputes settlement mechanism », p. 245 à 248; Lindroos et Mehling, « Dispelling the chimera of “self-contained regimes”: international law and the WTO », p. 869 à 873; Palmeter et Mavroidis, « The WTO legal system: sources of law »; et observations de Joel P. Trachtman sur les commentaires de Joost Pauwelyn, « The jurisdiction of the World Trade Organization is limited to trade », *The American Society of International Law, Proceedings of the 98th Annual Meeting*, Washington, 2004, p. 139 à 142.

¹⁵⁹ *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 116.

¹⁶⁰ Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, dossier n° 002/19-09-2007-CETC-CP/BCJI (CP38), décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 53.

¹⁶¹ Ibid., par. 77; ici, la Chambre préliminaire a examiné les éléments sur lesquels le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'était fondé dans l'arrêt *Tadić* et a estimé qu'ils « ne constitu[ient] pas une assise suffisamment solide pour conclure à l'existence de l'entreprise criminelle commune élargie en droit international coutumier à l'époque des faits intéressants le dossier n° 002 » (par. 83). Voir également les paragraphes 75 et 76 ainsi que les paragraphes 78 à 82.

¹⁶² Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, dossier n° 002/19-09-2007/ECCC/TC, décision relative à l'applicabilité de la théorie de l'entreprise criminelle commune devant les CETC, 12 septembre 2011, par. 29.

¹⁶³ Ibid., par. 38.

¹⁶⁴ Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/1, décision préjudicielle sur le droit applicable: terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, Chambre d'appel, 16 février 2011, par. 102 et 104.

a) Dans l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, l'Organe d'appel s'est appuyé sur des arrêts de la Cour internationale de Justice, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ainsi que sur la doctrine des internationalistes, pour affirmer que la «règle générale d'interprétation» énoncée dans la Convention de Vienne de 1969 était «devenue une règle du droit international coutumier ou général»¹⁷⁰. Dans l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, l'Organe d'appel s'est contenté de déclarer qu'il «ne fait aucun doute que l'article 32 de la Convention de Vienne, qui traite du rôle des moyens complémentaires d'interprétation, [...] est également devenu une » règle du droit international coutumier ou général, tout en citant abondamment la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans la note correspondante¹⁷¹.

b) Dans l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, l'Organe d'appel s'est penché sur la question de savoir si le principe de précaution était devenu «un principe général du droit international coutumier» (avant de finalement décider qu'il était superflu qu'il prenne position en la matière) et relevé que le «statut du principe de précaution dans le droit international continue de faire l'objet de débats parmi les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de loi et les juges». Dans la note correspondante, il a cité une série d'auteurs défendant ou réfutant l'idée selon laquelle la pratique des États était suffisamment développée pour donner naissance à une règle de droit international coutumier. Il a également fait observer que la Cour internationale de Justice n'avait pas estimé que ce principe faisait partie des normes qui devaient être prises en considération¹⁷².

c) Dans l'affaire *Corée – Mesures affectant les marchés publics* (dont l'Organe d'appel n'a pas été saisie), le Groupe spécial a expliqué, au sujet de l'article 48 de la Convention de Vienne de 1969, que la notion d'erreur relative à un traité «est apparue dans le droit international coutumier par le biais de la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de Justice» avant d'être codifiée par la Convention et que «[p]uisque cet article est tiré en grande partie de la jurisprudence des juridictions pertinentes, la [Cour permanente de Justice internationale] et la [Cour internationale de Justice], il n'est guère douteux qu'il représente actuellement le droit international coutumier»¹⁷³. Dans une note, le Groupe a également déclaré que l'article 65 de la Convention «ne semble pas faire partie des dispositions de la Convention de Vienne qui appartiennent maintenant au droit international coutumier», se contentant toutefois en guise d'explication de citer une affaire de la

Cour européenne de justice, dans laquelle celle-ci a fait également une déclaration très succincte¹⁷⁴.

78. Dans d'autres affaires, les organes de l'OMC se sont prononcés sur l'existence de règles de droit international coutumier sans toutefois donner d'explications ou citer de références à cet effet. Ainsi, dans l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, l'Organe d'appel a indiqué que, «en droit international coutumier ou suivant la pratique des tribunaux internationaux, [il] ne [voit] rien qui empêche un Membre de l'OMC de déterminer la composition de sa délégation dans la procédure de l'Organe d'appel»¹⁷⁵.

79. La jurisprudence des tribunaux arbitraux interétatiques, des tribunaux arbitraux constitués en application de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, des tribunaux ad hoc, comme le Tribunal des différends irano-américains ou la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, et des tribunaux arbitraux chargés de juger des affaires d'investissement¹⁷⁶, devra également être examinée aux fins de l'étude du présent sujet.

2. JURIDICTIONS RÉGIONALES

80. Il arrive aussi assez souvent que des juridictions régionales soient amenées à se prononcer sur l'existence d'une règle de droit international coutumier, en particulier en rapport avec l'interprétation et l'application des traités qu'elles sont chargées de faire respecter.

81. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 2009 sur l'interprétation de l'article 55 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a notamment dû se prononcer sur la question de savoir si le droit de nommer des juges ad hoc dans les affaires contentieuses introduites par une requête individuelle avait acquis le statut de norme coutumière. Partant de la définition de la coutume internationale donnée à l'Article 38, paragraphe 1 b, du Statut de la Cour internationale de Justice, la Cour s'est fondée sur plusieurs affaires de la Cour internationale de Justice et la doctrine de publicistes pour déclarer ceci :

À cet égard, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice ainsi que la doctrine internationale ont indiqué que cette source de droit se composait de deux éléments : un élément objectif, qui est l'existence d'une pratique généralisée, constante et uniforme des États (*usus* ou *diuturnitas*), et un élément subjectif, qui est la conviction qu'ont les États que ladite pratique constitue une norme juridique (*opinio juris sive necessitatis*)¹⁷⁷.

¹⁷⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, p. 18 et 19.

¹⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, p. 12 et note 17.

¹⁷² Rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, par. 123.

¹⁷³ Rapport du Groupe spécial, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1^{er} mai 2000, par. 7.123 ; voir également le paragraphe 7.126.

¹⁷⁴ *Ibid.*, par. 7.126, note 769 (où il cite *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, affaire C-162/96, arrêt du 16 juin 1998, *Recueil de jurisprudence* 1998, p. I-3655, à la page I-3708, par. 59).

¹⁷⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, par. 10 (où il se réfère à une décision antérieure datée du 15 juillet 1997).

¹⁷⁶ Voir également Cai, «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law» ; et Milano, «The investment arbitration between Italy and Cuba: the application of customary international law under scrutiny».

¹⁷⁷ Article 55 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, avis consultatif OC-20/09 du 29 septembre 2009, Série A n° 20, p. 54 et 55, par. 48.

82. Il est également arrivé que la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme appliquent des règles de droit international coutumier¹⁷⁸. Ainsi, dans la décision sur la recevabilité qu'elle a rendue dans l'affaire *Van Anraat c. Pays-Bas*, la Cour européenne des droits de l'homme a, après avoir longuement cité les affaires *Plateau continental de la mer du Nord* et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*¹⁷⁹, déclaré ceci :

Il est possible qu'une disposition conventionnelle devienne du droit coutumier international, pour autant qu'elle possède un caractère fondamentalement normatif qui lui permette, tout au moins potentiellement, de donner naissance à une règle de droit générale, qu'elle s'appuie sur une pratique étatique abondante et qu'il soit avéré que cette pratique est considérée comme obligatoire et imposée par une règle de droit (*opinio juris sive necessitatis*)¹⁸⁰.

3. JURIDICTIONS INTERNES

83. Le Rapporteur spécial continue d'interroger l'approche suivie par les juridictions internes pour identifier des règles de droit coutumier international, et tente de recueillir des informations sur ce sujet, en particulier en prévision de son deuxième rapport, qu'il mettra en chantier début 2014. L'abondante doctrine sur le sujet fournit de précieuses informations¹⁸¹.

84. De nombreux enseignements peuvent certainement être tirés de la manière dont les juridictions internes procèdent, mais il convient de garder à l'esprit que chacune d'entre elles opère dans les limites de son propre ordre (constitutionnel) interne et que l'application qu'elle peut faire du droit international coutumier est déterminée par le droit interne. En outre, les juges ne sont pas forcément des spécialistes du droit international public, et n'ont peut-être même pas reçu de formation en la matière, et peuvent être enclins à suivre la position de leur État quant à la reconnaissance de telle ou telle règle de droit international coutumier, sans compter qu'ils peuvent hésiter (peut-être à bon escient) à faire œuvre de développement du droit¹⁸².

¹⁷⁸ Voir les interventions du juge Malenovský, de la Cour de justice de l'Union européenne, dans «Le juge et la coutume internationale: perspective de l'Union européenne et de la Cour de justice», et du juge Ziemele, de la Cour européenne des droits de l'homme, dans «Customary international law in the case law of the European Court of Human Rights – The method».

¹⁷⁹ *Van Anraat v. The Netherlands*, n° 65389/09, décision sur la recevabilité, 6 juillet 2010, par. 35 et 36 et 87 à 92.

¹⁸⁰ *Ibid.*, par. 88.

¹⁸¹ Voir, par exemple, Stirn, Président de la section du contentieux du Conseil d'État (France), «La place de la coutume internationale en droit public français», et Paulus, juge à la Cour constitutionnelle fédérale (Allemagne), «The judge and international custom» [voir également *Non-State Actors and International Law*, 4 (2004)]; et Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*.

¹⁸² Lord Hoffman, dans ses conclusions devant la Chambre des lords dans les affaires *Jones et Mitchell*, s'est appuyé sur des commentaires de l'arrêt *Ferrini* de la Cour suprême italienne, laissant entendre que celle-ci avait «fait primer les valeurs incarnées par l'interdiction de la torture sur les valeurs et les règles de l'immunité de l'État», et déclaré que, «si cette affaire avait porté sur le droit interne, cette position aurait probablement été qualifiée de "militante" par certains alors qu'elle rentrait parfaitement dans le cadre de la fonction judiciaire, mais [que] la même approche ne pouvait être suivie en droit international puisque celui-ci reposait sur le commun accord des pays et [qu']il n'appartenait donc pas à une juridiction interne de "développer" le droit international en adoptant, de manière unilatérale, une version de ce droit qui, aussi souhaitable, prospective et empreinte de valeurs qu'elle soit, ne serait

85. Il est utile à ce stade de se référer à un certain nombre de décisions notoires qui ont trait au sujet considéré. L'examen de ces décisions montre que, d'une manière générale, les juridictions internes¹⁸³ suivent la méthode employée par la Cour internationale de Justice.

a) Les juridictions du Royaume-Uni ont cherché à identifier des règles de droit international coutumier à de nombreuses reprises. Elles ont généralement eu tendance à suivre la méthode de la Cour internationale de Justice, mais se sont rarement étendues sur la question dans leurs décisions¹⁸⁴. Dans une affaire récente, un juge de la Haute Cour (suivant en cela la position du Gouvernement) a considéré que l'interdiction de la torture était une règle de *jus cogens* et cité à cet effet l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, sans toutefois pouvoir établir l'existence d'une règle de droit international coutumier interdisant l'application en droit interne d'une règle de prescription aux actions civiles¹⁸⁵. Pour parvenir à cette conclusion, le juge McCombe s'est appuyé sur une décision qu'il avait rendue antérieurement dans la même affaire, où il avait déclaré que, «[p]our établir l'existence d'une règle de droit international coutumier (comme celle dont le requérant affirmait l'existence), il conv[enait] de prouver que la pratique étatique pertinente était "fréquente et pratiquement uniforme" (*Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 44, par. 74 et 77)»¹⁸⁶. Dans l'affaire *R. c. Jones (Margaret)*, la Chambre des lords a considéré qu'à la fin du XX^e siècle l'agression était devenue un crime de droit international coutumier et, pour parvenir à cette conclusion, Lord Bingham s'est fondé sur toute une série de documents qu'il estimait être des «sources clefs»¹⁸⁷, comme des projets de traités, des résolutions d'organisations internationales, les travaux de la Commission du droit international, l'arrêt de 1986 relatif aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* de la Cour internationale de Justice et la doctrine de Brownlie¹⁸⁸.

tout simplement pas acceptée par les autres États] » [*Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya; Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya* (2006) UKHL 26, par. 63]. À l'inverse, d'autres ont estimé que les juges internes avaient un rôle important à jouer dans le développement du droit international coutumier (Roberts, «Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law»).

¹⁸³ Wildhaber et Breitenmoser, «The relationship between customary international law and municipal law in Western European Countries», p. 163.

¹⁸⁴ Par exemple, dans une affaire portant sur les règles du droit international coutumier applicables aux missions spéciales, la cour divisionnaire s'est bornée à noter que les parties s'étaient mises d'accord pour que, «conformément à la coutume internationale, M. Khurts Bat bénéficie de l'inviolabilité de sa personne et d'une immunité de juridiction, pour autant que le Royaume-Uni donne son consentement préalable, lorsqu'il se rendrait en mission spéciale dans ce dernier pays pour le compte de la Mongolie»: *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court*, (2011) EWHC 2029 (Admin); All ER (D) 293; ILR, vol. 147 (2012), par. 22.

¹⁸⁵ *Mutua and others v. The Foreign and Commonwealth Office*, [2012] EWHC 2678 (QB), par. 154 à 159.

¹⁸⁶ *Mutua and others v. The Foreign and Commonwealth Office*, [2011] EWHC 1913 (QB), par. 87.

¹⁸⁷ [2006] UKHL 16; [2007] 1 AC 136, par. 13.

¹⁸⁸ *Ibid.*, par. 13 à 19. Voir également *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport*, [2004] UKHL 55, par. 23 (Lord Bingham); *Binyan Mohamed* [2009] 1 W.L.R. 2579, p. 164 (Lord Bingham).

b) Dans l'affaire *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor* (2010), la Cour suprême de Singapour a déclaré que la pratique étatique n'était pas suffisamment abondante et uniforme pour soutenir l'assertion selon laquelle la peine de mort automatique était une peine inhumaine au regard du droit international coutumier actuel¹⁸⁹. Citant le Statut de la Cour internationale de Justice et plusieurs arrêts de la Cour pour déterminer les règles de l'identification du droit international coutumier, la Cour a expliqué qu'une règle n'acquiescerait le statut de coutume internationale que lorsqu'on était en présence d'une pratique abondante et quasiment uniforme de tous les États fondée sur l'*opinio juris*¹⁹⁰. Elle a également expliqué que les décisions judiciaires et la doctrine pouvaient servir de « moyens subsidiaires pour établir l'existence d'une coutume internationale¹⁹¹ ».

c) Dans l'affaire *Winicjusz v. Federal Republic of Germany*, la Cour suprême polonaise a été amenée à se demander si le droit international coutumier prévoyait une dérogation à l'immunité de l'État pour des faits dommageables commis par des forces armées sur le territoire de l'État du for. Elle a expliqué que l'existence d'une règle de droit international coutumier devait être établie sur la base de l'Article 38, paragraphe 1 b, du Statut de la Cour internationale de Justice, ce qui voulait dire que deux conditions devaient être réunies,

1) la répétition généralisée par les États des mêmes comportements durant un laps de temps donné (pratique étatique) et 2) le sentiment que ce comportement était dicté par une obligation juridique (*opinio juris*). [...] un certain nombre d'instruments juridiques pertinents peuvent être utilisés pour établir l'existence d'une telle règle, au nombre desquels la Convention européenne sur l'immunité des États (la « Convention de Bâle »), les conventions des Nations Unies, la jurisprudence des juridictions internationales, les décisions des juridictions internes, le droit étranger et la doctrine¹⁹².

S'appuyant sur un nombre considérable d'informations, la Cour a finalement déclaré qu'une règle de droit international coutumier introduisant une dérogation à l'immunité des États en cas de violation grave des droits de l'homme (y compris en période de conflit armé) n'avait pas encore vu le jour car « cette pratique était loin d'être universelle¹⁹³ », mais que, au vu de la pratique de certains États, il se pouvait qu'une nouvelle dérogation de ce type soit en cours de formation.

d) Dans l'affaire *Kaunda and others v. President of the Republic of South Africa and others* (2004), la Cour constitutionnelle sud-africaine s'est appuyée sur

¹⁸⁹ *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, ILR, vol. 43, p. 418, par. 98. Citant abondamment une étude détaillée sur la peine de mort dans le monde, la Cour a expliqué que « même si la plupart des États de la communauté internationale n'impos[ai]ent pas la peine de mort automatique pour trafic de drogues, cela ne [voulait] pas dire que l'interdiction de la peine de mort automatique [était] une règle de droit international coutumier car le fait qu'une majorité d'États suive une règle particulière ne [voulait] pas dire qu'on [était] en présence d'une pratique abondante et quasiment uniforme suivie par tous les États » (p. 417, par. 96).

¹⁹⁰ Ibid., p. 418, par. 98.

¹⁹¹ Ibid., p. 417, par. 97.

¹⁹² *Winicjusz v. Federal Republic of Germany*, Cour suprême (chambre civile), affaire n° CSK 465/09, 29 octobre 2010; voir également *Polish Yearbook of International Law*, vol. 30 (2010), p. 299 à 303.

¹⁹³ Ibid., p. 303.

un rapport de la Commission du droit international pour affirmer que, d'après la pratique généralisée des États, la protection diplomatique n'avait pas le statut de droit de l'homme et qu'il n'existait donc pas de règle de ce type en droit international coutumier¹⁹⁴. Le juge Ngcobo a précisé, dans une opinion individuelle, ce qui suit :

148. L'une des plus grandes ironies du droit international coutumier est qu'il émane de la pratique des États, mais qu'il arrive que les États refusent de reconnaître l'existence d'une règle de droit international coutumier au motif qu'une certaine pratique n'est pas suffisamment développée pour donner naissance à une telle règle et empêchent ainsi cette pratique d'accéder au statut de coutume internationale.

149. La pratique consistant à obliger un État à offrir sa protection diplomatique à l'un de ses nationaux lésés ou risquant de l'être par le fait d'un État étranger, si ce national en fait la demande, est la victime de cette ironie. De nombreux pays ont inscrit cette obligation dans leur constitution, mais le fait de conférer à cette pratique le caractère de règle du droit international coutumier continue de rencontrer une certaine résistance. Cette question relève désormais du développement progressif du droit international¹⁹⁵.

e) L'affaire *Paquete Habana* (1900) continue d'être la référence dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis pour savoir quelles sont les sources sur lesquelles elle se fonde pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier. Pour parvenir à la conclusion qu'« un usage séculaire des nations civilisées, qui voulait que les bateaux de pêche côtière, ainsi que leur cargaison et leur équipage, ne puissent être capturés comme prise de guerre puisqu'ils avaient pour vocation de capturer et ramener du poisson frais, avait progressivement donné naissance à une règle de droit international », la Cour a analysé « l'origine historique de la règle, depuis les sources les plus anciennes, et en a retracé toute l'évolution, avec les retours en arrière occasionnels, pour finalement décréter qu'elle avait abouti à sa forme définitive¹⁹⁶. Elle a, pour ce faire, passé en revue les actes des gouvernements (décrets, traités ou jugements) ainsi que « la doctrine et les travaux de juristes, qui, grâce à des années de labeur, de recherches et d'expérience, s'étaient familiarisés avec les sujets sur lesquels ils écrivaient [...] et pouvaient donc former une opinion fiable sur l'état du droit¹⁹⁷ », et s'est finalement prononcée à l'issue de l'« examen de la jurisprudence et de la doctrine en la matière¹⁹⁸ ».

f) En 2007, la Cour suprême salvadorienne a abordé la question de la formation du droit international coutumier dans une affaire portant sur la constitutionnalité d'un article du Code de travail salvadorien au regard du droit à un salaire minimum. Dans le cadre de son examen de la valeur juridique d'une déclaration internationale par rapport à un traité international, la Cour a relevé ceci :

Les déclarations internationales ont une fonction normative indirecte, dans la mesure où elles proposent une conduite souhaitable sans toutefois l'imposer. Ce faisant, elles anticipent une *opinio juris* par laquelle les États se sentent liés et qui, à moyen ou long terme, aboutit à la formation d'une coutume internationale. Sans être contraignantes, les déclarations internationales jouent ainsi un rôle important dans la formation de sources obligatoires du droit international, que ce soit en

¹⁹⁴ *Kaunda and others v. President of the Republic of South Africa and others*, affaire n° CCT 34/04, 4 août 2004, ILR, vol. 136, p. 462 et 463, par. 25 à 29.

¹⁹⁵ Ibid., p. 496.

¹⁹⁶ *Paquete Habana, United States Reports*, vol. 175 (1900), p. 686.

¹⁹⁷ Ibid., p. 700.

¹⁹⁸ Ibid., p. 708.

anticipant le caractère obligatoire d'une certaine pratique étatique ou en promouvant la conclusion d'un traité fondé sur certaines recommandations [qui y sont formulées]¹⁹⁹.

g) Dans l'affaire *Margellos and Others v. Federal Republic of Germany* (2002), la Cour suprême grecque s'est référée à l'Article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice et a déclaré ce qui suit :

Pour établir l'existence de telles règles [c'est-à-dire des règles de droit international généralement acceptées], il est nécessaire d'établir l'existence d'une pratique généralisée montrant que les membres de la communauté internationale [sic] avaient accepté que la règle en question avait acquis un caractère obligatoire²⁰⁰.

Elle a également fait remarquer que

pour établir l'existence d'une telle règle, il convenait de se fonder sur les sources pertinentes, telles que les conventions internationales, les actes et correspondances des organisations internationales, les décisions des juridictions internationales et nationales, les textes de loi des États, la correspondance diplomatique, la doctrine des organisations internationales et des États et les textes codifiés des organisations internationales et des commissions et instituts du droit international. Ces données devaient être examinées individuellement et dans leur totalité²⁰¹.

Au vu de toutes les informations que lui avait communiquées l'Institut hellénique de droit international et étranger, des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour internationale de Justice, des instruments internationaux, tels que les textes produits par la Commission, de la jurisprudence des tribunaux internes, de la législation des États et de la doctrine, la Cour a estimé que, à l'époque, l'état de développement du droit international faisait que l'État allemand jouissait d'une immunité de juridiction pour les faits dommageables commis par des forces armées allemandes (en l'espèce, ceux qui auraient été commis dans un village grec en 1944)²⁰².

h) Dans l'affaire *Argentine Necessity* (2007), la Cour constitutionnelle fédérale allemande a été amenée à se prononcer sur la question de savoir s'il existait une « règle générale de droit international²⁰³ » qui permette à un État d'invoquer l'état de nécessité décrété en raison d'une impossibilité de payer pour refuser temporairement de faire droit aux demandes de paiement introduites par des particuliers sur le fondement du droit privé. Elle a commencé par rappeler qu'une règle n'avait la qualité de coutume internationale ou de principe général du droit que lorsqu'il en était ainsi d'après le droit international, qui seul pouvait préciser quelles étaient les caractéristiques

d'une source de droit international²⁰⁴. Elle a ensuite expliqué ce qui suit :

L'invocation de l'état de nécessité est admise en droit international coutumier dans les rapports juridiques exclusivement régis par le droit international, mais rien ne prouve l'existence d'une pratique étatique fondée sur l'*opinio juris sive necessitatis* qui permette d'étendre la justification de l'état de nécessité aux rapports régis par le droit privé impliquant des créanciers privés²⁰⁵.

Pour étayer ses deux propositions, la Cour s'est appuyée sur des documents juridiques internes et internationaux, du type travaux de la Commission sur la responsabilité de l'État (en particulier le projet d'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁰⁶, considérant qu'il s'agissait du droit international coutumier applicable d'après la doctrine et l'avis des cours et tribunaux internationaux²⁰⁷), arrêts de la Cour internationale de Justice et d'autres tribunaux internationaux, jurisprudence des juridictions internes et doctrine²⁰⁸. La Cour a montré que l'existence d'une pratique étatique suffisamment uniforme devait être établie afin de conclure à l'existence d'une norme de droit international coutumier²⁰⁹.

D. Travaux d'autres organes

86. Comme la Commission du droit international, l'Association de droit international et l'Institut de droit international, tous deux créés en 1887, se sont penchés sur la formation du droit international coutumier dans le cadre de leurs travaux. Et, comme elle, ils n'ont que rarement été amenés à s'attaquer directement aux problèmes soulevés par cette question (l'Association ayant toutefois mené des travaux sur ce sujet de 1984 à 1986 et en 2000, ainsi qu'il est exposé aux paragraphes 89 à 91 plus bas).

87. Aux termes de ses Statuts, l'Institut a pour but de « favoriser le progrès du droit international²¹⁰ ». Entre autres sujets, il s'est récemment penché sur les problèmes découlant d'une succession de conventions de codification, notamment au regard des relations entre droit

²⁰⁴ Ibid., p. 10.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76.

²⁰⁷ *Argentine Necessity*, affaire n° 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, 8 mai 2007, ILR, vol. 138, p. 11.

²⁰⁸ Ibid. Pour parvenir à la conclusion que l'analyse de la jurisprudence interne sur la question de l'état de nécessité n'était pas concluante car les décisions étaient trop divergentes pour affirmer que l'invocation de l'état de nécessité dans les rapports régis par le droit privé était consacrée par la coutume (p. 17), la Cour s'est fondée sur un rapport d'expert examinant la pratique des juridictions nationales sur la question au lieu de mener sa propre analyse.

²⁰⁹ Ibid. On retrouve une référence à la centralité de la pratique étatique dans l'opinion dissidente du juge Lubbe-Wolff [où il fait référence aux preuves de la pratique étatique, sur laquelle se fonde la validité de l'état de nécessité en droit coutumier (p. 26)].

²¹⁰ Institut de droit international, voir l'*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. I (1877), p. 1, et le site Web de l'Institut: www.idi-iil.org. L'article 1 des Statuts de l'Institut dispose notamment que l'Institut a pour but de « favoriser le progrès du droit international : a) en travaillant à formuler les principes généraux de la science de manière à répondre à la conscience juridique du monde civilisé; b) en donnant son concours à toute tentative sérieuse de codification graduelle et progressive du droit international; c) en poursuivant la consécration officielle des principes qui auront été reconnus comme étant en harmonie avec les besoins des sociétés modernes [...] ».

¹⁹⁹ Cour suprême, affaire n° 26-2006 (12 mars 2007), p. 14 et 15 (partie VI.2.A).

²⁰⁰ *Margellos and Others v. Federal Republic of Germany*, arrêt n° 6/2002, 17 septembre 2002, ILR, vol. 129, p. 528, par. 9 (l'expression « communauté internationale » n'est pas une traduction fidèle de l'original; la traduction exacte devrait être « ordre juridique international »).

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid., p. 529 à 533, par. 12 à 15. Dans le dispositif, la Cour a estimé qu'il existait une règle de droit international généralement acceptée qui voulait qu'un État étranger ne puisse être poursuivi devant les juridictions d'un autre État pour réparation d'un préjudice causé dans l'État du for à la commission duquel les forces armées de l'État défendant auraient participé, d'une manière ou d'une autre, que ce soit en temps de guerre ou de paix (p. 533).

²⁰³ *Argentine Necessity*, affaire n° 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, 8 mai 2007, ILR, vol. 138, p. 1. L'expression « règles générales du droit international » est une expression utilisée à l'article 25 de la Loi fondamentale de la République fédérale allemande; elle englobe le droit international coutumier et les principes généraux de droit.

conventionnel et droit coutumier. Sa conclusion 2 (« Effet des dispositions de codification ») est libellée comme suit :

Une convention de codification peut contenir des dispositions (ci-après dénommées « dispositions de codification ») qui sont déclaratoires d'une coutume internationale, ou qui servent à cristalliser des règles de droit coutumier, ou qui peuvent contribuer à la création de nouvelles règles de droit coutumier conformément aux critères dégagés par la Cour internationale de Justice²¹¹.

88. L'Institut s'est également penché sur l'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels²¹². Les conclusions qu'il a formulées concernant « [la] fonction ou [la] vocation normative » des résolutions de l'Assemblée générale sont d'un grand intérêt au regard du présent sujet.

89. Les travaux menés par l'Association de droit international en 1984-1985 et en 2000 ont abouti à l'adoption, en 2000, de la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général (assortie de commentaires)²¹³. Cette déclaration, qui comporte 33 principes assortis de commentaires, a suscité dès le départ aussi bien l'enthousiasme que la critique²¹⁴.

90. Le Comité de l'Association chargé d'examiner la question de la formation du droit international coutumier général, composé de membres éminents, a d'abord été présidé par M. Zemanek (Autriche) puis, à partir de 1993, par M. Mendelson (Royaume-Uni), qui en avait précédemment été le Rapporteur. Le premier rapport du Rapporteur, publié en 1986, dressait une liste de questions qui restent toujours d'actualité, proposait une approche de la question des modes de formation de la coutume et contenait un appendice consacré à la formation du droit international sous l'angle empirique²¹⁵. Le deuxième rapport, publié en 1988, contenait un appendice consacré à la terminologie, et notamment à la définition de l'expression « droit international coutumier général »²¹⁶. Les troisième et quatrième rapports traitaient respectivement de l'élément subjectif et de l'élément objectif du droit international coutumier²¹⁷.

²¹¹ Ibid., vol. 66-II (session de Lisbonne, 1995), p. 436, « Problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur un même sujet », résolution adoptée le 1^{er} septembre 1995; voir aussi les conclusions 10, 12 et 13, p. 440 et 442, et les rapports de la Première Commission (Rapporteur: Sir Ian Sinclair).

²¹² Ibid., vol. 62-II (session du Caire, 1987), p. 65, « L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative », résolution adoptée le 17 septembre 1987; voir aussi ibid., vol. 61-I (session d'Helsinki, 1985), les rapports de la Treizième Commission (Rapporteur: Krzysztof Skubiszewski), p. 29.

²¹³ Déclaration de Londres (voir *supra* la note 30); voir *Report of the Sixty-Ninth Conference, 2000*, p. 39 et 712 à 777. Pour le débat en plénière, voir ibid., p. 922 à 926.

²¹⁴ Voir le compte rendu des travaux menés par le Comité à sa séance de travail du 28 juillet 2000, ibid., p. 778 à 790.

²¹⁵ Appendice au premier rapport du Rapporteur, « Formation of International Law and the Observational Standpoint » (« Formation du droit international et point de vue d'observation »), Association de droit international, *Report of the Sixty-Third Conference held at Warsaw, August 21st to August 27th, 1988*, p. 936.

²¹⁶ Ibid., p. 949. Voir aussi le débat qui s'est déroulé pendant la séance de travail du Comité du 26 août 1988, où de nombreux participants ont donné leur avis sur l'opportunité d'inclure le terme « général » dans le titre de la question (p. 960).

²¹⁷ Troisième rapport d'étape du Comité, *Report of the Sixty-Seventh Conference held at Helsinki, Finland, 12 to 17 August 1996*,

91. Dans son rapport final, le Comité commence par reconnaître les « difficultés inhérentes à l'établissement de règles en la matière ». Il énonce ensuite 33 principes (dont certains sont divisés en sous-principes), lesquels, avec les commentaires dont ils sont assortis, constituent la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général²¹⁸. Cette déclaration est divisée en cinq parties: I. Définitions; II. Élément objectif (pratique des États); III. Élément subjectif; IV. Rôle des traités dans la formation du droit coutumier international; et V. Rôle des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et des conférences internationales dans la formation du droit international coutumier. Y sont examinés les sujets suivants: terminologie; types d'actes qui constituent la pratique des États; définition de l'« État » au regard du concept de la pratique des États; pratique des organisations intergouvernementales; densité de la pratique; élément subjectif (*opinio juris*); rôle des traités et rôle des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et des conférences internationales. Le Rapporteur spécial évoquera au besoin dans de futurs rapports les principes et commentaires figurant dans la Déclaration et les observations qu'ils ont suscitées.

92. Le projet du CICR sur le droit international humanitaire coutumier entrepris en 1995 a abouti, près de dix ans plus tard et à l'issue de recherches approfondies et de maintes consultations, à la publication de l'étude intitulée *Droit humanitaire international coutumier*²¹⁹. Comme l'a expliqué un des auteurs, « [p]our établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, [on] a recouru à une méthode classique, définie par la Cour internationale de Justice, en particulier dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* », méthode qui a consisté à sélectionner et à recenser la pratique des États avant de l'envisager à l'aune de l'*opinio juris*²²⁰. Cette étude a donné lieu à de nombreux débats²²¹ et sa publication a suscité de vives réactions de la part tant des praticiens²²²

Londres, 1996, p. 623 à 646; quatrième rapport d'étape du Comité, *Report of the Sixty-Eighth Conference held in Taipei, 24-30 May 1998*, Londres, 1998, p. 321 à 335. Les cinquième et sixième rapports d'étape ont été incorporés au rapport final (*Report of the Sixty-Ninth Conference held in London, 25-29th July 2000*, Londres, 2000, p. 712).

²¹⁸ Voir *supra* le paragraphe 7 et la note 9.

²¹⁹ Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1: Règles, et vol. 2 (en anglais seulement): *Practice*. Voir également *supra* le paragraphe 52.

²²⁰ Henckaerts, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier: une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », p. 293; voir aussi l'introduction de l'étude.

²²¹ Wilmshurst et Breau, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*; Maybee et Chakka, *Custom as a Source of International Humanitarian Law: Proceedings of a Conference to Mark the Publication of the ICRC Study*; Tavernier et Henckaerts, *Droit international humanitaire coutumier: enjeux et défis contemporains*.

²²² Voir, par exemple, Meron, « Revival of customary humanitarian law », p. 833 et 834; Aldrich, « Customary international humanitarian law: an interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross »; Dinstein, « The ICRC customary international humanitarian law study »; Bothe, « Customary international humanitarian law: some reflections on the ICRC study »; MacLaren et Schwendimann, « An exercise in the development of international law: the new ICRC study on customary international humanitarian law »; Cryer, « Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study »; Fleck, « Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie: polarisierend oder konsensbildend? ».

que des États²²³, certains lui reprochant de ne pas avoir identifié la coutume suivant la méthode annoncée²²⁴. Elle a été vigoureusement défendue par ses auteurs²²⁵. Dans le cadre d'un partenariat avec la Croix-Rouge du Royaume-Uni, le CICR continue d'actualiser sa base de données sur la pratique de quelque 90 États²²⁶.

93. Le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* de 1987²²⁷ de l'American Law Institute établit une distinction entre « Sources de droit international » (section 102) et « Preuve du droit international » (section 103). La section 102, paragraphe 2, porte que

[l]e droit international coutumier découle de la pratique générale et constante que suivent les États par conviction d'exécuter une obligation juridique.

Les commentaires *b*, *c*, *d* et *e* de la section 102 contiennent une brève explication des propositions de base pertinentes, de même que les *reporters' notes* 2 à 5.

E. Doctrine

94. La formation et la preuve du droit international coutumier ont fait l'objet de nombreux articles et de monographies consacrées à la question dans son ensemble ou à certains de ses aspects²²⁸. De surcroît, tous les ouvrages généraux sur le droit international public traitent du sujet, fût-ce brièvement. L'objet de la présente section du rapport est simplement de souligner la variété et la richesse de la doctrine dans ce domaine, sans exprimer d'opinion sur les théories avancées.

95. Il est intéressant de noter que, depuis l'époque des auteurs classiques comme Suarez et Grotius, différentes thèses ont été proposées au regard de la formation et de

l'identification des règles de droit international coutumier. On parle parfois de la thèse « classique » et de la thèse « moderne », qui sont souvent considérées comme étant diamétralement opposées.

96. Selon la thèse classique, résultant de l'Article 38, paragraphe 1 *b*, du Statut de la Cour internationale de Justice, la formation d'une règle de droit international coutumier requiert deux éléments : *a*) la pratique générale des États ; et *b*) l'acceptation de cette pratique comme étant le droit. Le premier élément, parfois appelé élément « objectif » (ou « matériel »), a trait à une pratique cohérente, uniforme et constante de la part des États ; le second, dit « subjectif » (ou « psychologique »), également appelé *opinio juris sive necessitatis* (« opinion de droit ou de nécessité »), a trait aux motifs qui ont inspiré le comportement des États²²⁹. Selon cette thèse, dite courant de l'orthodoxie du droit international coutumier²³⁰, l'un et l'autre éléments

²²⁹ Voir, par exemple, Thirlway, « The sources of international law », p. 102 [« Selon la doctrine classique, la simple existence d'une pratique internationale constante à tel ou tel égard ne suffit pas en soi à créer une règle de droit coutumier ; un autre élément est nécessaire. Au sens du droit international classique, les règles de droit international coutumier sont issues de la combinaison de deux éléments : une pratique établie, généralisée et cohérente de la part des États, et un élément psychologique appelé *opinio juris sive necessitatis* (opinion de droit ou de nécessité), ou simplement *opinio juris* »] ; Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: A Treatise*, p. 609 (« Les éléments nécessaires sont une pratique cohérente et récurrente de plusieurs États dans le domaine des relations internationales ; la conviction que la pratique a force de loi ; et la non-contestation de la pratique par d'autres États ») ; Guzman, *How International Law Works*, p. 184 (« La définition classique du droit international coutumier est strictement doctrinaire, en ce sens qu'une norme donnée est considérée comme une règle de droit international coutumier dès lors qu'elle satisfait à deux conditions. La version la plus couramment citée de cette définition est celle qui figure à l'Article 38 du Statut de la [Cour internationale de Justice] ») ; Conforti et A. Labella, *An Introduction to International Law*, p. 31 ; Sur, *International Law, Power, Security and Justice*, p. 174 ; Von Glahn et Taulbee, *Law Among Nations*, p. 54 et 55 ; Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 55 ; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 23 ; Bederman, « Acquiescence, objection and the death of customary international law », p. 44 ; Stern, « Custom at the heart of international law », p. 91 ; Boyle et Chinikin, *The Making of International Law*, p. 41.

²³⁰ Voyiakis, « Customary international law and the place of normative considerations », p. 169 ; voir aussi, par exemple, Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 81 (« Bien que de nombreux aspects de la formation du droit international coutumier soient toujours sujets à controverse, il est presque unanimement admis que tout processus légitime doit réunir deux éléments fondamentaux : la pratique et l'acceptation que cette pratique fait loi ») ; Iwasawa, *International Law, Human Rights, and Japanese Law: The Impact of International Law on Japanese Law*, p. 35 (« Selon l'opinion dominante en droit international, les tribunaux japonais considèrent que la pratique générale des États et l'*opinio juris* sont les deux éléments constitutifs d'une règle de droit international coutumier ») ; Bernhardt, « Custom and treaty in the law of the sea », p. 265 (« D'après certains auteurs juridiques, seule la pratique compte, tandis que d'autres font valoir que le droit peut être créé "instantanément", en l'absence de pratique. Mais l'opinion prépondérante est néanmoins que la pratique et l'*opinio juris* sont les deux éléments fondamentaux du droit international coutumier ») ; Bradley et Gulati, « Withdrawing from international custom », p. 209 (« Selon la définition standard, le droit international coutumier découle de la pratique que les nations observent parce qu'elles lui prêtent un caractère juridiquement contraignant. Ainsi le droit international coutumier se compose de deux éléments. [...] C'est la définition conventionnelle ») ; Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 98 (où l'approche classique est qualifiée de « concept établi ») ; Treves, « Customary international law », p. 939, par. 8 (où l'approche classique est qualifiée d'« opinion prépondérante ») ; Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », p. 123 (« L'opinion dominante fait reposer la coutume sur deux éléments, la relation et le jeu entre ceux-ci étant seuls susceptibles de varier »).

²²³ Voir *supra* les paragraphes 48 à 53.

²²⁴ Voir, par exemple, *supra* les notes 100 et 101.

²²⁵ Henckaerts, « Customary international humanitarian law: a rejoinder to judge Aldrich » ; « The ICRC customary international humanitarian law study: a rejoinder to professor Dinstein » ; « Customary international humanitarian law: a response to US comments ».

²²⁶ Voir www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home.

²²⁷ *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul (Minnesota), American Law Institute, 1987. Voir Massey, « How the American Law Institute influences customary law: the reasonableness requirement of the restatement of foreign relations law ».

²²⁸ La Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève a établi sur le sujet une bibliographie fort utile, disponible (en anglais seulement) à l'adresse suivante : <http://libraryresources.unog.ch/legal/ILC>. Le Rapporteur spécial a l'intention d'établir une bibliographie en s'appuyant sur celle qui figure à l'annexe A du rapport de 2011 de la Commission [Annuaire... 2011, vol. II (2^e partie)], qui sera revue et augmentée au fur et à mesure que la question avance. Entre autres publications contenant des bibliographies exhaustives, on citera : Dailier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, p. 353 à 379 ; Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, p. 136 à 149 ; Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 57 à 63 ; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 23 à 30 ; Shaw, *International Law*, p. 72 à 92 ; Kuznetsov et Tuzmukhamedov, *International Law: A Russian Introduction*, p. 70 à 79 ; Cassese, *International Law*, p. 153 à 169 ; Von Glahn et Taulbee, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, p. 53 à 61 ; Sur, *International Law, Power, Security and Justice*, p. 165 à 177 ; Conforti et Labella, *An Introduction to International Law*, p. 31 à 51 ; Murphy, *Principles of International Law*, p. 92 à 101 ; Verhoeven, *Droit international public*, p. 318 à 346 ; Alland, *Droit international public*, p. 268 à 297 ; Dupuy et Kerrat, *Droit international public*, p. 360 à 372 ; Carreau et Marrella, *Droit international*, p. 301 à 324 ; Combacau et Sur, *Droit international public*, p. 54 à 75.

sont indispensables, mais il semblerait que la pratique des États prime dans la mesure où la coutume commence à se former lorsque des actes deviennent une pratique établie, pratique dont les États peuvent ensuite devenir convaincus qu'elle a force obligatoire²³¹. En d'autres termes, « il faut interroger ce que les États font dans leurs relations les uns vis-à-vis des autres, essayer d'en cerner les raisons et, en particulier, de déterminer s'ils se sentent l'obligation de procéder de telle ou telle manière²³² ». De fait, cette thèse est fidèle à la conception classique selon laquelle la formation du droit coutumier est un processus empirique, décentralisé et inductif²³³; au niveau international, le droit international coutumier se détermine par un raisonnement inductif²³⁴ à la fois centré sur les États²³⁵ et affranchi de

toutes considérations normatives indépendantes. D'aucuns estiment que donner force de loi aux seuls comportements et attentes qui sont largement acceptés au sein de la communauté internationale garantit la stabilité, la fiabilité et la légitimité du droit international coutumier²³⁶.

97. Certains critiques, cependant, ont contesté cette approche « classique » au motif qu'elle serait incohérente sur le plan de la doctrine et grevée de « mystères internes »²³⁷ qui la rendrait difficile, voire impossible à appliquer dans la pratique²³⁸. D'autres ont fait valoir que le droit international coutumier ainsi conçu était non seulement « trop lent à se développer pour suivre l'évolution des relations entre États qu'il prétendait encadrer »²³⁹,

²³¹ Schachter, « New custom: power, *opinio juris* and contrary practice », p. 531 (où est décrite « l'opinion généralement acceptée que la pratique et l'*opinio juris* sont liées »). Voir aussi, par exemple, Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 88 (« Classiquement, dans la conception du droit international coutumier, l'accent était clairement mis sur l'élément matériel, ou objectif, des deux éléments constitutifs de la coutume, à savoir la pratique des États [...], qui primait l'*opinio juris*; les actions comptaient plus que les paroles »); Fitzmaurice, « The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-54: general principles and sources of law », p. 68 (« On estime que c'est un bon principe que de considérer que, en définitive, seules les actions des États constituent une pratique, de même que seule la pratique ("constante et uniforme", comme l'a dit la Cour) fait naître un usage ou une coutume et devient ainsi une règle de droit international »); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 16 (« La pratique des États est la base du droit coutumier »); Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 26 (« La formulation du Statut de la Cour internationale de Justice met l'accent sur le fait que le fondement de cette source de droit international est la pratique des États »); D'Amato, « Trashing customary international law », p. 102; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 53; Akehurst, « Custom as a source of international law », p. 53; Tunkin, « Remarks on the juridical nature of customary norms of international law », p. 421; Roberts, « Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation », p. 758; Danilenko, « The theory of international customary law », p. 19 et 20; Petersen, « Customary law without custom? », p. 278. Mais voir Kunz, « The nature of customary international law », p. 665 (« La coutume internationale est donc un moyen de créer des normes de droit international général. C'est le droit international qui détermine quelles conditions doivent être réunies pour que la coutume donne naissance à des normes de droit international général valides. Ces conditions sont au nombre de deux, à savoir l'usage et l'*opinio juris*, et elles ont une importance égale. Cette thèse est admise par la grande majorité des auteurs et se vérifie dans la pratique des États et des tribunaux internationaux »).

²³² Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 57.

²³³ Voir, par exemple, Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, p. 34 (« Le processus de formation du droit coutumier est informel, inorganisé, non délibéré, et même en partie involontaire et fortuit [...] il est lent et sans structure »); Ted Stein dans le chapitre « Custom and treaties » de Cassese et Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, p. 12 (selon qui, classiquement, les règles du droit international découlent d'un processus « non écrit [...] inconscient [...] progressif » et « se construisent pierre par pierre à la faveur d'échanges bilatéraux, sans être coulées dans les procédures de quelque instance »); D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, p. 162 (« L'opinion classique veut que les règles de droit international coutumier se dégagent d'un processus de cristallisation par le bas qui nécessite un comportement cohérent et constant de la part d'un grand nombre d'États, lesquels doivent en outre être convaincus que ce processus cadre avec une prescription du droit international »).

²³⁴ Voir, par exemple, Condorelli, « Customary international law: the yesterday, today, and tomorrow of general international law », p. 148 (« Ces formules, judiciaires malgré leur caractère approximatif et indicatif, ont essentiellement pour objet d'expliquer le sens du terme "induction", qui désigne le fait de recueillir des éléments à partir desquels il est possible de prouver l'impact social des règles en question »).

²³⁵ Voir, par exemple, Thirlway, *International Customary Law and Codification. An examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law*, p. 58 (« Pour déterminer la pratique, il faut essentiellement établir ce que les États ont fait, ou se sont abstenus de faire, dans le domaine international »);

Benson, « François Génys's doctrine of customary law », p. 268 (« La coutume est désormais consubstantielle au processus de sa formation, lequel est expliqué du point de vue entièrement interne et indépendant des États, qui créent et reconnaissent ses règles comme ayant force de loi »); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 16 et 17 (« Ces pratiques doivent être attribuables à des États, la pratique des organisations internationales ou des praticiens ne saurait donc être prise en compte »); Baker, « Legal recursivity and international law: rethinking the customary element », p. 5 (« On a dit du droit international coutumier qu'il dépendait du consentement des États-nations, c'est pourquoi, du moins dans l'acception classique qui nous intéresse ici, il est axé sur les États »); Weisburd, « Customary international law: the problem of treaties », p. 5.

²³⁶ Voir, par exemple, De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, p. 197 (« Ce qui fait le prix de la coutume internationale et constitue sa supériorité sur les situations conventionnelles, malgré l'imprécision inhérente à son mode d'expression, c'est que, reposant sur une pratique spontanée, elle traduit une communauté de droit profondément ressentie. De là, la densité de ses règles et leur stabilité »); Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 88 et 89 (« Les règles de droit coutumier fermement établies par voie d'un raisonnement inductif basé sur les actions plutôt que sur les paroles [...] ont toujours présenté des avantages certains. Elles sont stables et solides; elles ont été soigneusement élaborées à partir d'interactions réelles et tangibles entre les États; et elles permettent de faire des prévisions raisonnablement fiables quant au comportement futur des États »); Thirlway, « The sources of international law », p. 76 (« La coutume [...] se développe lentement – quoique pas toujours aussi lentement qu'avant – mais elle est secrétée par la pratique réelle des États et traduit donc fidèlement les différents intérêts en présence et les intentions bien arrêtées »); Bederman, *Custom As a Source of Law*, p. 162.

²³⁷ Jennings, « The identification of international law », p. 4 à 6.

²³⁸ Voir par exemple Henkin, *International Law: Politics and Values*, p. 29 (« La définition est plus facile à énoncer qu'à interpréter ou à appliquer, et elle continue de soulever des questions difficiles, les unes d'ordre "opérationnel" et les autres d'ordre "conceptuel-jurisprudentiel" »); Goldsmith et Posner, « Notes toward a theory of customary international law », p. 53 (« La définition habituelle du droit international coutumier [...] soulève toujours les mêmes questions, qui restent en grande partie sans réponse »); Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, p. 130 et 131 (« La conception classique d'un droit international coutumier composé de deux parties fait problème en ce qu'elle offre cet apparent paradoxe chronologique que des États qui créent de nouvelles règles coutumières doivent s'être d'abord convaincus que ces règles existaient déjà, et que leur pratique est par conséquent conforme au droit »); Guzman et Meyer, « Customary international law in the 21st century », p. 199 (« Les critiques classiques du droit international coutumier ont fait valoir que la définition de ce droit est "circulaire", que les règles coutumières sont vagues et donc difficiles à appliquer, et que nous n'avons pas de critères qui nous permettent de juger si les deux conditions d'une règle de droit international coutumier sont remplies »); Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », p. 137 à 141; et D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 7 à 10, et p. 73 et 74.

²³⁹ Fenwick, « The sources of international law », p. 397. Voir aussi, par exemple, Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 115 (« Le droit international coutumier est tout simplement trop lent pour offrir rapidement les règles requises dans les nouveaux domaines que le droit international doit couvrir aujourd'hui »); De Visscher, « Reflections on the present prospects of international adjudication », p. 472 (« On ne saurait nier que le développement classique

mais encore fondamentalement impropre à ce faire²⁴⁰. On a également soutenu que la doctrine «classique» entraîne un grave déficit démocratique²⁴¹, que son caractère posi-

de la coutume n'est guère adapté au rythme actuel des relations internationales»; Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 124 et 125 (où l'auteur, au sujet de l'approche classique, écrit que «le droit coutumier est souvent trop lourd à manier ou simplement incommode à des moments où doivent être créées d'urgence des normes générales de droit international»); et Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, p. 121 à 124.

²⁴⁰ Voir par exemple Reisman, «The cult of custom in the late 20th century» [où l'auteur soutient que la coutume est «un anachronisme et un atavisme»] (p. 133), pose la question de savoir, «puisqu'une législation téléologique s'est révélée un moyen si important de clarifier et d'appliquer des politiques dans une civilisation industrielle et scientifique comme la nôtre, comment nous pourrions nous en passer dans une civilisation mondiale qui est bien plus complexe et diverse» (p. 134), et conclut que «les processus coutumiers de formation du droit sont incapables de résoudre les énormes problèmes auxquels fait face le monde» (p. 142 et 143)]; McGinnis, «The comparative disadvantage of customary international law», p. 11 et 12 (où l'auteur soutient que le droit international coutumier «est mal équipé, du fait de sa conception, pour promouvoir les intérêts des populations», parce qu'il est créé par des nations plutôt que par des hommes, et qu'il n'est guère «en position de produire des règles efficaces même pour les nations» en raison de l'hétérogénéité des nations qui composent la communauté internationale); Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», p. 9, 11 et 14 (où l'auteur soutient que, «d'un point de vue purement fonctionnel, la cause du droit international coutumier est difficile à défendre dans un monde westphalien», et que les inconvénients du droit international coutumier du fait de son développement trop lent pèsent plus lourd que ses avantages); Fenwick, «The sources of international law», p. 398 («Un autre défaut de la coutume comme source de droit international est son incapacité à réorganiser un système qui est vicié dans son ensemble, ou même à en réformer certaines parties dans un sens progressif et tourné vers l'avenir»); Kontorovich, «Inefficient customs in international law», p. 921 («Les règles coutumières internationales se développent dans un contexte privé des moyens qui permettent d'orienter le développement de normes collectives vers une plus grande efficacité»); Fon et Parisi, «International customary law and articulation theories: an economic analysis», p. 202 (où il est expliqué que les «résultats obtenus en faisant appel aux normes coutumières peuvent se révéler systématiquement inférieurs à ce que l'on pourrait obtenir par des normes strictement énoncées»); et Palmer, «New ways to make international environmental law», p. 266.

²⁴¹ Cet argument peut renvoyer à des aspects différents du processus démocratique dans des contextes différents (contexte international par opposition au contexte national, par exemple); voir Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law*, p. 150 («La coutume crée des problèmes particuliers en termes de légitimité démocratique, puisqu'elle n'exige pas qu'un État particulier donne son consentement à l'émergence d'une nouvelle norme coutumière ou que la majorité des États ait participé à sa formation, ou encore que seuls des États démocratiques y aient participé, ou que la pratique des États soit en accord avec la volonté de leurs populations respectives. [...] De surcroît, comme les normes coutumières n'ont pas, par définition, de définition écrite faisant autorité, c'est souvent à des acteurs non étatiques tels que des juges, des universitaires, etc., qu'il revient d'identifier, d'interpréter et, par conséquent, d'"appliquer" ces normes coutumières, sans obligation de tenir compte de l'attitude de l'État contre qui elles sont invoquées»); Schachter, «New custom: power, *opinio juris* and contrary practice», p. 536 («C'est un fait historique que l'immense corpus du droit international coutumier a été constitué par un nombre remarquablement limité d'États»); Yasuaki, «Is the International Court of Justice an emperor without clothes?», p. 20; McGinnis, «The comparative disadvantage of customary international law», p. 8 («Le droit international coutumier a un problème évident, [...] c'est qu'il souffre par définition d'un déficit démocratique»); et Dodge, «Customary international law and the question of legitimacy», p. 26 (article centré sur le système juridique des États-Unis, mais peut-être pertinent pour d'autres systèmes quand l'auteur écrit: «Pour l'essentiel, cette critique au nom de la légitimité consiste en deux arguments interdépendants, à savoir que le pouvoir qu'ils ont d'appliquer le droit international coutumier confère aux juges fédéraux une trop grande liberté – notamment pour faire passer en contrebande dans le droit américain tout ce qu'"ils considèrent comme des normes de droit international" – et que le droit international coutumier n'a pas été constitué dans le cadre d'un système politique démocratique et responsable»).

tiviste ne permet pas de prendre les valeurs de la communauté internationale en compte dans l'identification du droit international coutumier, et, de surcroît, qu'elle risque de rendre le droit international coutumier indifférent aux droits de l'homme les plus fondamentaux²⁴². Enfin, certains auteurs sont allés jusqu'à prétendre que la théorie «classique» est une pure fiction²⁴³.

98. C'est dans ce contexte que d'autres approches du droit coutumier international, parfois dites «modernes», ont cherché à réinterpréter les éléments constitutifs du droit international coutumier et, par conséquent, à repenser son rôle de source de droit international. Pour certains juristes, les déviations par rapport à la doctrine «classique» constituent une entreprise intellectuelle visant à «offrir à la coutume la théorie qui lui faisait défaut²⁴⁴», tandis que pour d'autres il s'agit d'un effort conscient pour «adapter notre conception de la formation du droit coutumier à l'urgence croissante des problèmes de fond que le droit international est appelé à régler²⁴⁵»; dans l'un

²⁴² Voir par exemple Klabbers, «The curious condition of custom», p. 34 («En ce qui concerne les prescriptions de caractère moral (en particulier dans le domaine des droits de l'homme), la notion classique de coutume n'est plus crédible»); Pellet, «"Droits-de-l'homme" et droit international», p. 171 et 172; Wouters et Ryngaert, «Impact on the process of the formation of customary international law», p. 129 et 130 («L'approche positiviste classique peut [...] entraîner de graves difficultés pour la défense et la promotion juridiques des droits de l'homme»); Charlesworth, «Law-making and sources», p. 192 («La coutume internationale dans sa forme classique donne la priorité comme source du droit au consentement de l'État plutôt qu'à des principes normatifs»); Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, p. 72 (où l'auteur écrit ceci, au sujet de l'approche classique de la formation du droit international coutumier: «Le fait que ce mode de formation soit archaïque a cependant des conséquences, puisque le droit coutumier est de portée limitée et ne peut être utilisé comme un instrument juridico-politique. De plus, comme le droit coutumier a pour fondement l'usage, il y a des limites aux types de normes qui peuvent être créées»); et Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, p. 41.

²⁴³ Voir par exemple Dunbar, «The myth of customary international law», p. 8 («C'est un mythe que de considérer que la pratique universelle des États crée *ipso facto* du droit. Le droit ne peut être créé que par la voie législative ou par les décisions des tribunaux ou, dans le cas du droit international, par la voie conventionnelle»); Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», p. 8 (où l'auteur soutient que l'approche classique «est de toute évidence une fiction juridique. Le consentement tiré du silence est une forme douteuse de consentement»); et Kelly, «The twilight of customary international law» [«Le droit international coutumier postule que les nations, bien que ne s'accordant pas sur les valeurs, n'en peuvent pas moins accepter et par là même créer des normes juridiques contraignantes en l'absence d'un processus officiel de formalisation de l'acceptation. Ce postulat est douteux»] (p. 460). «Il n'y a pas de méthode qui permette de mesurer exactement l'attitude normative des États. Les moyens actuellement utilisés réduisent l'*opinio juris* à une pure fiction» (p. 469). «De plus, c'est l'idée même de fonder la formation de normes sur la pratique des États qui est suspecte» (p. 472)].

²⁴⁴ Comme le dit D'Amato dans «Trashing customary international law», p. 101. Certains auteurs ont suggéré que c'est une application trop laxiste de la définition classique qui explique l'apparition «dans la doctrine spécialisée d'une définition nouvelle et moderne»: Chodosh, «Neither treaty nor custom: the emergence of declarative international law», p. 88; voir aussi Baker, «Legal recursivity and international law».

²⁴⁵ Voyiakis, «A theory of customary international law», p. 6; voir aussi Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: tailor made?», p. 38 («On s'est bientôt rendu compte que si l'on pouvait donner au droit international coutumier un sens différent de son sens classique, il serait beaucoup plus facile d'atteindre les objectifs poursuivis»); et Roberts, «Traditional and modern approaches to customary international law», p. 766 («La coutume moderne traduit le désir de créer des normes internationales générales qui lient tous les États sur des questions morales importantes»).

et l'autre cas, on a suggéré de remplacer le modèle de formation de la coutume par addition de deux éléments par une théorie de l'élément unique, essentiellement en réduisant l'importance de l'un des deux éléments ou en le supprimant complètement. Plusieurs auteurs se sont prononcés pour une réduction du rôle de l'*opinio juris*, faisant valoir que, dans la plupart des cas, la pratique des États, à condition qu'elle soit générale et constante, suffit à elle seule à former le droit international coutumier²⁴⁶. D'autres, s'écartant encore plus de la conception ordinaire du droit coutumier, se sont prononcés pour une solution diamétralement opposée consistant à réduire au minimum le critère de la pratique des États et à privilégier plutôt l'élément *opinio juris*²⁴⁷ tel qu'il ressort surtout des déclarations adoptées par des instances internationales²⁴⁸. Cette dernière approche, qui se trouve au cœur de la « coutume moderne » dans sa définition actuelle, en arrive finalement à transformer l'identification de « nouvelles règles de droit international coutumier » en un exercice normatif plutôt que strictement empirique. Mettant en œuvre une méthode déductive²⁴⁹, elle tente de faire du droit international cou-

²⁴⁶ Voir encore D'Amato, « Customary international law: a reformulation », p. 1 (« Mes travaux étaient considérés comme radicaux par les autres juristes; avec le temps, cependant, j'en suis venu à conclure à contrecœur qu'ils n'étaient pas assez radicaux. Au lieu d'essayer de m'accommoder de la notion d'*opinio juris*, j'aurais dû la rejeter entièrement »); Kopelmanas, « Custom as a means of the creation of international law » [« La première de ces [deux] conditions [l'auteur se réfère aux éléments matériel et psychologique de la formation de la coutume] se trouve en vérité au fondement de la question que nous avons posée [à savoir quel est le processus particulier de développement qui produit la coutume] » (p. 129)]. « Nous examinerons en même temps la question de savoir si la coutume internationale naît exclusivement d'actes qui sont accomplis avec la conviction qu'ils sont prescrits par le droit. Il y a d'excellentes raisons d'en douter » (p. 130)]; Kelsen, « Théorie du droit international coutumier », p. 263 (dans un article où l'auteur défend une position à laquelle il a renoncé plus tard: « cette théorie selon laquelle les actes constituant la coutume doivent être exécutés dans l'intention d'accomplir une obligation juridique ou d'exercer un droit [...] est évidemment fausse »); Guggenheim, « Les deux éléments de la coutume en droit international », p. 280 (« il est impossible de prouver l'existence de cet élément [subjectif]. Il y a donc lieu de renoncer à l'élément subjectif »); et Mendelson, « The formation of customary international law », p. 289.

²⁴⁷ Voir par exemple Cheng, « Epilogue », p. 223 (« L'essentiel est donc de reconnaître que l'usage ne peut servir qu'à identifier et non à constituer ce que l'on appelle communément le "droit international coutumier", quelque autre nom qu'on puisse lui donner »); Guzman, « Saving customary international law », p. 153 (« En fait, le droit international coutumier a pour condition l'*opinio juris* et non la pratique. [...] Une approche fondée sur un choix rationnel ne laisse par conséquent pas d'autre rôle à la pratique des États que celui de pierre de touche servant de révélateur à l'*opinio juris*. La pratique peut aider à répondre à la question de savoir si telle ou telle norme est considérée comme obligatoire, mais elle ne suffit pas à la rendre telle »); Bernhardt, « Custom and treaty in the law of the sea », p. 266 (« J'admettrais même que, dans des circonstances exceptionnelles, aucune pratique n'est nécessaire si une règle voulant qu'un certain comportement soit ou obligatoire ou interdit a fait l'objet d'une approbation universelle. Dans cette mesure, j'admettrais la possibilité d'un "droit instantané" »); et Lepard, *Customary International Law*.

²⁴⁸ Voir par exemple Cheng, « United Nations resolutions on outer space: "instant" international customary law? », p. 37 (« Il n'y a aucune raison qu'une *opinio juris communis* ne puisse se former en très peu de temps au sein de l'ensemble ou d'une partie des États Membres de l'Organisation des Nations Unies, avec pour résultat qu'une nouvelle règle de droit international coutumier prenne naissance parmi eux. Et il n'y a aucune raison pour qu'ils ne puissent pas "positiver" leur nouvelle *opinio juris* au moyen d'une résolution de l'Assemblée générale »); et Sohn, « "Generally accepted" international rules », p. 1074.

²⁴⁹ Voir aussi Lukashuk, « Customary norms in contemporary international law », p. 493 (« Ce que ces normes ont en commun avec les normes coutumières classiques est le fait qu'elles soient non

tumier une source plus rapide et plus souple de droit international, capable de réaliser un « potentiel utopique » et de « compenser la rigidité du droit conventionnel »²⁵⁰, notamment dans les domaines du droit des droits de l'homme, du droit humanitaire et du droit de l'environnement²⁵¹. En

écrites ainsi que l'*opinio juris*. Ce qui les en distingue est que, loin de confirmer une pratique existante, elles sont appelées à en lancer une. Par contraste avec les normes du premier type, elles attachent une plus grande importance à ce qui devrait être qu'à ce qui est »); Roberts, « Traditional and modern approaches to customary international law », p. 763 (« La coutume moderne va chercher ses normes principalement dans des déclarations abstraites d'*opinio juris* – partant de la théorie pour arriver à la pratique »); Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », p. 126 (« Cette coutume qui opère par déduction a donc quelque chose d'une coutume "contre-factuelle", notion en vérité très étrangère à la conception classique du droit coutumier »); et Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 89 (« Le processus de formation du droit coutumier est ainsi devenu un exercice de rhétorique autonome. L'approche aujourd'hui mise en œuvre est déductive »).

²⁵⁰ Charlesworth, « The unbearable lightness of customary international law », p. 44. Voir aussi, par exemple, Scharf, « Seizing the "Grotian moment": accelerated formation of customary international law in times of fundamental change », p. 450, 467 et 468 (« Dans les périodes de profond changement – que ce soit du fait du progrès technique, de l'apparition de nouveaux types de crimes contre l'humanité ou de l'émergence de nouveaux moyens de faire la guerre ou de pratiquer le terrorisme – le droit international, pour ne pas se laisser dépasser par les événements, pourrait avoir besoin d'un droit international coutumier capable de se développer rapidement au rythme des résolutions de l'Assemblée générale pendant ces périodes de bouleversement. [...] le "moment grotien" réduit au minimum l'ampleur et la durée requises de la pratique des États, à condition que l'*opinio juris* s'exprime de façon particulièrement claire et large »); et Schachter, « New custom: power, *opinio juris* and contrary practice », p. 533 (où l'auteur voit dans le « nouveau droit international coutumier » la réponse à une demande émanant du « milieu international contemporain », et plus particulièrement d'« États ressentant le besoin de nouvelles normes juridiques qui, pour une raison ou pour une autre, ne pouvaient être entièrement obtenues par la voie des traités multilatéraux »).

²⁵¹ Voir par exemple Kammerhofer, « Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship », p. 147 (« Du fait de l'apparente incompatibilité entre les méthodes dites classiques ou orthodoxes de formation du droit international coutumier et les objectifs humanistes visés par des juristes militants, une partie influente des spécialistes du droit des droits de l'homme et du droit humanitaire a mis au point, au cours des dix dernières années, une nouvelle approche du droit international coutumier dans ces domaines du droit international »); Wouters et Ryngaert, « Impact on the process of the formation of customary international law » [« On soutient souvent, tout particulièrement chez les juristes spécialisés dans les droits de l'homme, que le mode de formation du droit coutumier dans les domaines des droits de l'homme et du droit international humanitaire est fondamentalement différent du mode classique de formation du droit coutumier en droit international public » (p. 111)]. « Les modes classiques de formation du droit basés sur le consentement des États et sur une pratique constante et uniforme des États peuvent être quelque peu assouplis "si les enjeux sont élevés" » (p. 129). « En d'autres termes, la pratique des États est invoquée de façon sélective pour justifier une norme coutumière qui n'est pas moralement neutre » (p. 130)]; Hunter, Salzman et Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, p. 312 et 313 [« À mesure que le nombre des traités internationaux, déclarations et résolutions énonçant les principes de la protection de l'environnement se multipliait au fil du temps, les auteurs ont commencé à débattre de la question de savoir si des règles coutumières étaient en train d'apparaître ou avaient déjà apparu au sein du droit international de l'environnement. [...] Ces normes coutumières actuelles et futures sont confrontées à une difficulté particulière lorsqu'on les rapporte aux critères habituels d'essai des normes coutumières (à savoir la pratique constante des États et l'existence d'une *opinio juris*). [...] Néanmoins, ces principes sont de plus en plus reconnus dans la jurisprudence et ailleurs comme faisant partie du droit coutumier, ce qui correspond peut-être à une évolution des conceptions de la formation du droit coutumier »]; Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law: The Precautionary Principle – International Environmental Law Between Exploitation and Protection*, p. 335; Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law*, p. 191 à 204;

fait, « [u]ne telle valorisation de l'*opinio juris* intéresse au premier chef les partisans d'une expansion des règles du droit international coutumier. Dès lors qu'on peut ignorer ou affaiblir le critère de la pratique, on peut également chercher à ajouter toutes sortes de droits moraux à la liste des règles de droit international coutumier²⁵² ». Une telle « extension des concepts²⁵³ », qu'on a pu célébrer comme la preuve d'une « nouvelle vitalité de la coutume²⁵⁴ », a également encouragé certains auteurs à demander que le processus de formation du droit coutumier soit ouvert aux acteurs non étatiques, à savoir les organisations internationales et leurs institutions spécialisées²⁵⁵, ainsi qu'aux particuliers²⁵⁶.

Jennings, « Customary law and general principles of law as sources of space law », p. 151.

²⁵² Guzman, *How International Law Works*, p. 186. Voir aussi Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 83 (« La tentation est forte de faire appel au droit coutumier comme à une source formelle qui offre, de façon relativement directe, les réponses désirées. En particulier, dès lors que l'on peut interpréter ou approcher le droit coutumier d'une manière qui permette de fournir un ensemble relativement exhaustif de normes applicables à tous les États, le débat sur les sources du droit international des droits de l'homme pourra être conclu sans grande difficulté. Étant donné l'importance fondamentale que revêt la composante droits de l'homme d'un ordre mondial équitable, la tentation est forte, voire, pour certains, irrésistible, d'adapter ou de réinterpréter la notion de droit coutumier dans un sens qui garantisse qu'il fournira les "bonnes" réponses »); et Meron, « International law in the age of human rights », p. 377.

²⁵³ Baker, « Legal recursivity and international law », p. 31 (où l'auteur emploie une expression « forgée par le politologue Giovanni Sartori pour décrire les distorsions qui en résultent lorsque l'on introduit des concepts établis de longue date dans des situations nouvelles sans les avoir préalablement adaptés comme il le faudrait »); Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », p. 123 (où il est question d'une « mollesse conceptuelle croissante »); Henkin, *International Law: Politics and Values*, p. 37 (« La création téléologique de la coutume est une innovation radicale, qui est d'ailleurs le reflet d'une conception radicale. Alors qu'autrefois le droit était créé par les traités et développé par la coutume, il y a aujourd'hui une certaine tendance à traiter la coutume comme un moyen, substitué aux traités, de légiférer directement. En utilisant le concept de coutume à cette fin, on est certes tributaire de sa définition classique, mais aujourd'hui dans cette définition la pratique désigne parfois des actes conçus pour créer la norme plutôt que pour la refléter »); et Seibert-Fohr, « Modern concepts of customary international law as a manifestation of a value-based international order », p. 273 (« La pertinence du droit international coutumier dépend en dernier ressort du degré de rigidité avec lequel sont appliqués les critères de formation de ce droit »).

²⁵⁴ Cassese, « General round-up », p. 165; voir aussi Müllerson, « On the nature and scope of customary international law », p. 359.

²⁵⁵ Voir par exemple Gunning, « Modernizing customary international law: the challenge of human rights », p. 212 et 213 (« En particulier, en mettant en question la portée des formulations classiques de la souveraineté nationale, cet article explorera la possibilité de permettre à des groupes transnationaux et non gouvernementaux de faire entendre légalement leur voix dans la création de la coutume »); Meijers, « On international customary law in The Netherlands » [« Comme la règle de droit conventionnel, la règle de droit international coutumier se forme en deux étapes. Pendant la première étape, les sujets de droit international de certains États, et parfois de certaines organisations internationales, élaborent la règle. Pendant la deuxième étape, la règle est transformée en règle de droit »] (p. 80). « [Ces] deux étapes [...] se chevauchent souvent » (p. 125)]; et Arajärvi, « From State-centrism to where? The formation of (customary) international law and non-State actors », p. 23 (« Les acteurs non étatiques participent à la formation du droit international, non seulement de façon indirecte par l'influence qu'ils exercent sur les États, mais encore en pesant directement sur le développement des règles coutumières par leurs propres actions et déclarations »).

²⁵⁶ Voir par exemple Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, p. 342 et 346; Ochoa, « The individual and customary international law formation », p. 164; Bederman, *Custom As a Source of Law*, p. 162 et 163.

99. Les tentatives de « révision et de modernisation de la coutume²⁵⁷ » ont également fait l'objet de farouches critiques, se voyant principalement reprocher que la notion de « coutume moderne » n'avait de fait rien à voir avec le droit international coutumier²⁵⁸. Les tenants de l'approche

²⁵⁷ Voir Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 83.

²⁵⁸ Voir, par exemple, Weil, « Towards relative normativity in international law? », p. 435 (« Il s'agit non d'une simple accélération du processus de formation de la coutume, mais d'une véritable révolution dans la théorie de la coutume »); Wolfke, « Some persistent controversies regarding customary international law », p. 2 [« Il faut tout d'abord souligner que, comme toute coutume, la coutume internationale est fondée sur la régularité du comportement. Il serait faux de dire que le droit international coutumier ne repose pas sur la "coutume" (*consuetudo*) dans le sens classique et littéral du terme »]; Jennings, « What is international law and how do we tell it when we see it », p. 11 (« Il est peut-être temps d'admettre tout bonnement qu'à l'heure actuelle les pierres de touche classiques de la coutume – la pratique et l'*opinio juris* – sont souvent non seulement insuffisantes mais aussi sans intérêt aux fins de l'identification de tout nouveau droit. La raison en est très simple : une grande partie de ce nouveau droit n'est nullement d'origine non coutumière et n'a même rien à voir avec la coutume. Il s'agit d'un droit récent, novateur, qui implique des décisions sur tel ou tel sujet et est fréquemment sujet à controverse. On a du mal à imaginer chose plus éloignée de la coutume dans l'acception ordinaire du terme »); Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 86 (« Droit coutumier et instantanéité sont des concepts inconciliables. En outre, c'est nuire au bon fonctionnement du droit international, mécanisme de direction et de réglementation, que d'affaiblir la portée de ses sources presque au point de l'anéantir »); Georges Abi-Saab dans la section « Discussion » du chapitre « Custom and Treaties » (dans Cassese et Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, p. 10) [« Nous nommons coutume différentes choses, nous conservons le même mot tout en élargissant le phénomène. [...] De fait, nous sommes en présence d'un vin nouveau, que nous nous obstinons à verser dans l'ancienne bouteille de la coutume. À un moment, il faudra bien tenir compte de ce changement qualitatif et admettre que nous ne parlons plus de la même source mais qu'il s'agit là d'un mode de formation du droit absolument inédit »]; Kelly, « The twilight of customary international law », p. 492 (« En redéfinissant la pratique des États et l'*opinio juris*, les théoriciens du "nouveau droit international coutumier" tentent de dégager un nouveau processus de formation du droit au lieu de recourir à la méthodologie du droit coutumier »); Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », p. 123 (« Il semble que le terme "coutume" est devenu trop restreint et propre à induire en erreur pour désigner toute une série de phénomènes de création moderne du droit dans la société internationale, lesquels sont regroupés sous ce terme uniquement faute d'un autre moyen reconnu – et nouveau – de faire le droit en dehors du droit conventionnel »); Kammerhofer, « Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship » [« La doctrine activiste fait violence à la loi pour promouvoir des objectifs qui ne revêtent pas la forme du droit international positif »] (p. 152). « Dans le climat actuel, la doctrine contemporaine du droit international tend à céder à la pression extérieure si bien que notre conception du droit international positif se trouve faussée sous l'influence d'éléments externes » (p. 157)]; Petersen, « Customary law without custom? » [« Par son concept même, la coutume exige une *consuetudo*, l'existence d'une pratique d'État »] (p. 282). « Il est difficile de se représenter le droit coutumier sans la coutume » (p. 284)]; Koskenniemi, « Introduction », p. xxi (« Dans la pratique, la "coutume" est devenue une catégorie générique dans laquelle sont placées pour ainsi dire toutes les normes juridiquement contraignantes non conventionnelles. La "coutume" semble avoir à la fois une origine plus légitime et une application plus concrète, même si la théorie classique de la naissance et de la preuve du droit coutumier ne permet pas d'appréhender les diverses normes dites "coutume" »); Weisburd, « Customary international law: the problem of treaties », p. 46 (« Ceux qui affirment que la pratique des États n'est pas pertinente du point de vue juridique disent de fait qu'il existe un moyen de créer le droit international plus facilement qu'en forgeant un réel consensus entre les États. Ce moyen n'existe pas et nous devons à la vérité de le reconnaître »); Charney, « Universal international law », p. 543 et 546 (où l'auteur dit que la récente « méthode plus structurée » de création du droit international « diffère sensiblement de l'interprétation classique du processus de création du droit coutumier, qui veut qu'il nécessite une pratique générale au fil du temps. Il serait donc peut-être plus juste de parler de droit international *général* »); et Cheng, « Custom: the future of general State practice in a divided world », p. 548.

«classique» ont également souligné qu'en promouvant une «nouvelle espèce» de droit international coutumier, on fragilisait l'autorité et la force de conviction de la coutume comme source du droit international²⁵⁹ et celles du droit international dans son ensemble²⁶⁰. D'aucuns ont ajouté que les approches «non classiques» étaient en soi d'analyse incertaine²⁶¹ et qu'elles représentaient un «jeu douteux»²⁶² qui pâtissait d'un déficit démocratique tout aussi important²⁶³.

100. Si certains auteurs ont décrit les théories classiques et non classiques du droit international coutumier comme

²⁵⁹ Voir, par exemple, Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», p. 15 («Le droit international coutumier devenant progressivement imposé à partir du sommet, inspiré par les publicistes, à forte saveur politique et pour ainsi dire instantané, la légitimité de son incorporation automatique [dans le droit national] devient particulièrement problématique»); D'Amato, «Trashing customary international law»; et Jennings, «The identification of international law», p. 6.

²⁶⁰ Voir, par exemple, Chodosh, «Neither treaty nor custom: the emergence of declarative international law», p. 99; Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 107; Kelly, «The twilight of customary international law», p. 540; Weil, «Towards relative normativity in international law?», p. 441 («Cette relativisation de la normativité risque finalement d'empêcher le droit international de remplir la mission qui a toujours été la sienne»).

²⁶¹ Voir, par exemple, Postema, «Custom in international law: a normative practice account», p. 281 et 282.

²⁶² Simma et Alston, «The sources of human rights law», p. 107; voir également De Lupis, *The Concept of International Law* [«Dans cet ouvrage [...], la notion de "droit coutumier" est qualifiée de fiction nébuleuse» (préface)]. «On ne peut que s'étonner que tant d'auteurs en acceptent encore les contours flous et la teneur incertaine. En effet, hors du domaine des revendications territoriales, le droit coutumier n'a plus, aujourd'hui, ni fondement ni justification dans le droit international public moderne. Il est devenu le tapis sous lequel on glisse toute règle de droit non identifiée en se persuadant souvent ensuite que, comme le tapis la recouvre désormais, elle doit être valable en droit» (p. 116)].

²⁶³ Voir, par exemple, Bederman, *Custom as a Source of Law*, p. 145 («Le grand défaut de la coutume moderne est qu'en faisant l'éloge de normes idéales en matière de comportement des États elle s'est détachée de la pratique réelle de ceux-ci. Si la légitimité et la transparence constituent d'importantes unités de mesure pour le droit international coutumier, la conception classique du droit international coutumier, même telle qu'imparfaitement appréhendée dans la formulation de l'article 38, paragraphe 1 b, devrait continuer à s'appliquer»); Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community», p. 37 (où l'auteur fait valoir que le droit international coutumier «moderne» est un «nouvel autoritarisme s'exerçant par le non-droit»); Goldsmith et Posner, «Understanding the resemblance between modern and traditional customary international law», p. 667 (où les auteurs font valoir que le droit international coutumier moderne «est dépourvu du sceau du consentement des États. La teneur du nouveau droit international coutumier est vague. Celui-ci est en outre invoqué et appliqué de manière opportuniste»); Chodosh, «Neither treaty nor custom: the emergence of declarative international law», p. 104 et 105 (où l'auteur qualifie le processus de non démocratique puisqu'une minorité établit des règles pour la majorité); Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», p. 7 (où l'auteur décrit le droit international coutumier «moderne» comme étant l'effort déployé par les «publicistes hautement qualifiés des différentes nations» [...] et les autres militants du droit international pour élargir la portée du droit coutumier de façon à promouvoir les objectifs politiques, idéologiques ou humanitaires propres aux auteurs»); et Kelly, «The twilight of customary international law», p. 520 et 521 (où l'auteur affirme que la nouvelle méthodologie du droit international coutumier «ne comble pas le "déficit démocratique". S'ils peuvent souscrire à des résolutions abstraites et générales qui n'ont que valeur de recommandation, les États n'acceptent pas d'être liés par des normes ni ne contribuent à déterminer quelles normes d'une résolution, le cas échéant, doivent être transformées en obligations coutumières contraignantes. [...] La légitimité démocratique exige soit une pleine participation soit un réel consentement [et aucunes de ces conditions ne sont réunies]»).

étant des «opposés appariés»²⁶⁴, d'autres ont tenté de les rapprocher et d'en faire la synthèse afin d'aboutir à une conception commune ou à une théorie générale de la coutume²⁶⁵. Aussi convaincantes ces tentatives soient-elles, les querelles doctrinales contemporaines concernant le droit international coutumier et les difficultés inhérentes à celui-ci ont conduit plusieurs juristes internationaux à y voir un «concept instable»²⁶⁶, «fondamentalement controversé» et souffrant actuellement d'une «crise d'identité»²⁶⁷. Par ailleurs, eu égard à l'absence d'accord sur le concept de droit international coutumier, celui-ci s'est vu reprocher d'être un droit incertain²⁶⁸. Certains auteurs ont même fait valoir que le droit international coutumier, «classique» ou «moderne», demeurerait une source du droit international particulièrement problématique, voire illégitime, qu'il faudrait peut-être purement et simplement abandonner²⁶⁹.

²⁶⁴ Stein dans le chapitre «Custom and treaties» de Cassese et Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, p. 13; voir aussi, par exemple, Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, p. 388; Beckett, *The End of Customary International Law? A Purposive Analysis of Structural Indeterminacy*, p. 238 à 258; et Baker, «Legal recursivity and international law», p. 10.

²⁶⁵ Voir, par exemple, Roberts, «Traditional and modern approaches to customary international law», p. 767; Lukashuk, «Customary norms in contemporary international law»; Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, p. 100; Seibert-Fohr, «Modern concepts of customary international law...», p. 272 à 277; Condorelli, «Customary international law», p. 148; Tasioulas, «Customary international law and the quest for global justice», p. 307 et 320; Goldsmith et Posner, «Understanding the resemblance between modern and traditional customary international law», p. 672; Voyiakis, «A theory of customary international law», p. 15 et 16; D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, p. 145; Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 122; et Worster, «The inductive and deductive methods in customary international law analysis: traditional and modern approaches».

²⁶⁶ Postema, «Custom in international law: a normative practice account», p. 279.

²⁶⁷ Simma et Alston, «The sources of human rights law», p. 88. Voir également Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 2; et Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», p. 551.

²⁶⁸ Les tenants de l'incertitude font généralement valoir qu'il est difficile soit de déterminer si une nouvelle règle de droit international coutumier a vu le jour, soit d'en définir précisément la teneur (soit les deux). Voir, par exemple, Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», p. 536 («Il nous est impossible de véritablement connaître les règles de formation de la coutume ni de savoir comment ces règles naissent»); Chen, *An Introduction to Contemporary International Law*, p. 351; Guzman, «Saving customary international law», p. 128; Goldsmith et Posner, «Notes toward a theory of customary international law»; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. xiii; Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, p. 63; et Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, p. 14.

²⁶⁹ Voir, par exemple, Goldsmith et Posner, «Understanding the resemblance between modern and traditional customary international law» [«On part du principe erroné que le droit international coutumier – classique ou moderne – influence le comportement national. À nos yeux, le nouveau droit international coutumier n'est nullement moins cohérent ou légitime que l'ancien» (p. 640 et 641)]. «Nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle le droit international coutumier moderne différerait sensiblement de l'ancien droit international coutumier. La différence essentielle réside dans leur teneur: l'ancien s'intéressait principalement aux relations commerciales et militaires entre les États, et le moderne s'intéresse aux droits de l'homme. [...] Le droit international coutumier moderne tend vers un idéal, tout comme l'ancien à l'époque» (p. 672)]; Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 21 («Bien que l'on parle de droit coutumier "instantané", ce mode informel et non écrit de formation du droit est

101. Cela étant, le droit international coutumier a également été largement reconnu par les auteurs comme étant «le principal matériau de construction du droit international général²⁷⁰» et obstinément défendu comme jouant un rôle crucial et indéniable dans la réglementation internationale²⁷¹. Plusieurs auteurs soulignent que c'est

par essence conservateur et rétrograde car il repose sur la pratique des États. Les incertitudes concernant l'existence et la teneur des règles du droit coutumier sont propices à l'émergence de revendications opportunistes qui ne sont fondées ni sur la pratique des États ni sur l'*opinio juris*. Le droit international coutumier permet aux États de rejeter la réglementation conventionnelle tout en prétendant aux avantages des dispositions d'un traité non ratifié qu'ils estiment intéressantes); McGinnis, «The appropriate hierarchy of global multilateralism and customary international law: the example of the WTO», p. 284 (où l'auteur affirme que le droit international coutumier est un corps de règles de nature à mettre à mal les compromis savants consacrés dans les traités multilatéraux); et Kelly, «The twilight of customary international law», p. 500 («Les règles de fond du droit international coutumier classique comme du "nouveau droit international coutumier" sont des formes non empiriques du droit international coutumier déduites de principes subjectifs et, de ce fait, n'ont pas la sanction de la communauté internationale. La controverse est inévitable car les éléments de la théorie juridique du droit international coutumier sont des coquilles vides dans lesquelles chacun peut glisser sa propre théorie normative du droit international»).

²⁷⁰ Kuznetsov et Tuzmukhamedov, *International Law: A Russian Introduction*, p. 77.

²⁷¹ Vagts, «International relations looks at customary international law: a traditionalist's defence»; Sur, *International Law, Power, Security and Justice*, p. 167; Norman et Trachtman, «The customary international law game», p. 541; Swaine, «Rational custom», p. 562; Hanna Bokor-Szegő, observations sur «The contemporary role of customary international law», dans Heere, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence, Proceedings of the Third Joint Conference*, p. 18; Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 26; Chigara, *Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique*, p. 48; Bishop, «General course of public international law», p. 220 et 230; Kunz, «The nature of customary international

précisément sa souplesse qui en fait une source précieuse du droit international²⁷², et font valoir que les difficultés liées à la formation du droit ne sont pas propres au droit international coutumier²⁷³. Les auteurs continuent de débattre de la question du droit international coutumier. À n'en pas douter, ces débats se poursuivront²⁷⁴.

law», p. 665; Treves, «Customary international law», p. 955 et 956; Perreau-Saussine et Murphy, «The character of customary law: an introduction», p. 8; Guzman et Meyer, «Customary international law in the 21st century», p. 197; Guzman, «Saving customary international law», p. 116, 119 à 121 et p. 175; Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», p. 265; Seibert-Fohr, «Modern concepts of customary international law...», p. 271; Mendelson, «The formation of customary international law», p. 169; Schwarzenberger, «International *ius cogens*?», p. 476; et Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: tailor made?», p. 38.

²⁷² Voir, par exemple, Pearce, «Customary international law: not merely fiction or myth», p. 125; Bederman, «Acquiescence, objection and the death of customary international law», p. 41 à 43. Ce point de vue a également été avancé à la soixante-quatrième session de la Commission par M. Shinya Murase, qui a fait valoir que «[l']ambiguïté est le maître mot, voire la raison d'être, du droit international coutumier, qui est utile parce qu'il est ambigu» (*Annuaire... 2012*, vol. I, 3148^e séance, 24 juillet 2012, p. 146, par. 29).

²⁷³ Voir, par exemple, Brownlie, «To what extent are the traditional categories of *lex lata* and *lex ferenda* still viable?», p. 68 («À mon sens, le principal problème qui se pose actuellement est celui bien connu de la difficulté qu'il y a à cerner le droit. Même en présence d'un traité, il est nécessaire d'en rechercher le sens; un traité peut être en vigueur depuis vingt ans, mais s'il n'a guère été soumis à l'interprétation des tribunaux, il reste à en extraire le droit. Curieusement, on a tendance à penser qu'il suffit de trouver la bonne formule, la bonne règle, pour dégager d'autant plus facilement le droit, ce qui, selon moi, est peu réaliste»).

²⁷⁴ Voir, par exemple, Klabbbers, «The curious condition of custom», p. 37; Fidler, «Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», p. 199; et Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 119.

CHAPITRE IV

Futur programme de travail

102. Dans son deuxième rapport, qui sera publié en 2014, le Rapporteur spécial envisage d'engager un débat sur les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, à savoir la pratique des États et l'*opinio juris*, et sur les relations que ceux-ci entretiennent. Il s'agira d'examiner en particulier les effets des traités sur le droit international coutumier et le rôle des organisations internationales. Le troisième rapport, à paraître en 2015, approfondira ce débat à la lumière de l'état d'avancement des travaux sur le sujet en s'arrêtant sur certains aspects,

tels que la règle de l'«objecteur persistant» et le droit international coutumier «spécial» ou «régional». Dans les deuxième et troisième rapports, le Rapporteur spécial proposera une série de projets de conclusion à la Commission pour examen. Il compte établir, en 2016, un rapport final, dans lequel il exposera les projets de conclusion révisés et des observations au vu des débats menés au sein de la Commission, des débats de la Sixième Commission et d'autres réactions aux travaux menés à mesure de leur évolution.

FORMATION ET IDENTIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

[Point 8 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/659

Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet

Mémorandum du Secrétariat

[Original: anglais]
[14 mars 2013]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	159
Résumé.....	160
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-11 160
A. Codification et développement progressif.....	4-8 161
B. Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier	9-11 162
<i>Chapitres</i>	
I. IDENTIFICATION ET FORMATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER.....	12-33 162
A. Approche générale.....	13-15 162
B. Pratique des États	16-25 163
1. Caractéristiques de la pratique des États	17-22 163
2. Sources interrogées par la Commission pour analyser la pratique des États.....	23-25 166
C. Élément subjectif de la coutume (<i>opinio juris sive necessitatis</i>).....	26-29 167
1. Caractéristiques de l'élément subjectif	27-28 168
2. Sources interrogées par la Commission pour analyser l'élément subjectif.....	29 169
D. Intérêt de la pratique des organisations internationales.....	171
E. Intérêt de la jurisprudence et de la doctrine	30-33 171
II. PLACE DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL.....	34-40 173
A. Force obligatoire et caractéristiques des règles du droit international coutumier	35-36 173
B. Rapports entre droit international coutumier et traités	37-40 175
C. Rapports entre droit international coutumier et « droit international général »	177

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 :

Convention II concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 29 juillet 1899)
et Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre
(La Haye, 18 octobre 1907)

Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances
européennes de l'Axe (Londres, 8 août 1945)

J. B. Scott (dir. publ.), *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918, p. 100.

Nations Unies, *Recueil des Traités*,
vol. 82, n° 251, p. 279.

Sources

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Ibid., vol. 78, n° 1021, p. 277.
Convention sur le plateau continental (Genève, 29 avril 1958)	Ibid., vol. 499, n° 7302, p. 311.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]	A/CONF.129/15.

Résumé

Faisant suite à la demande formulée par la Commission du droit international à sa soixante-quatrième session, en 2012, le présent mémorandum voudrait recenser les éléments des travaux antérieurs de la Commission susceptibles de présenter un intérêt particulier aux fins de l'étude du sujet « Formation et identification du droit international coutumier ».

Après avoir évoqué en introduction certaines questions préliminaires ayant trait au mandat de la Commission et à ses travaux antérieurs sur le sujet « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », cette étude traitera dans une première partie l'approche suivie par la Commission pour mettre en évidence le droit international coutumier et le processus de sa formation, en s'arrêtant tour à tour sur : a) l'approche générale suivie par la Commission ; b) la pratique des États ; c) l'élément subjectif de la coutume (*opinio juris sive necessitatis*) ; d) la pratique pertinente des organisations internationales ; et e) la jurisprudence et la doctrine sur la matière.

L'analyse que la Commission fait de la place du droit coutumier dans l'ordre juridique international sera envisagée en une deuxième partie, dans les grandes lignes, à savoir la force obligatoire et les caractéristiques des règles de droit international coutumier (y compris les règles régionales, les règles créant des obligations *erga omnes* et les règles du *jus cogens*), les rapports entre droit international coutumier et traités, et les rapports entre droit international coutumier et « droit international général ».

Introduction

1. À sa soixante-troisième session, en 2011, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail à long terme¹. À sa soixante-quatrième session, en 2012, elle a inscrit le sujet à son programme de travail actuel et nommé Sir Michael Wood Rapporteur spécial². À cette même session, elle a prié le Secrétariat de préparer une étude recensant les éléments de ses travaux antérieurs qui pourraient présenter un intérêt particulier pour l'étude de ce sujet³. Pour ce faire, le Secrétariat a passé en revue les travaux de la Commission depuis 1949 pour dégager les aspects les plus révélateurs du droit international coutumier en s'intéressant principalement à ceux les plus utiles s'agissant de cerner la notion de droit international coutumier, la manière dont les normes coutumières se forment et doivent être identifiées et la place du droit coutumier dans l'ordre juridique international. Ces aspects ont été synthétisés dans la présente étude sous forme d'observations accompagnées, le cas échéant, de notes explicatives.

2. Aux fins de l'élaboration de la présente étude, le Secrétariat s'est aidé de deux documents préliminaires

établis par Sir Michael Wood⁴ et du débat initial que la Commission a tenu sur le sujet à sa soixante-quatrième session⁵. Cette étude s'articule en deux parties, l'une étant consacrée à l'identification et à la formation du droit international coutumier, et l'autre à la place du droit coutumier dans l'ordre juridique international.

3. On notera d'emblée que les observations formulées ci-après sont le fruit de l'analyse systématique de seulement certains éléments des travaux de la Commission. Vu le mandat et les méthodes de travail de la Commission, le nombre d'éléments (rapports des rapporteurs spéciaux, débats généraux en plénière, etc.) susceptibles de présenter quelque intérêt aux fins du présent mémorandum et du sujet à l'étude était considérable. Aussi, dans un souci pratique, le Secrétariat a-t-il décidé de circonscrire essentiellement son analyse à la version finale des projets adoptés par la Commission sur les divers sujets qu'elle a examinés jusqu'à présent et aux commentaires correspondants⁶, lesquels lui paraissaient les plus révélateurs de l'approche du droit international coutumier retenue par la Commission.

¹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 180, par. 365 à 367. Dans sa résolution 66/98 du 9 décembre 2012, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission (par. 7).

² *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 11, par. 19.

³ Ibid., p. 70, par. 159.

⁴ Voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 189 ; et *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/653.

⁵ Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 71 à 74, par. 169 à 202.

⁶ Il a également interrogé le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et les commentaires correspondants [*Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/651], que la Commission a adopté en première lecture à sa soixante-quatrième session, en 2012.

A. Codification et développement progressif

4. Avant d'en venir aux observations, il est bon d'aborder brièvement un certain nombre de questions préliminaires liées aux travaux antérieurs de la Commission sur le droit international coutumier. Il faut dans un premier temps rappeler que l'analyse de ces travaux conduit forcément à s'intéresser à la distinction entre travaux de « codification » et travaux de « développement progressif ».

5. Il va sans dire que le droit international coutumier a occupé une place centrale dans les travaux de codification de la Commission. Aux termes de son statut⁷, on entend par « codification du droit international » le fait de « formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales » (art. 15). À cette fin, la Commission est chargée de rédiger des projets d'article et de les soumettre à l'Assemblée générale avec un commentaire comprenant une « présentation adéquate des précédents et autres données pertinentes, y compris les traités, les décisions judiciaires et la doctrine » (art. 20 a) et des conclusions précisant, d'une part, « [l]'étendue de l'accord réalisé sur chaque point dans la pratique des États et dans la doctrine » [art. 20 b i)] et, d'autre part, « [l]es divergences et désaccords qui subsistent, ainsi que les arguments invoqués en faveur de chacune des thèses » [art. 20 b ii)].

6. La codification des règles internationales existantes n'est toutefois pas la seule mission confiée à la Commission, celle-ci devant aussi œuvrer au développement progressif du droit international, c'est-à-dire, selon l'article 15 du statut de la Commission, « rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique des États ».

7. Les rédacteurs du statut ont donc envisagé codification et développement progressif comme deux concepts distincts, mais non antonymes : la systématisation du droit existant pouvant mettre en évidence la nécessité d'élaborer une nouvelle règle et de la soumettre à l'approbation des États⁸. La Commission elle-même a toujours évité de procéder par grandes catégorisations et d'envisager tel ou tel sujet exclusivement sous l'angle de la codification ou du développement progressif⁹. Elle a ainsi fait savoir que les « distinctions que son statut établit entre les deux

processus se sont révélées impraticables, et [qu']elles pourraient être supprimées si le statut était révisé¹⁰ ».

8. La Commission a plus d'une fois, à l'occasion de la formulation de certaines règles, entendu distinguer clairement entre codification et développement progressif du droit international¹¹. Mais il n'était pas rare non plus qu'elle ne précise pas si telle ou telle règle relevait de l'une ou l'autre opération¹². En tout état de cause, qu'elle aille ou non jusqu'à ranger telle ou telle règle dans l'une ou l'autre catégorie, elle s'est rarement exprimée en des termes qui rendraient son analyse directement pertinente pour l'étude du droit coutumier. Le Secrétariat a donc pris le parti de retenir ici les éléments des travaux de la Commission qui semblent manifester une volonté de sa part d'établir ou d'apprécier l'existence ou l'apparition d'une règle de droit international coutumier.

¹⁰ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 90, par. 147 a. Voir également *ibid.*, p. 92 et 93, par. 156 à 159 [où elle déclare qu'il « est trop simple de prétendre que le développement progressif du droit international, par opposition à la codification, est associé en particulier à l'élaboration de conventions » (par. 156) et que c'est ainsi qu'elle « a, inévitablement, procédé à partir d'une idée composite de "codification et développement progressif" » (par. 157)].

¹¹ Voir, par exemple, *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 15, par. 54 (« [L]a Commission a constaté que l'application de la clause [de la nation la plus favorisée] dans la sphère des relations économiques, notamment en ce qui concerne les pays en développement, n'est pas un domaine qui se prête facilement à un travail de codification du droit international au sens où l'entend son statut, car on n'y discerne pas clairement l'existence de la pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales qu'exige pour cela l'article 15 du statut »); paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 5 sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 30 (où elle déclare que la pratique des États et la doctrine ne sont pas claires et que la règle a par conséquent été formulée dans le cadre du développement progressif du droit); paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 8 sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 35 (« Le projet d'article 8, qui relève du développement progressif du droit, s'écarte de la règle traditionnelle [...] »); et paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 19 sur la protection diplomatique, *ibid.*, p. 55 (« Si le droit international coutumier n'a pas encore atteint ce stade de développement, alors l'alinéa a du projet d'article 19 doit être considéré comme relevant du développement progressif »); paragraphe 1 du commentaire de la directive 1.2.1 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 59 (où elle déclare que la directive 1.1.5 sur les réserves aux traités « apparaît cependant comme un élément de développement progressif du droit international puisqu'il n'existe pas de précédent clair en ce sens »); paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 23 sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 41 (« Par conséquent, le paragraphe 2 du projet d'article 23 relève du développement progressif à deux égards [...] »); paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 27 sur l'expulsion des étrangers, *ibid.*, p. 48 (« Le projet d'article 27 [...] relève du développement progressif du droit international »); et paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 29 sur l'expulsion des étrangers, *ibid.*, p. 49 (« Le projet d'article 29 reconnaît, au titre du développement progressif et lorsque certaines conditions sont réunies, un droit à la réadmission dans l'État expulsant au profit d'un étranger ayant dû quitter le territoire de cet État à la suite d'une expulsion illicite »). Voir également paragraphe 5 du commentaire général sur la responsabilité des organisations internationales, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 45 (« Le fait que plusieurs des présents projets d'article sont fondés sur une pratique limitée déplace le curseur entre codification et développement progressif en direction de ce dernier »).

¹² Il lui est même arrivé dans certains cas de trouver la distinction sans intérêt; voir, par exemple, paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 68 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 298 et 299 (« La Commission ne juge pas nécessaire de s'étendre sur la question de la nature et du fondement juridique des droits souverains reconnus à l'État riverain [sur le plateau continental]. [...] Toutes ces considérations d'utilité générale suffisent à constituer le fondement du principe des droits souverains de l'État riverain, tel qu'il est maintenant formulé par la Commission »).

⁷ Résolution 174 (II), du 21 novembre 1947, de l'Assemblée générale.

⁸ Voir le rapport de la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification, *Documents officiels de l'Assemblée générale, deuxième session, Sixième Commission*, annexe 1, par. 7.

⁹ Voir, par exemple, *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 72 (« [L]a Commission voudrait indiquer qu'elle estime que ses travaux sur les clauses de la nation la plus favorisée relèvent à la fois de la codification et du développement progressif du droit international, au sens où l'article 15 de son statut définit ces notions. Les articles qu'elle a formulés contiennent aussi bien des éléments de développement progressif du droit que des éléments de codification et, comme dans le cas de plusieurs projets antérieurs, il est difficile de dire de quelle catégorie relève chaque disposition »). Voir également *La Commission du droit international et son œuvre*, 7^e éd. (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.07.V.9), vol. I, p. 54 et 55.

B. Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier

9. Le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » dont la Commission est saisie n'est pas le premier qui intéresse directement la preuve du droit international coutumier. En 1950, à l'issue de sa deuxième session, sur la base d'un document de travail établi par M. Manley O. Hudson¹³, la Commission a présenté à l'Assemblée générale un rapport intitulé « Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available » (« Moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier »)¹⁴. Elle agissait ainsi directement en application de l'article 24 de son statut¹⁵.

¹³ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/CN.4/16 et Add.1, p. 24.

¹⁴ Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), p. 4 à 11, par. 24 à 94.

¹⁵ L'article 24 du statut de la Commission dispose que « [l]a Commission examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple la compilation et la publication de documents établissant la pratique des États et des décisions de juridiction nationales et internationales sur des questions de droit international, et elle fait rapport à l'Assemblée générale sur ce sujet ».

10. Dans son principe, la mise en application de l'article 24 par la Commission n'avait pratiquement rien à voir avec le présent sujet. L'objet du rapport étant avant tout de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, la Commission y recensait les recueils de textes et de documents juridiques internationaux existants et priait le Secrétariat d'établir des publications pour diffuser plus largement la documentation susceptible de présenter quelque intérêt pour l'étude de la coutume internationale¹⁶.

11. Dans son rapport, la Commission s'est toutefois brièvement arrêtée sur la question de la portée du droit international coutumier¹⁷. Aux fins de l'examen du sujet étudié, on relèvera qu'elle y déclare notamment qu'il 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 norme de droit international, et que la « documentation relative à la pratique des États doit être puisée à différentes sources¹⁸ ». Ces conclusions et d'autres aspects pertinents de l'analyse de la Commission seront abordés de nouveau à l'occasion des observations ci-après.

¹⁶ Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), p. 5 à 11.

¹⁷ *Ibid.*, p. 4 et 5, par. 28 à 32.

¹⁸ *Ibid.*, p. 368, par. 31.

CHAPITRE I

Identification et formation du droit international coutumier

12. Le présent chapitre est consacré à des observations sur l'approche suivie par la Commission pour identifier les règles du droit international coutumier et le processus coutumier. Ce chapitre abordera dans un premier temps l'approche générale suivie par la Commission avant d'en venir à la pratique des États, à l'élément subjectif de la coutume (*opinio juris sive necessitatis*), à la pratique des organisations internationales et à la jurisprudence et à la doctrine.

A. Approche générale

Observation 1

Pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, la Commission interroge souvent toutes les sources mettant en évidence la pratique générale des États, ainsi que leur attitude et leurs prises de position, souvent en conjonction avec les décisions des cours et tribunaux internationaux et la doctrine¹⁹.

¹⁹ On trouvera aux sections B et C du présent chapitre une liste indicative de matériaux divers consultés par la Commission. Voir également, par exemple, le commentaire relatif au projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 217 à 221 (où elle conclut, au paragraphe 18, à l'appui de multiples sources, qu'un « État nouvellement indépendant n'est pas automatiquement tenu de succéder aux traités conclus par son prédécesseur »). Des considérations d'ordre logique ou d'équité ont aussi parfois présidé à l'identification de certaines règles; voir, par exemple, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 36 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), p. 326 (où elle apprécie la pratique pertinente en procédant par analogie entre les privilèges et immunités des agents diplomatiques et ceux des représentants

13. Le commentaire du projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation illustre l'approche de la Commission :

L'étude de tous les éléments de preuve que l'on peut tirer de la pratique générale des États, acceptée comme étant le droit, en ce qui concerne les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres

permanents, ainsi que les membres de leur famille et du personnel des missions); et paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 39 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 117 (« L'article 39 dispose que le comportement de l'État lésé ou de toute personne ou entité pour laquelle réparation est demandée doit être pris en compte pour déterminer la forme et l'étendue de la réparation. Cette disposition est conforme au principe selon lequel tout préjudice découlant d'un fait internationalement illicite doit être réparé intégralement, mais rien de plus. Elle va aussi dans le sens du principe de l'égalité entre l'État responsable et la victime de la violation »). Dans certains cas, le choix de la méthode analogique semble avoir été dicté par l'insuffisance de la pratique existante; voir, par exemple, les observations formulées au paragraphe 2 du commentaire général relatif aux projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales qui traitent des circonstances excluant l'illicéité, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 70 (« De plus, en ce qui concerne les circonstances excluant l'illicéité, la pratique connue n'est guère abondante pour les organisations internationales. Au surplus, certaines circonstances ne sont pas appelées à se présenter dans le cas de certaines, voire la plupart, d'entre elles, mais il ne serait guère justifié pour autant de considérer que les circonstances excluant l'illicéité du comportement d'un État ne sauraient valoir aussi pour une organisation internationale: que, par exemple, seuls les États pourraient invoquer la force majeure. Cela n'implique pas qu'il faille présumer que les conditions dans lesquelles une organisation peut invoquer une certaine circonstance excluant l'illicéité doivent être les mêmes que celles qui s'appliquent aux États »).

que la navigation – dispositions conventionnelles, positions adoptées par les États dans certains différends, décisions des juridictions et tribunaux internationaux, règles de droit élaborées par des organismes intergouvernementaux et non gouvernementaux, opinions de spécialistes et décisions des tribunaux internes dans des affaires analogues – révèle que la doctrine de l'utilisation équitable est très largement admise comme une règle générale de droit [...]»²⁰.

14. Cet extrait nous montre que la Commission n'a pas toujours, dans ses commentaires, distingué soigneusement entre les sources révélatrices de la pratique générale des États et celles qui sont l'expression de l'attitude ou de la position des États à l'égard d'une règle donnée²¹. On relèvera également qu'elle n'accorde pas la même valeur juridique à toutes les sources servant à identifier des règles du droit international coutumier²².

²⁰ Paragraphe 10 du commentaire relatif au projet d'article 5, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 103. Voir également paragraphes 3 à 6 du commentaire relatif au projet d'article 7 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 47 et 48 (où la Commission se fonde sur la pratique des États, la jurisprudence internationale et la doctrine pour établir l'existence d'une norme); paragraphes 12 à 14 du commentaire relatif au projet d'article 10 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, p. 54 [«Les décisions arbitrales, ainsi que la pratique des États et la doctrine indiquent que les deux règles d'attribution positive énoncées à l'article 10 sont généralement acceptées» (par. 12)]; paragraphes 24 et 25 du commentaire relatif au projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 41 (où elle déclare avoir trouvé des précédents de la règle formulée dans le projet d'article dans les sources qu'elle a étudiées, notamment la jurisprudence, la législation interne et la pratique conventionnelle); paragraphes 10 à 18 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 204 à 207 (où elle passe en revue la pratique des États, des différends frontaliers et la pratique conventionnelle pour établir l'existence d'une règle générale); paragraphes 2 à 4 du commentaire relatif au projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *ibid.*, p. 217 et 218 (où elle se fonde sur la pratique des États, les avis juridiques du Secrétariat, la pratique des dépositaires et la doctrine pour établir l'existence d'une règle générale); paragraphes 1 et 8 du commentaire relatif au projet d'article 49 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 268 et 269 (où elle invoque la Charte des Nations Unies et la pratique de l'Organisation, ainsi que l'opinion de la grande majorité des juristes internationaux, pour étudier l'existence d'une règle coutumière); et paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 25 sur le droit des traités, *ibid.*, p. 232 («La pratique des États, la jurisprudence des tribunaux internationaux et les ouvrages de doctrine viennent apparemment à l'appui de la [...] règle qui est formulée dans le présent article»).

²¹ Pour un examen plus détaillé de l'analyse que la Commission fait de la pratique générale des États et de l'attitude ou de la position des États à l'égard de telle ou telle règle, voir sections B et C du présent chapitre. Voir également paragraphe 13 du commentaire relatif au projet d'article 16 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 55 (où elle conclut que les «règles énoncées [...] sont confirmées par la pratique des États, qu'il s'agisse du judiciaire, du législatif ou de l'exécutif, ainsi que par des traités multilatéraux et bilatéraux», sans s'attarder dans son commentaire sur la distinction entre la pratique et l'attitude des États); paragraphes 11 à 21 du commentaire relatif au projet d'article 13 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire... 1981*, vol. II (2^e partie), p. 32 à 34 (où, citant un certain nombre d'exemples, elle conclut que l'existence de telle ou telle règle est confirmée par la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine, sans distinguer entre les sources lui ayant permis d'établir la pratique, la conduite ou la position des États).

²² Voir paragraphe 24 du commentaire relatif au projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 106 («L'analyse ci-dessus des textes et décisions évoqués, bien que nécessairement brève, indique comment s'orientent la pratique et la doctrine en la matière. Il est certain que toutes les sources citées n'ont pas la même valeur juridique. Cependant, ce recensement montre sans contester que les règles énoncées à l'article 5 sont très largement et systématiquement appuyées»).

15. Il arrive aussi à la Commission de conclure que telle règle est confirmée par la pratique des États sans aller jusqu'à exposer tout son cheminement dans les commentaires²³.

B. Pratique des États

16. De l'aveu de la Commission, la pratique des États joue un rôle primordial dans l'identification des règles du droit international coutumier²⁴. On esquissera dans la présente section les caractéristiques de cette pratique, telles que définies par la Commission, et les sources interrogées aux fins de son analyse.

1. CARACTÉRISTIQUES DE LA PRATIQUE DES ÉTATS

Observation 2

La Commission voit dans l'uniformité de la pratique des États un facteur déterminant de l'identification de la règle de droit international coutumier.

17. La Commission a plusieurs fois conclu de l'uniformité de la pratique des États à l'existence d'une règle de droit international coutumier²⁵ et, inversement, de

²³ Voir, par exemple, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 22 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 276 (où elle se contente de déclarer que les règles «correspondent à la pratique prépondérante des États», sans donner davantage de précisions dans son commentaire); le commentaire relatif au projet d'article 32 sur le droit de la mer, *ibid.*, p. 280 (où elle conclut, sans citer de sources, que le principe de l'immunité des navires de guerre exprimé au «paragraphe 1 est généralement adopté en droit international»); et paragraphes 1 et 2 du commentaire relatif au projet d'article 16 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 107 (où elle déclare, sans citer de sources dans son commentaire, qu'il lui «semble que selon un usage très répandu la préséance soit accordée aux consuls de carrière sur les consuls honoraires»). On observera toutefois que la Commission ne procède pas toujours à l'analyse systématique de ses sources dans ses commentaires et que cette analyse peut très bien figurer dans les rapports du Rapporteur spécial ou dans les études du Secrétariat.

²⁴ On remarquera cependant que, d'après la Commission, on ne conclura pas forcément de l'absence de pratique à celle d'un droit ou d'un titre en droit international coutumier général; voir paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 57 sur la responsabilité des organisations internationales, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 97 et 98 («En réalité, la pratique n'offre pas d'exemple de contre-mesures prises par des États ou des organisations internationales non lésés contre une organisation internationale responsable. Par ailleurs, compte tenu du peu de cas dans lesquels des contre-mesures auraient pu être prises par un État ou une organisation internationale non lésés à l'encontre d'une organisation internationale, l'absence de pratique en matière de contre-mesures ne saurait aboutir à la conclusion que des contre-mesures prises par des États ou des organisations internationales non lésés seraient inacceptables»).

²⁵ Voir paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 9 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 103 («À l'heure actuelle, la pratique des États, telle qu'elle se dégage des législations nationales et des conventions internationales, permet de constater une uniformité suffisamment large en ce qui concerne l'utilisation des quatre classes prévues à l'article 9 pour qu'il soit possible de procéder à la codification des classes des chefs de poste consulaire»); et paragraphes 1 et 2 du commentaire relatif au projet d'article 16 sur les relations consulaires, *ibid.*, p. 107 («La pratique, pour autant que la Commission en ait été informée, permet de dégager certains usages uniformes que le présent article se propose de codifier [...] Il semble que selon un usage très répandu la préséance soit accordée aux consuls de carrière sur les consuls honoraires»). Voir également paragraphes 8 et 23 du commentaire relatif à la directive 4.5.1 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 311, 314 et 315 («La nullité d'une réserve non valide ne relève nullement de la *lex ferenda*; elle est solidement établie dans la pratique étatique. [...] La pratique étatique est très développée – et fondamentalement homogène – et ne se limite pas à quelques États particuliers»).

l'absence d'uniformité à l'inexistence d'une telle règle²⁶ à certaines occasions.

Observation 3

La Commission voit dans le caractère généralisé de la pratique des États également un facteur déterminant de l'identification de la règle de droit international coutumier.

18. La Commission a plusieurs fois conclu du caractère généralisé de la pratique des États à l'existence d'une règle de droit international coutumier²⁷, et inversement

²⁶ Voir, par exemple, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 35 sur les missions spéciales, *Annuaire... 1967*, vol. II, p. 401 («La Commission a constaté toutefois que ces articles font l'objet de règlements douaniers complexes qui varient d'État à État et qu'il ne paraît y avoir aucune règle juridique universelle en la matière»); paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 17 sur les relations et immunités diplomatiques, *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 97 et 98 («L'usage n'est pas le même dans tous les pays. [...] La matière ne se prête pas à une réglementation trop rigide»); paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 36 sur les relations et immunités diplomatiques, *ibid.*, p. 105 («Il est de pratique générale d'accorder aux membres du personnel diplomatique d'une mission les mêmes privilèges et immunités qu'au chef de la mission, et il n'est pas contesté que c'est une règle de droit international. Mais là s'arrête l'uniformité de la pratique des États quant aux catégories de membres du personnel d'une mission qui bénéficient des privilèges et immunités. [...] Dans ces conditions, on ne peut prétendre qu'il existe une règle de droit international en la matière, en dehors de celle qui a déjà été mentionnée»); paragraphe 1 du projet d'article 3 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 265 («La Commission reconnaît que la pratique internationale n'est pas uniforme en ce qui concerne la délimitation de la mer territoriale»); paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 4 sur le droit de la mer, *ibid.*, p. 266 («L'expression traditionnelle "laisse de basse mer" peut revêtir des sens divers; il existe un certain nombre de critères qui, dans la pratique des divers États, servent à déterminer la ligne en question»); paragraphe 18 du commentaire relatif au projet d'article 14 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire... 1981*, vol. II (2^e partie), p. 40 («La pratique des États en matière de monnaie n'est pas uniforme, encore qu'il soit fermement établi que le privilège d'émission appartient à l'État successeur»); paragraphes 8 et 9 du commentaire relatif au projet d'article 11 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 105 (où elle déclare que le droit «universellement admis» de l'État de résidence de refuser l'*exequatur* est admis d'une manière implicite par l'article, tout en notant que, en «présence de la pratique variée et contradictoire des États, il n'est pas possible de conclure à l'existence d'une règle imposant aux États l'obligation de motiver leur décision dans un tel cas»); paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 27 sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 48 («La Commission considère, en effet, que la pratique des États en la matière n'est pas suffisamment uniforme et convergente pour fonder l'existence, dans le droit existant, d'une règle de droit international général prévoyant l'effet suspensif du recours contre une décision d'expulsion»); et paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 29 sur l'expulsion des étrangers, *ibid.*, p. 75 («Bien que l'on puisse déceler la reconnaissance d'un tel droit – à des conditions variables – dans la législation de certains États et même au niveau international, la pratique n'apparaît pas suffisamment convergente pour affirmer l'existence, en droit positif, d'un droit à la réadmission en tant que droit individuel de l'étranger ayant fait l'objet d'une expulsion illicite»).

²⁷ Voir, par exemple, paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 3 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 97 («La règle prévue dans cet article correspond à la pratique générale selon laquelle les missions diplomatiques exercent les fonctions consulaires»); paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 49 sur les relations consulaires, *ibid.*, p. 126 (où elle déclare qu'une «pratique très généralisée» peut être considérée comme une «preuve de la coutume internationale»); paragraphes 8 et 23 du commentaire relatif à la directive 4.5.1 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 311, 314 et 315 («La nullité d'une réserve non

d'une pratique insuffisamment généralisée à l'inexistence de telle règle²⁸. Lorsqu'elle a été amenée à identifier des règles régissant des situations rares, comme la succession d'États, la Commission s'est essentiellement fondée sur la pratique des États concernés pour dégager une règle générale²⁹.

19. À d'autres occasions, la Commission a considéré que le caractère par trop spécifique de telle conduite ou circonstance lui ôtait sa force probante aux fins de l'identification d'une règle du droit international coutumier³⁰.

valide ne relève nullement de la *lex ferenda*; elle est solidement établie dans la pratique étatique. [...] La pratique étatique est très développée – et fondamentalement homogène – et ne se limite pas à quelques États particuliers»); paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 32 sur les relations et immunités diplomatiques, *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 103 («Dans tous les pays, l'agent diplomatique est exempt de certains impôts et taxes et, bien que le degré d'exemption varie selon les pays, on peut considérer comme une règle de droit international que l'exemption existe sous réserve de certaines exceptions»); paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 22 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 276 («Elle a estimé que ces règles correspondent à la pratique prépondérante des États et elle a donc formulé l'article 22 en ce sens»); et paragraphe 105 du commentaire relatif au principe IV des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316, p. 375 [en français, Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 13, par. 105], où elle déclare qu'un même principe se «trouve sous une forme ou sous une autre dans le droit criminel de la plupart des pays».

²⁸ Voir paragraphes 3 et 6 du commentaire relatif au projet d'article 54 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 147 et 149 («La pratique dans ce domaine est limitée et encore à l'état embryonnaire. [...] Comme on le voit, en l'état actuel du droit international, l'incertitude plane en ce qui concerne les contre-mesures prises dans l'intérêt général ou collectif. La pratique des États est peu abondante et seul un nombre limité d'États sont concernés»); paragraphe 13 du commentaire relatif au projet d'article 16 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 55 (où elle déclare que la pratique issue des pays de *common law* ne devrait pas être considérée comme étant d'une «applicabilité universelle»); et paragraphe 4 du commentaire relatif à la directive 2.6.10 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 171 («La pratique étatique en matière de confirmation des objections est clairsemée et incertaine [...]»).

²⁹ Voir paragraphe 18 du commentaire relatif au projet d'article 9 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 198 (où elle se fonde sur la pratique de certains États nouvellement indépendants pour formuler une règle de portée générale); et paragraphe 26 du commentaire relatif au projet d'article 32 sur la succession d'États en matière de traités, *ibid.*, p. 268 (où elle se fonde sur la pratique limitée d'un petit nombre d'États unifiés pour formuler une règle générale); voir également paragraphes 4 à 6 du commentaire relatif au projet d'article 5 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 24 et 25 (où elle se fonde sur la pratique clairsemée des tribunaux internationaux pour réaffirmer «la norme de droit international existante»); et paragraphes 1 à 3 du commentaire relatif au projet d'article 6 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *ibid.*, p. 25 et 26 (où elle se fonde sur une jurisprudence nationale et internationale éparse pour confirmer un principe).

³⁰ Voir paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 21 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 239 («Cependant, le cas des anciens dominions britanniques était très peu courant, en raison tant des circonstances de leur accession à l'indépendance que de leurs relations spéciales avec la Couronne britannique à l'époque en question. Il ne faudrait donc pas tirer de ces cas la conclusion générale [...]»); paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 29 sur la succession d'États en matière de traités, *ibid.*, p. 259 (où elle déclare que les circonstances qui ont entouré la création d'une certaine fédération étaient

Observation 4

La Commission emploie des termes différents, pour apprécier le caractère uniforme ou généralisé de la pratique des États.

20. Au nombre des termes et expressions employés, on citera les suivants: «uniformité» ou «pratique uniforme»³¹, «pratique générale»³², «pratique répandue»³³, règle «largement respectée en pratique»³⁴, «pratique bien établie et généralisée»³⁵, «pratique bien établie»³⁶, «pratique certaine»³⁷, pratique «solidement établie»³⁸, «pratique constante»³⁹, «pratique

«assez particulières» et ne semblaient pas constituer «un précédent valable d'où l'on puisse tirer des conclusions générales»); paragraphe 11 du commentaire relatif au projet d'article 34 sur la succession d'États en matière de traités, *ibid.*, p. 273 («[L]es faits relatifs à cette fédération extrêmement éphémère sont d'un caractère trop particulier pour constituer un précédent dont on puisse tirer une règle générale»); paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 8 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire... 1981*, vol. II (2^e partie), p. 24 (où elle déclare qu'on ne «peut dégager des critères d'application générale [...] des deux résolutions de l'Assemblée générale, adoptées en application d'un traité et visant exclusivement des situations particulières»); et paragraphe 13 du commentaire relatif au projet d'article 13 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *ibid.*, p. 32 (où elle écarte deux cas «qui n'ont pas réellement une valeur exemplaire, car si l'on peut y déceler l'application d'un principe général [...], cela est dû à d'autres causes particulières et spécifiques»).

³¹ Voir paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 9 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 103 (où elle évoque l'«uniformité» de la pratique des États); paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 36 sur les relations et immunités diplomatiques, *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 105 («Mais là s'arrête l'uniformité de la pratique des États [...]»); paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article 3 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 265 («[...] la pratique internationale n'est pas uniforme [...]»); et paragraphe 7 du commentaire relatif à l'article 3 sur le droit de la mer, *ibid.*, p. 266 (où elle a «constaté une grande divergence dans la pratique internationale»).

³² Voir paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 3 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 97; paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 22 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 243 [où *general practice* («pratique générale») a été traduit par «pratique la plus répandue»]; et paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 52 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 272.

³³ *Widespread practice* en anglais; voir paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 49 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 126 (traduit par «pratique très généralisée»); paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 16 sur les relations consulaires, *ibid.*, p. 103 (traduit par «usage très répandu»); et paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 41 sur les relations consulaires, *ibid.*, p. 120 (traduit par «pratique [...] généralisée»).

³⁴ Voir paragraphe 2 du commentaire relatif à la directive 2.3 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 119.

³⁵ Voir paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 8 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), p. 309.

³⁶ Voir, par exemple, paragraphe 3 du commentaire relatif à la directive 1.8 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 94; paragraphe 12 du commentaire relatif à la directive 3.1.5.3 sur les réserves aux traités, *ibid.*, p. 233; et paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 50 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), p. 334 («pratique bien établie»).

³⁷ Voir paragraphe 12 du commentaire relatif au projet d'article 13 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire... 1981*, vol. II (2^e partie), p. 32.

³⁸ Voir paragraphe 8 du commentaire relatif à la directive 4.5.1 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 311.

³⁹ Voir paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 21 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 63.

établie⁴⁰», «pratique prépondérante des États⁴¹» et «très grand poids⁴²» de la pratique.

Observation 5

Lorsque la pratique internationale est reliée par un fil conducteur ou un thème commun⁴³, la présence de certaines divergences n'empêche généralement pas la Commission d'identifier une règle de droit international coutumier⁴⁴.

21. Ainsi, dans le commentaire du projet d'article 34 sur la succession d'États en matière de traités, la Commission déclare que

bien que l'on puisse relever quelques divergences dans la pratique des États, cette pratique était assez uniforme pour justifier la formulation d'une règle qui disposerait, avec les réserves nécessaires, que les traités en vigueur à la date de la dissolution devraient rester en vigueur *ipso jure* à l'égard de chacun des États issus de la dissolution⁴⁵.

22. De même, dans son commentaire du projet d'article 32 sur les relations et immunités diplomatiques, la Commission relève que «bien que le degré d'exemption [de certains impôts et taxes] varie selon les pays, on peut considérer comme une règle de droit international que l'exemption existe sous réserve de certaines exceptions⁴⁶».

⁴⁰ Voir paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 19 sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 56 («Bien que les législations nationales, la jurisprudence et la doctrine révèlent une tendance [...] ceci ne constitue probablement pas une pratique établie»).

⁴¹ Voir paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 22 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 276.

⁴² Voir paragraphe 17 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 207 (où elle déclare que la pratique des États est «d'un très grand poids» pour justifier la non-application de la règle du changement fondamental de circonstances à un traité établissant une frontière).

⁴³ Voir paragraphe 11 du commentaire relatif au projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 103 (où elle déclare que même si les termes et l'optique des accords internationaux dans lesquels la doctrine de l'utilisation équitable, qu'elle qualifie de «règle générale de droit», est exprimée «varient considérablement, ils ont pour *thème unificateur* la reconnaissance des droits des parties à l'utilisation et aux avantages du cours d'eau international ou des cours d'eau internationaux considérés, droits qui sont égaux dans leur principe et corrélatifs dans leur application»).

⁴⁴ Pour une analyse de la manière dont la Commission applique le critère d'uniformité de la pratique des États, voir observation 2 *supra*.

⁴⁵ Paragraphe 25 du commentaire relatif au projet d'article 34 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 276.

⁴⁶ Paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 32 sur les relations et immunités diplomatiques, *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 103. Voir également paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 29 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 279 («La pratique existant dans les différents États est trop divergente pour être régie par les quelques critères adoptés par la Commission. [...] C'est pourquoi la Commission a cru bon de se borner à énoncer le principe directeur suivant lequel, pour que l'octroi de la nationalité soit généralement reconnu, il faut qu'un lien réel existe entre le navire et l'État qui octroie le pavillon. [...] La majorité de la Commission a toutefois préféré un critère vague à l'absence de tout critère»); paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 30 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 114 (où elle affirme l'inviolabilité des locaux consulaires, notant en particulier que le principe est consacré par de nombreuses conventions consulaires,

(Suite de la note page suivante.)

Observation 6

La Commission considère parfois que, sans être décisive, la cohérence de la pratique des États dans le temps est un facteur de la formation ou de l'existence de la règle de droit international coutumier⁴⁷.

2. SOURCES INTERROGÉES PAR LA COMMISSION POUR ANALYSER LA PRATIQUE DES ÉTATS

Observation 7

La Commission interroge diverses sources pour analyser la pratique des États en vue d'identifier une règle de droit international coutumier.

23. Dans ses travaux, la Commission semble avoir suivi l'approche initialement envisagée dans le rapport sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier qu'elle avait soumis à l'Assemblée générale, en 1950⁴⁸. La liste

(Suite de la note 46.)

même si certaines admettent l'existence de « quelques exceptions à la règle de l'inviolabilité »; paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 13 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 219 (où elle considère que l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* montre que, si, « dans des circonstances particulières, l'application de la règle peut parfois poser des problèmes difficiles, la règle existante semble être bien établie »); et paragraphes 2 et 3 du commentaire relatif au projet d'article 11 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 35 (« Bien que [les règles de procédure et d'administration de la preuve] varient selon les pays, tous les tribunaux doivent respecter une norme minimale en matière de droits de la défense [...] »).

⁴⁷ Voir, par exemple, paragraphe 18 du commentaire relatif au projet d'article 5 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 101 (« L'alinéa j tend à consacrer une pratique depuis longtemps établie et selon laquelle les consuls assurent la remise aux intéressés [...] des actes judiciaires »); paragraphes 4 et 6 du commentaire relatif au projet d'article 5 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 24 et 25 (où elle déclare que l'article réaffirme la « norme de droit international existante » et précise que « [d]ans les instruments juridiques pertinents adoptés depuis le statut du Tribunal de Nuremberg, l'ordre d'un supérieur hiérarchique a été systématiquement exclu en tant que fait justificatif »); paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *ibid.*, p. 28 (« La possibilité pour un individu d'invoquer sa qualité officielle comme fait justificatif à l'égard d'un crime de droit international est systématiquement écartée dans tous les instruments pertinents adoptés depuis le statut du Tribunal de Nuremberg [...] »); et paragraphe 26 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens [qui « reste généralement valide » d'après le commentaire de l'article 5 correspondant dans la version finale du projet d'articles sur le sujet, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 23], *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 144 et 145 (« Il convient d'observer [...] que la règle de l'immunité des États, qui a été formulée au début du XIX^e siècle et a été généralement admise, en Europe, dans les pays de « common law » ainsi que dans un grand nombre de pays de droit romain au cours de ce siècle, a plus tard été adoptée en tant que règle générale du droit international coutumier solidement enracinée dans la pratique contemporaine des États. Ainsi, la règle de l'immunité des États continue à être appliquée, dans une plus ou moins large mesure, dans la pratique des pays dont la jurisprudence au XIX^e siècle a déjà été examinée [...]. Cette règle paraît être régulièrement appliquée dans d'autres pays »). Voir aussi, *a contrario*, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 54 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 147 (« La pratique dans ce domaine est limitée et encore à l'état embryonnaire »).

⁴⁸ Voir *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316, p. 368, par. 31 [en français, Rapport de la

indicative des sources sur lesquelles elle s'est fondée pour analyser la pratique des États comprend: le droit interne⁴⁹, la jurisprudence interne⁵⁰, la pratique du

Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 5, par. 31] [« La documentation relative à la pratique des États doit être puisée à différentes sources. La référence, dans l'article 24 du statut de la Commission, aux « documents établissant la pratique des États » (*documents concerning State practice*) ne fournit aucun critérium permettant de juger de la nature de ces « documents ». D'autre part, il ne serait pas possible d'énumérer les nombreuses catégories de documents révélant la pratique suivie par les États pour le règlement de chacun des multiples problèmes qui se posent dans les relations internationales »]. Dans son rapport, la Commission donne toutefois une liste indicative des sources qui peuvent présenter un intérêt pour l'étude du droit international coutumier, à savoir: a) les textes d'instruments internationaux; b) les décisions des cours internationales; c) les décisions des tribunaux nationaux; d) la législation nationale; e) la correspondance diplomatique; f) les avis des conseillers juridiques des gouvernements; et g) la pratique des organisations internationales (*ibid.*, p. 5 à 9, par. 33 à 78). Elle précise notamment qu'elle emploie l'expression « législation nationale [...] dans son sens large » comme englobant « les constitutions des États, les dispositions adoptées par leurs organes législatifs, ainsi que par les règlements et déclarations promulgués par les organes exécutifs et administratifs » sans exclure « aucune des dispositions ayant un caractère de règlement qui ont pu être prises par une autorité publique » (*ibid.*, p. 7, par. 60, sous-section consacrée à la législation nationale). Elle souligne également que les « décisions des tribunaux nationaux constituent une précieuse source de documentation pour ce qui est de la pratique des États dont relèvent ces tribunaux, même si elles ne peuvent être considérées, par ailleurs, comme source du droit international coutumier » (*ibid.*, par. 54) et estime qu'il n'est « pas nécessaire de déterminer la valeur que l'on peut attribuer aux décisions des tribunaux nationaux en tant que source du droit international coutumier, par rapport aux autres genres de sources dont on dispose » (*ibid.*).

⁴⁹ Voir, par exemple, paragraphe 19 du commentaire relatif au projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 40 (où elle passe en revue la législation de différents États); paragraphe 8 du commentaire relatif à l'article 19 sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 56 (« Bien que les législations nationales, la jurisprudence et la doctrine révèlent une tendance à limiter le droit absolu de l'État [...], ceci ne constitue probablement pas une pratique établie »); paragraphe 13 et note 164 du commentaire relatif au projet d'article 16 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 55 (où elle précise que les règles sont confirmées par la pratique des États, y compris celle des organes législatifs); et paragraphes 40 à 48 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (voir *supra* la note 47), *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 149 et 150 (où elle souligne que « la législation nationale constitue un élément important du concept général de la pratique des États » et procède à une analyse du droit interne pertinent).

⁵⁰ Voir paragraphes 13 à 18 du commentaire du projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 37 à 40 (où elle analyse la pratique judiciaire des pays); paragraphe 13 et note 164 du commentaire relatif au projet d'article 16 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *ibid.*, p. 55 (où elle précise que les règles sont confirmées par la pratique des États, y compris celle des organes judiciaires); paragraphe 7 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (voir *supra* la note 47), *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 140 (« La règle générale du droit international concernant l'immunité des États s'est développée surtout à partir de la pratique judiciaire des États. Les tribunaux nationaux ont été responsables au premier chef de la croissance et du développement progressif d'un corps de règles coutumières régissant les relations entre nations dans ce domaine particulier »); et paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 280 (où elle se réfère à la pratique des juridictions nationales).

pouvoir exécutif⁵¹, la pratique diplomatique⁵² et la pratique conventionnelle⁵³.

24. La Commission a également interrogé des sources secondaires, dont les observations des États⁵⁴, les publications d'organisations internationales⁵⁵ et d'organisations

⁵¹ Voir paragraphe 39 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (voir *supra* la note 47), *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 148 et 149 («L'opinion du gouvernement, exprimée par l'intermédiaire de ses instances politiques, est extrêmement révélatrice des tendances générales de la pratique des États. [...] [L]e gouvernement peut, par ses initiatives, provoquer une évolution salutaire du droit en faisant valoir avec force ses positions ou en agissant par l'intermédiaire de la législature, ou encore en acceptant les principes contenus dans une convention internationale. Inversement, il est évident que le gouvernement est responsable de sa décision de présenter une demande d'immunité en ce qui le concerne ou en ce qui concerne ses biens, ou de se soumettre à la juridiction du tribunal d'un autre État, ou de renoncer à son immunité souveraine dans une affaire donnée»); et paragraphe 13 du commentaire relatif au projet d'article 16 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 55 (où elle précise que les règles sont confirmées par la pratique des États, y compris celle des organes exécutifs).

⁵² Voir paragraphes 14 à 17 du commentaire relatif au projet d'article 8 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 190 et 191 (où elle examine les prises de position, les échanges et les pratiques diplomatiques des États pour établir l'existence d'une règle générale); et paragraphes 11 à 17 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *ibid.*, p. 205 à 207 (où elle analyse les échanges et les prises de position diplomatiques dans les litiges frontaliers pour savoir si, d'après la pratique des États, les règlements frontaliers sont affectés par les successions d'États). Voir également Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 8, par. 71 (où elle indique que la correspondance diplomatique entre les gouvernements constitue une source abondante de documentation sur le droit international coutumier).

⁵³ Voir paragraphes 20 et 21 du commentaire relatif au projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 40 et 41 (où elle déclare que «ces pratiques conventionnelles bilatérales cumulées pourraient confirmer l'existence d'une pratique générale des États en faveur de» certaines dérogations à l'immunité des États); paragraphes 14 à 18 du commentaire relatif au projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 220 et 221 (où elle analyse la pratique des États sur la base d'accords de dévolution et en dégage une règle générale); paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 15 et paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 19 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 106 et 109 (où elle déduit la pratique des États d'une série de conventions consulaires); et paragraphes 1 et 3 du commentaire relatif au projet d'article 28 sur les relations consulaires, *ibid.*, p. 112 et 113 (où elle déclare que la règle est confirmée par de nombreuses conventions consulaires).

⁵⁴ Les observations des États sont l'une des principales sources que la Commission et ses rapporteurs spéciaux interrogent au sujet de la pratique des États. Voir, par exemple, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 56 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 129 («L'analyse des règlements consulaires a montré, et les observations des gouvernements ont confirmé, que certains États autorisent leurs fonctionnaires consulaires de carrière à exercer une occupation privée de caractère lucratif. [...] En tenant compte de cette pratique, la Commission a adopté [...] cet article [...]»); et paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 7 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 26 («La mention de l'absence de consentement comme une condition *sine qua non* de l'application de l'immunité des États est corroborée par la pratique des États. Certaines des réponses des États Membres au questionnaire qui leur a été envoyé illustrent clairement ce lien entre l'absence de consentement et l'exercice licite de la juridiction»).

⁵⁵ Voir, par exemple, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 23 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 81 (où elle

non gouvernementales⁵⁶, les publications de gouvernements⁵⁷, la jurisprudence internationale et la doctrine⁵⁸.

25. S'agissant d'une question juridique bien particulière, la Commission a aussi fait état de la difficulté qu'elle avait à identifier et à apprécier des éléments mettant en évidence la pratique des États⁵⁹.

C. Élément subjectif de la coutume (*opinio juris sive necessitatis*)

26. Outre la pratique des États, la Commission a souvent évoqué dans ses travaux ce qu'il est convenu d'appeler l'élément subjectif du droit international coutumier⁶⁰. Il s'agira de dégager dans la présente section les caractéristiques de cette pratique, telles que définies par la Commission, et les sources qu'elle a interrogées aux fins de son analyse.

cite une étude du Secrétariat sur la pratique des États en matière de force majeure); paragraphe 16 du commentaire relatif au projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 37 et 38 (où elle cite la pratique de l'Égypte, telle qu'elle ressort d'une publication des Nations Unies); paragraphe 27 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 209 (où elle cite l'Accord sur les eaux du Nil de 1929 et d'autres accords bilatéraux reproduits dans une publication des Nations Unies); et paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 19 sur la succession d'États en matière de traités, *ibid.*, p. 230 et 231 (où elle cite une publication des Nations Unies à l'appui d'une proposition portant sur la pratique des États successeurs).

⁵⁶ Voir, par exemple, paragraphes 10 et 12 du commentaire relatif au projet d'article 9 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 196 et 197 (où elle cite des publications de l'Association de droit international); paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 23 sur la succession d'États en matière de traités et note 392, *ibid.*, p. 246 (où elle cite un rapport de l'Association de droit international); et paragraphe 17 du commentaire relatif aux projets d'articles 30 et 31 sur la succession d'États en matière de traités, *ibid.*, p. 265 et 266 (où elle cite un rapport du Nigerian Institute for International Affairs).

⁵⁷ Voir, par exemple, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 24 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 83 (où elle cite des échanges diplomatiques reproduits dans une publication du Gouvernement américain); paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 32 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, p. 100 (où elle évoque la pratique des États décrite dans la publication *British and Foreign State Papers*, 1919, vol. 112); et paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 14 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 215 (où elle évoque, dans la version anglaise, la pratique conventionnelle telle qu'elle ressort d'une publication du Gouvernement britannique).

⁵⁸ Voir *infra* section E du présent chapitre.

⁵⁹ Voir paragraphe 4 du commentaire de l'annexe au projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités (concernant la liste indicative de traités visés à l'article 7 dont le contenu implique qu'ils continuent de s'appliquer en tout ou en partie pendant un conflit armé), *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 121 («[...] on ne doit pas s'attendre à un flux substantiel d'informations en provenance des États et relatives à leur pratique. De plus, il est extrêmement difficile de cerner la pratique pertinente des États dans ce domaine»).

⁶⁰ Voir, par exemple, paragraphe 8 du commentaire relatif à la directive 2.2.1 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 115 (où elle se réfère à la pratique et à l'*opinio juris* pour dire que l'obligation de confirmation formelle des réserves formulées à la signature des traités est passée dans le droit positif); et paragraphe 18 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (voir *supra* la note 47), *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 142 (où elle se réfère à l'*opinio juris* sous-jacente à la pratique des États en matière d'immunité juridictionnelle).

1. CARACTÉRISTIQUES DE L'ÉLÉMENT SUBJECTIF

Observation 8

La Commission définit souvent l'élément subjectif de la coutume comme étant la conviction qu'ont les États d'être liés par une règle obligatoire⁶¹. Si elle invoque souvent expressément le caractère obligatoire d'une règle⁶², il lui arrive aussi de reconnaître que telle règle existe parce que les États la jugent nécessaire⁶³.

Observation 9

La Commission considère souvent qu'une règle de droit international coutumier potentielle est «généralement admise» ou «largement reconnue» par les États. Mais elle parle aussi de la «conviction» ou de la «position» des États à l'égard de l'existence ou du contenu de telle ou telle règle.

27. Dans ses travaux, la Commission a maintes fois parlé de l'élément subjectif de la coutume internationale, précisant que telle règle était «largement reconnue»⁶⁴

⁶¹ L'idée étant ici que les règles de droit international coutumier peuvent tout aussi bien avoir valeur potestative (en consacrant les droits ou les pouvoirs des États) que directive (en imposant des obligations aux États). La Commission parle expressément d'une règle potestative au commentaire relatif au projet d'article 67 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 132 (où la règle veut que chaque État soit libre de décider s'il nommera ou recevra des fonctionnaires consulaires honoraires); paragraphe 11 du commentaire relatif au projet d'article 7 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 28 («Le droit international coutumier ou la coutume internationale reconnaît au tribunal le droit d'exercer sa juridiction à l'égard d'un autre État qui a exprimé son consentement en des termes ne laissant place à aucune incertitude, mais l'exercice effectif de cette juridiction relève exclusivement du pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui peut soumettre l'expression du consentement à une règle plus stricte»); paragraphes 7 et 12 à 17 du commentaire relatif au projet d'article 15 sur les successions d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 219 à 221 (où la pratique des États soutient l'opinion traditionnelle selon laquelle un État nouvellement indépendant n'a aucune obligation générale de reprendre à son compte les traités de son prédécesseur; voir en particulier paragraphe 12: «Il semble qu'en l'espèce l'application de la notion de succession ait abouti à reconnaître au nouvel État le droit de devenir partie à l'instrument international sans chercher à lui imposer en même temps l'obligation de le faire»).

⁶² Voir paragraphes 3 à 5 et 9 du commentaire relatif aux projets d'articles 27 («Règle générale d'interprétation») et 28 («Moyens complémentaires d'interprétation») sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 238 à 240, en particulier paragraphe 4 («l'application d'un grand nombre de ces principes est plutôt discrétionnaire qu'obligatoire [...]») et paragraphe 9 («Cependant, les [...] éléments dont il s'agit présentent tous un caractère obligatoire [...]»); et paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 19 sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 56 («Les États qui limitent leur liberté de disposer comme ils l'entendent des indemnités reçues n'ont pas quant à eux le sentiment d'obéir à une obligation»).

⁶³ Voir, par exemple, paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 281 («[...] tant de faits témoignent [que la théorie *rebus sic stantibus*] est admise en droit international, que cela tend à indiquer que l'existence dans le droit des traités de cette soupape de sûreté est généralement jugée nécessaire»); et paragraphe 9 du commentaire relatif au projet d'article 20 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 127.

⁶⁴ Voir, par exemple, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 30 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 246 (où elle déclare qu'il est «incontestable que cette règle est reconnue dans

ou «généralement admise»⁶⁵). En examinant la notion de règle «généralement acceptée», la Commission a analysé en détail la dynamique des revendications et des acceptations à l'origine de telle ou telle règle du droit international coutumier⁶⁶. À certaines occasions, elle a invoqué l'élément subjectif en parlant de la «conviction»⁶⁷ ou de la «position»⁶⁸ des États à l'égard de l'existence ou du contenu de la règle.

la pratique des États et dans les décisions des tribunaux internationaux, ainsi que dans les ouvrages de doctrine»); paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 39 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 118 («L'importance de la contribution de l'État lésé au préjudice pour déterminer la réparation est largement étayée par la doctrine et par la pratique des États»); paragraphe 2 du commentaire général sur les contre-mesures, *ibid.*, p. 137 («Il est reconnu, tant par les gouvernements que par les décisions de tribunaux internationaux, que des contre-mesures sont, dans certaines circonstances, justifiées»); et paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 51, *ibid.*, p. 144 («La proportionnalité est une condition bien établie du recours à des contre-mesures, et est largement reconnue dans la pratique des États, la doctrine et la jurisprudence»).

⁶⁵ Voir, par exemple, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 15 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 220 (où elle déclare qu'un principe est «généralement admis»); paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article premier sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 340 (où elle déclare que le fait d'accorder aux membres du cabinet une protection spéciale en tout temps et en toutes circonstances lorsqu'ils se trouvent à l'étranger ne peut «se fonder sur une règle généralement acceptée du droit international»); paragraphe 35 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 212 (où elle déclare qu'un principe est «généralement accepté» et met en relief l'existence d'une «conviction»); et paragraphe 28 du commentaire relatif à la directive 4.5.1 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 316 (où elle invoque la «large acceptation» par des États, les juridictions et les organes conventionnels de la règle qui veut que les réserves non valables sont dénuées d'effet).

⁶⁶ Voir paragraphe 2 du commentaire relatif au principe 9 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 174: «La Proclamation Truman de 1945, par laquelle les États-Unis entendaient imposer des obligations aux autres États ou, du moins, limiter leurs droits sur le plateau continental américain, n'a pas été l'objet d'une acceptation de la part des autres États à proprement parler. Toutefois, comme la Cour l'a souligné, «le régime du plateau continental est l'exemple d'une théorie juridique née d'une solution particulière qui a fait école» [*Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 53, par. 100]. En effet, les autres États ont répondu à la proclamation par des réclamations et des déclarations analogues [Voir le cas du Mexique, *Laws and regulations on the regime of the High Seas*, vol. I (publication des Nations Unies, numéro de vente: 1951.V.2), p. 13. Voir aussi le huitième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/557, par. 132] et peu après le contenu de la proclamation a été repris par l'article 2 de la Convention de Genève sur le plateau continental de 1958. Elle a donc, en quelque sorte, été généralement acceptée et a constitué le point de départ d'un processus coutumier ayant abouti à une nouvelle norme de droit international dans un temps très restreint. La Cour a remarqué à cet égard: «La proclamation Truman devait cependant être bientôt considérée comme le point de départ dans l'élaboration du droit positif en ce domaine et la doctrine principale qu'elle énonçait [...] l'a finalement emporté sur toutes les autres et trouve aujourd'hui son expression dans l'article 2 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental» [note 934: *Plateau continental de la mer du Nord* (note 932 *supra*), par. 47].»

⁶⁷ Voir paragraphe 35 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 212 (où elle utilise les termes «conviction» et «généralement accepté»).

⁶⁸ Voir paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 280 («Ce sont peut-être

Observation 10

La Commission fait parfois la distinction entre l'élément subjectif d'une règle de droit international coutumier et d'autres considérations susceptibles de dicter la conduite ou la position d'un État.

28. La Commission a parfois estimé que la conduite ou les prises de position des États étaient dictées par des considérations autres que la reconnaissance ou l'acceptation d'une règle de droit, ou la conviction de se conformer à une telle règle. Elle retient en particulier la courtoisie⁶⁹, des considérations politiques, la volonté ou le compromis⁷⁰, des mesures de précaution⁷¹,

les exposés qui ont été présentés à la Cour à l'occasion d'affaires dans lesquelles le principe [*rebus sic stantibus*] était invoqué qui illustrent le mieux la position des États [...]»).

⁶⁹ Voir paragraphe 1 du commentaire de la deuxième partie du projet d'articles sur les missions spéciales, *Annuaire... 1967*, vol. II, p. 395 («Avant la Seconde Guerre mondiale on discutait en doctrine et dans la pratique de la question de savoir si les facilités, privilèges et immunités des missions spéciales avaient un fondement juridique ou s'ils n'étaient accordés que *par simple courtoisie*». Depuis la guerre, la thèse du *fondement juridique* l'a emporté. On admet en général aujourd'hui que les États ont l'obligation de reconnaître aux missions spéciales et à leurs membres les facilités, privilèges et immunités en question»). Voir également paragraphe 2 du commentaire de l'annexe du projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), p. 355 («par courtoisie»).

⁷⁰ Voir paragraphes 1, 8, 9 et 20 du commentaire relatif au projet d'article 25 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire... 1981*, vol. II (2^e partie), p. 53 à 55 et 59 (en particulier, paragraphe 1, où elle parle de «solutions politiques exprimant les rapports de force de vainqueurs à vaincus plutôt que des solutions équitables»; et paragraphe 8, où elle évoque des «solutions [...] inspirées par un «rapport de forces» déterminé»); paragraphe 36 du commentaire relatif au projet d'article 35, *ibid.*, p. 90 (où elle évoque des «considérations de politique ou d'opportunité» et estime qu'il «est à présumer fortement que ce n'est pas dans un tel contexte que les États expriment un consentement libre ou sont enclins à faire leur part aux exigences de la justice, de l'équité, ou même du droit»); et paragraphe 63 du commentaire du projet d'article 36 sur le même sujet, *ibid.*, p. 103 et 104 («La pratique des États révèle l'existence de conflits de principes, de solutions fondées sur des compromis sans référence explicite à aucun principe [...]»); paragraphes 4 à 15 du commentaire relatif au projet d'article 23 sur les successions d'États en matière de traités, en particulier paragraphes 8, 12 et 15, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 245 à 248 [où elle conclut que la succession en matière de traités bilatéraux a «un caractère essentiellement volontaire» (par. 12), et où elle estime que la pratique ne lui permet pas de conclure que la continuité des traités «découle d'une règle juridique coutumière et non de la volonté des États intéressés», (par. 8)]. Voir également paragraphes 17 et 18 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (voir *supra* la note 47), où elle laisse entendre que le consentement est sans préjudice d'une règle coutumière qui est étayée par la pratique et l'*opinio juris*: «Le principe de l'immunité des États, qui devait être plus tard admis dans la pratique de la plupart des États, a été clairement formulé de la manière suivante par le président Marshall [...] : «[...] Ce consentement peut être, dans certains cas, déterminé en fonction de l'usage et de l'opinion commune qui découle de cet usage.» [...] Selon cette formulation classique de la règle de l'immunité des États, [...] l'octroi de l'immunité de juridiction était fondé sur le consentement de l'État territorial établi en fonction de l'usage et confirmé par l'opinio juris qui est à la base de cet usage» [Annuaire... 1980, vol. II (2^e partie), p. 142].

⁷¹ Voir paragraphe 4 du commentaire relatif à la directive 2.6.10 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 171 [où elle considère que, d'après la pratique des États, la confirmation des objections en pareil cas relève «de mesures de précaution dont rien n'indique qu'elles soient dictées par le sentiment d'une obligation juridique (*opinio juris*)»].

des expressions d'intention⁷² et des aspirations ou des préférences⁷³.

Observation 11

La Commission considère parfois que l'absence d'opposition à telle règle dans la pratique des États est révélatrice⁷⁴.

2. SOURCES INTERROGÉES PAR LA COMMISSION POUR ANALYSER L'ÉLÉMENT SUBJECTIF

Observation 12

La Commission interroge diverses sources pour analyser l'élément subjectif en vue d'identifier une règle de droit international coutumier.

29. Au nombre des sources retenues par la Commission, on citera notamment: les prises de position des États au sein des organisations internationales (par exemple, leurs observations écrites ou leurs réponses aux questionnaires)⁷⁵ ou à l'occasion de conférences

⁷² Voir paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 30 sur les clauses de la nation la plus favorisée, *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 82 («Si tous ces faits peuvent révéler l'existence parmi les États d'une tendance à favoriser le commerce entre pays en développement par un «traitement différencié», la conclusion de la Commission a été que cette tendance ne s'était pas encore cristallisée au point de pouvoir se traduire par une règle juridique précise ayant sa place parmi les règles générales relatives au fonctionnement et à l'application de la clause de la nation la plus favorisée. Tous les textes dont des extraits ont été cités dans les paragraphes précédents sont pour l'essentiel des expressions d'intention bien plus que des règles obligatoires»).

⁷³ Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 59, par. 4 et 5 (s'agissant du principe 22 de la Déclaration de Stockholm et du principe 13 de la Déclaration de Rio, elle a noté que «[c]es principes ne visent pas à donner naissance à des obligations juridiquement contraignantes mais ils traduisent cependant des aspirations et des préférences de la communauté internationale»).

⁷⁴ Voir, par exemple, paragraphe 32 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (voir *supra* la note 47), *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 146 («L'examen ci-dessus de la pratique judiciaire des juridictions de «*common law*» et des systèmes issus du droit romain au XIX^e siècle, ainsi que de la pratique judiciaire actuelle d'autres pays, témoigne d'une certaine uniformité dans l'acceptation de la règle de l'immunité des États. Sans chercher à passer en revue la jurisprudence contemporaine de tous les pays pour y découvrir d'éventuelles divergences dans l'évolution historique et dans l'application effective du principe, il convient d'observer qu'en ce qui concerne les pays où la jurisprudence publiée sur le sujet est peu abondante ou inexistante, rien n'indique que la notion de l'immunité des États a été ou sera rejetée». Il semble qu'on puisse en conclure que, dans la pratique générale des États en tant que source du droit coutumier, il ne fait guère de doute qu'une règle générale de l'immunité des États est fermement établie en tant que norme du droit international coutumier»). Voir également paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 13 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 48 («Cette exception [à l'immunité dans les affaires de propriété, possession et usage de biens par un État], qui ne s'est heurtée à aucune opposition sérieuse dans la pratique judiciaire ou gouvernementale des États», est formulée en des termes qui doivent être compatibles avec les opinions diverses des gouvernements [...]).

⁷⁵ Voir, par exemple, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 281 (où elle s'appuie sur les débats au sein des organes politiques des Nations Unies pour en déduire l'acceptation d'une règle de droit international); paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 16

(Suite de la note page suivante.)

internationales⁷⁶, la jurisprudence interne⁷⁷, les conclusions devant les cours et tribunaux internationaux⁷⁸, les dispositions de compromis d'arbitrage⁷⁹, la pratique et les

notes diplomatiques⁸⁰, la conduite de l'État (par opposition à la position qu'il affiche)⁸¹, la pratique conventionnelle de l'État⁸², la pratique en matière de traités multilatéraux⁸³ et divers instruments internationaux⁸⁴.

(Suite de la note 75.)

sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 107 (où elle se réfère aux observations que les États ont formulées sur son projet d'articles); et paragraphes 19 et 21 du commentaire relatif à la directive 4.5.3 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 323 (où elle se réfère aux vues exprimées par les États à la Sixième Commission de l'Assemblée générale et à leurs observations écrites pour montrer le désaccord existant quant à la réponse à apporter à la question de la validité de l'engagement à être lié par le traité en cas d'invalidité de la réserve).

⁷⁶ Voir, par exemple, paragraphe 10 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 204 et 205 (où elle se fonde sur l'attitude des États durant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités); paragraphe 17 du commentaire relatif au même projet d'article, *ibid.*, p. 207 (où elle évoque notamment «la décision que la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités a prise d'exclure de la règle du changement fondamental de circonstances un traité qui établit une frontière»); et paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 8 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 171 (où elle évoque notamment les «déclarations et [...] résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales»).

⁷⁷ Voir, par exemple, paragraphe 18 du commentaire relatif au projet d'article 13 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire... 1981*, vol. II (2^e partie), p. 33 («Quant à la jurisprudence, elle paraît elle aussi consacrer sans réserve le principe de la dévolution des biens publics en général, a fortiori des biens d'État, et donc des biens à caractère immobilier. Cela vaut, en premier lieu, pour la jurisprudence interne»); et paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 57 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 277 («Les tribunaux nationaux ont assez souvent reconnu le principe selon lequel la violation d'un traité peut donner à la partie innocente le droit de le dénoncer. Mais ils l'ont presque toujours fait dans des cas où leur gouvernement n'avait pas, en fait, cru devoir dénoncer le traité et ils n'ont pas jugé nécessaire d'examiner de près les conditions d'application de ce principe»). Voir *a contrario* paragraphe 20 du commentaire de l'annexe au projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités (concernant la liste indicative de traités visés à l'article 7, dont le contenu implique qu'ils continuent de s'appliquer en tout ou en partie pendant un conflit armé), *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 124 («Dans ce contexte particulier, les décisions des tribunaux internes constituent une source problématique. Premièrement, il se peut que ces tribunaux dépendent de directives de l'exécutif. Deuxièmement, les tribunaux internes peuvent invoquer des motifs d'ordre public qui ne sont pas directement liés aux principes du droit international. On peut néanmoins dire que la jurisprudence des tribunaux internes n'est pas hostile au principe de la survie»).

⁷⁸ Voir paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 204 (où elle se fonde sur les arguments invoqués devant la Cour internationale de Justice concernant la question de la succession aux traités de délimitation des frontières et aux dispositions accessoires à cette délimitation); et paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 280 (où elle déclare que «[c]e sont peut-être les exposés qui ont été présentés à la Cour à l'occasion d'affaires dans lesquelles le principe [*rebus sic stantibus*] était invoqué qui illustrent le mieux la position des États à cet égard» et cite les positions prises par les États dans plusieurs affaires devant la Cour permanente de Justice internationale); paragraphes 3 et suivants du commentaire relatif au projet d'article 62 sur la responsabilité des organisations internationales, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 102 et 103 (où elle se réfère aux positions prises par les États dans des affaires contentieuses pour démontrer que les États membres d'une organisation internationale ne peuvent généralement pas être considérés comme internationalement responsables du fait internationalement illicite de l'organisation).

⁷⁹ Voir paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 13 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 61 (où elle cite une clause commune à plusieurs compromis d'arbitrage pour prouver que la règle est un «principe généralement admis»).

⁸⁰ Voir paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 10 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, p. 52 («La pratique diplomatique reconnaît systématiquement que le comportement d'un mouvement insurrectionnel ne peut être attribué à l'État»); paragraphe 17 du commentaire relatif au projet d'article 8 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 191 (où elle cite des échanges de lettres entre différents États); paragraphes 14 et 21 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *ibid.*, p. 206 et 208 (où elle cite des notes diplomatiques).

⁸¹ Pour déterminer la position de l'État, la Commission a parfois décidé de faire prévaloir la conduite de celui-ci sur ses prises de position concernant telle ou telle règle lorsque les deux entraînent contradiction; voir paragraphe 13 du commentaire relatif au projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 104 («Si l'on étudie la façon dont les États règlent les différends auxquels donnent lieu les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, on constate une acceptation généralisée du droit de chaque État du cours d'eau international à utiliser celui-ci et à en tirer des avantages de façon raisonnable et équitable. Même les États qui se réclament parfois de la doctrine de la souveraineté absolue règlent en général les différends à propos desquels ils invoquent cette doctrine en concluant des accords qui aboutissent en fait à une répartition des eaux ou à la reconnaissance des droits des autres États du cours d'eau»).

⁸² Voir paragraphe 20 du commentaire relatif au projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 40 («L'attitude ou les vues d'un gouvernement peuvent être déduites de sa pratique conventionnelle établie. [...] Ainsi, la pratique conventionnelle de l'Union soviétique démontre amplement la volonté de ce pays de faire assurer les relations commerciales par des entreprises d'État [...] régies par des autorités territoriales compétentes»). Voir également paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 15 sur les relations consulaires, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 106 et 107 (où elle invoque notamment les «très nombreuses conventions consulaires»), ainsi que paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 19 et paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 28 sur le même sujet, *ibid.*, p. 109 et 112 (où elle se fonde également sur des conventions consulaires); paragraphes 3 à 11 du commentaire relatif au projet d'article 8 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 188 à 190 (où elle passe en revue des accords de dévolution, d'une part, pour déterminer s'ils permettent «d'assurer la succession aux traités conclus par l'État prédécesseur ou le maintien de ces traités» et, d'autre part, en raison des «indications qu'ils peuvent contenir quant au point de vue des États sur le droit coutumier régissant la succession d'États en matière de traités»); paragraphes 14 à 18 du commentaire relatif au projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *ibid.*, p. 220 et 221 (où elle déduit l'existence d'une «règle générale en ce qui concerne l'obligation d'un État nouvellement indépendant à l'égard des traités conclus par son prédécesseur» à partir de la pratique des États trouvée dans des accords de dévolution et estime qu'il «ne ressort pas de leur pratique que ces États ont agi comme s'ils se considéraient généralement liés par les traités bilatéraux conclus par l'État prédécesseur»).

⁸³ Voir, par exemple, paragraphes 1 et 5 du commentaire relatif au projet d'article 49 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 268 et 269 (où elle se réfère au principe de l'interdiction de l'emploi de la force consacré dans la Charte des Nations Unies); paragraphe 51 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (voir *supra* la note 47), *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 150 («La pratique actuelle des États en matière de traités témoigne de l'application des dispositions de plusieurs conventions de caractère universel qui traitent de certains aspects particuliers de l'immunité des États»); paragraphe 5 du commentaire relatif à l'article 11 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 35 (où elle déclare que les garanties d'une procédure régulière ont été consacrées dans plusieurs traités).

⁸⁴ La Commission a parfois déduit l'acceptation généralisée d'une règle d'instruments internationaux autres que des traités, comme des résolutions et déclarations des organisations internationales. Voir, par exemple, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 8 sur

D. Intérêt de la pratique des organisations internationales

Observation 13

Dans certaines circonstances, la Commission se fonde sur divers aspects de la pratique des organisations internationales pour identifier une règle de droit international coutumier (relations extérieures, exercice des fonctions et prises de position des organes concernant des situations bien précises ou des questions ayant trait d'une manière générale aux relations internationales)⁸⁵.

la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 171 (où elle déclare notamment que le principe de prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses est « consacré dans un certain nombre d'accords internationaux [...] de déclarations et de résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales »); et commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité: paragraphe 16 du commentaire relatif à l'article 2, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 22 (où elle précise que le principe de la responsabilité pénale individuelle pour incitation a été reconnu dans le Statut du Tribunal de Nuremberg); paragraphes 1 à 3 du commentaire relatif à l'article 6, *ibid.*, p. 25 et 26 (où elle déduit le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique à partir de traités et des statuts des tribunaux pénaux internationaux); paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article 6, *ibid.*, p. 26 et 27 (où elle déclare que les statuts des tribunaux pénaux internationaux consacrent expressément le principe de l'impossibilité de tirer prétexte de la position officielle de l'auteur pour se défendre); et paragraphe 5 du commentaire relatif à l'article 14, *ibid.*, p. 41 (où elle invoque divers instruments qui « n'admettent pas de faits justificatifs pour les crimes qu'[ils] visent »).

⁸⁵ Voir, par exemple, paragraphes 7 et 8 du commentaire relatif au projet d'article 41 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 123 (« 7) Un exemple de la pratique de non-reconnaissance d'actes commis en violation de normes impératives est fourni par la réaction du Conseil de sécurité à l'invasion du Koweït par l'Iraq en 1990 [...] 8) En ce qui concerne le déni du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, [...] [l]es mêmes obligations sont affirmées dans les résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale concernant la situation en Rhodésie et dans les bantoustans en Afrique du Sud »); paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 8 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *ibid.*, p. 171 (où elle indique que l'obligation d'informer les autres États des risques de dommage significatif auxquels ils sont exposés est reconnu dans les « déclarations et [...] résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales »); paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 17 sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 46 (où elle déclare que l'Assemblée générale avait affirmé que les crimes contre l'humanité constituaient un crime du droit international, et avait adopté la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide); paragraphes 1 à 14 du commentaire relatif au projet d'article 4 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 182 à 185 (où elle invoque la pratique de nombreuses organisations internationales, dont l'Organisation des Nations Unies et certaines de ses institutions spécialisées); paragraphes 12 et 13 du commentaire relatif au projet d'article 8, *ibid.*, p. 189 et 190 (où elle invoque la pratique du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en tant que dépositaire des traités multilatéraux) et paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 16 sur le même sujet, *ibid.*, p. 222; paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 24 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), p. 318 et 319 (« Les réponses de l'ONU et des institutions spécialisées indiquent que l'exemption prévue dans cet article est généralement reconnue »); paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 49 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 268 (« [...] l'interdiction formelle de recourir à la menace ou à l'emploi de la force formulée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et la pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies elle-même ont renforcé et cristallisé cette évolution du droit »); et paragraphe 112 du commentaire du principe VI des Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce

Observation 14

La Commission considère parfois que la pratique de telle organisation internationale peut être érigée en coutume propre à cette organisation pouvant porter sur divers aspects des fonctions et activités de l'organisation, comme le pouvoir de conclure des traités ou les règles applicables aux traités adoptés au sein de l'organisation⁸⁶.

E. Intérêt de la jurisprudence et de la doctrine

30. Comme indiqué précédemment⁸⁷, la Commission s'est souvent fondée dans son analyse du droit international coutumier sur la jurisprudence et la doctrine⁸⁸ et elle en a fait un usage très varié, comme exposé plus bas.

Observation 15

La Commission invoque parfois la jurisprudence internationale comme étant l'expression concluante d'une règle de droit international coutumier existante⁸⁹.

tribunal, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316 [en français, Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*], part. III, p. 376 (où elle se réfère à une déclaration de l'Assemblée de la Société des Nations concernant les guerres d'agression); et *ibid.*, part. II, p. 372 (« L'enregistrement au jour le jour de la pratique des organisations internationales peut être considéré comme une source de documentation relative au droit international coutumier dans le domaine des rapports existant entre les États et les organisations »).

⁸⁶ Voir paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 7 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 27 et 28 (où, parlant d'une pratique devenue « règle de l'organisation », elle reconnaît que le chef du Secrétariat a compétence pour exprimer le consentement de l'organisation à être liée par un traité sans avoir à en référer à un autre organe, et précise que c'est « l'acquiescement de [tous les autres organes qui auraient eu des titres à revendiquer cette compétence et ne l'ont pas fait] qui constitue la pratique »); paragraphes 11 à 13 du commentaire relatif au projet d'article 4 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 185 (où elle évoque, d'une manière générale, la possibilité que la pratique interne d'une organisation internationale donne naissance à des règles coutumières propres à l'organisation); et paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 22 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 241 (où elle cite la coutume propre à l'Organisation internationale du Travail concernant la date à compter de laquelle un État nouvellement indépendant est considéré comme lié par les conventions du travail).

⁸⁷ Voir observation 1 *supra*.

⁸⁸ Aux fins de la présente section, on retiendra l'observation suivante que la Commission a formulée au paragraphe 30 de son rapport sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier: « L'article 24 du statut de la Commission semble s'écarter de la classification de l'Article 38 du Statut de la Cour puisqu'il fait figurer, parmi les sources du droit international coutumier, les décisions judiciaires sur des questions de droit international. Cela peut cependant logiquement se défendre, car des décisions de cette nature, notamment celles des juridictions internationales, peuvent comporter la formulation et l'application de principes et de règles de droit international coutumier. D'autre part, la pratique suivie par un État peut ressortir des décisions rendues par ses tribunaux nationaux » (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316, p. 368, par. 30 [Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 4 et 5, par. 30]).

⁸⁹ Ainsi, au sujet de la question des lignes de base droites, la Commission a considéré que l'arrêt de la Cour internationale de

(Suite de la note page suivante.)

Observation 16

La Commission invoque souvent aussi la jurisprudence pour établir l'existence ou l'inexistence d'une règle de droit international coutumier.

31. Aux fins de son analyse, la Commission a souvent considéré que la consécration judiciaire d'une règle (qu'il s'agisse de décisions des cours ou tribunaux internationaux, ou de sentences arbitrales) était un facteur pertinent, certes non décisif, de l'existence d'une règle de droit international coutumier⁹⁰.

(Suite de la note 89.)

Justice dans l'*Affaire des pêcheries* était «l'expression du droit en vigueur» et elle s'en est «inspirée lors de la rédaction de [l']article», paragraphes 1 à 4 du commentaire relatif au projet d'article 5 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 267 et 268. Voir également paragraphes 3 à 5 du commentaire relatif au projet d'article 24 sur le même sujet, p. 277 (où elle considère que dans l'*Affaire du Détroit de Corfou* la Cour avait exprimé une règle de droit coutumier en vigueur concernant le passage inoffensif dans les détroits qui mettent en communication deux parties de la haute mer); et paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 23 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 229 et 230 (où, se fondant sur les décisions de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de Justice internationale et de tribunaux arbitraux, elle déclare qu'«[o]n trouve dans la jurisprudence des tribunaux internationaux beaucoup de précédents à l'appui de la thèse selon laquelle, dans le présent contexte, le principe de la bonne foi est un principe juridique qui forme partie intégrante de la règle *pacta sunt servanda*»).

⁹⁰ Voir, par exemple, paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 25 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 88 («Dans l'ensemble, la pratique des États et la jurisprudence étaient le point de vue selon lequel l'état de nécessité peut constituer une circonstance excluant l'illicéité dans certaines conditions très restrictives, et c'est ce point de vue que consacre l'article 25»), paragraphe 6 du commentaire du projet d'article 41 sur le même sujet, *ibid.*, p. 122 et 123 (où, citant l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, elle déclare que «[l']existence d'une obligation de non-reconnaissance face à des violations graves d'obligations découlant de normes impératives est étayée par la pratique internationale et la jurisprudence de la [Cour internationale de Justice]»), et paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 51, *ibid.*, p. 144 (où elle cite notamment l'affaire *Naulilaa* concernant la proportionnalité comme condition du recours à des contre-mesures); paragraphe 4 du commentaire relatif aux projets d'articles 16 et 17 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 222 (où, se référant à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur le Génocide*, elle déclare que le «principe de l'intégrité de la convention, en vertu duquel l'effet de toute réserve serait subordonné à l'assentiment exprès ou tacite de toutes les parties contractantes, ne semble pas s'être traduit en une règle de droit»), paragraphes 14 et 15 du commentaire relatif au projet d'article 27 sur le droit des traités, *ibid.*, p. 241 et 242 (où elle se fonde sur la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux pour dégager des règles en matière d'interprétation des traités); et paragraphe 8 du commentaire du projet d'article 29 sur le droit des traités, *ibid.*, p. 245 (où elle analyse si, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente de Justice internationale avait eu l'intention d'énoncer une règle générale concernant l'interprétation des traités en cas de divergences entre les textes authentiques); paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 8 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire... 1981*, vol. II (2^e partie), p. 24 (où elle s'appuie sur plusieurs décisions des cours et tribunaux internationaux, y compris la sentence de la Commission de conciliation franco-italienne dans laquelle celle-ci déclare que «le droit international coutumier n'a pas établi de critère autonome permettant de déterminer quels sont les biens de l'État»); paragraphe 19 du commentaire relatif au projet d'article 13 sur le même sujet, *ibid.*, p. 33 («La jurisprudence internationale confirme cette règle»); paragraphes 3 à 8 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 202 à 204 (où elle

Observation 17

La Commission interroge parfois la jurisprudence internationale, y compris les sentences arbitrales comme source secondaire pour identifier la pratique des États pertinente⁹¹.

Observation 18

La Commission interroge souvent la doctrine pour identifier des règles de droit international coutumier.

32. En interrogeant la doctrine pour identifier telle règle de droit international coutumier, la Commission s'est parfois livrée à une évaluation d'ensemble du poids de

cite de nombreuses décisions des juridictions internationales dans son analyse de la question des traités territoriaux et déclare, à propos d'une déclaration de la Cour permanente de Justice internationale, qu'elle «constitue peut-être la confirmation la plus importante de l'existence d'une règle prescrivant que l'État successeur est tenu de respecter les clauses d'un traité territorial qui ont une incidence sur le territoire auquel se rapporte une succession d'États»); paragraphe 18 du commentaire relatif au projet d'article 3 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 100 («[L']existence d'un principe de droit imposant aux États de régler par voie de consultation les questions relatives aux ressources en eau douce est explicitement confirmée par la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux*»); paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 17 sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 46 («[L]es principes qui sont à la base de la Convention [sur le génocide] ont été reconnus par la [Cour internationale de Justice] comme liant les États, même en dehors de tout lien conventionnel»); paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 18 sur le même projet, *ibid.*, p. 50 («Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a également confirmé l'absence de toute condition préalable qui établirait un lien entre la qualification de crime contre l'humanité et un conflit armé international»); et paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 3 sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 20 et 21 («[Le droit d'expulser un étranger] a été notamment reconnu dans plusieurs sentences arbitrales et décisions de commissions des réclamations, ainsi que dans diverses décisions de juridictions et de commissions régionales»). Voir également, d'une manière générale, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316, p. 369 et 370, par. 42 à 51 [en français, Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 6 et 7, par. 42 à 51] (où, à la section Documentation relative au droit international coutumier, elle passe en revue les ouvrages dans lesquels sont publiés les décisions et sentences des cours et tribunaux internationaux).

⁹¹ Voir paragraphe 23 du commentaire relatif aux projets d'articles 16 et 17 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 226 («Il ne fait aucun doute que le principe du consentement présumé à une réserve en l'absence d'objection à cette réserve est entré dans la pratique des États; d'ailleurs, la Cour elle-même, dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur le Génocide*, a déclaré qu'«une part très large» est faite dans la pratique internationale «à l'assentiment tacite aux réserves»»); paragraphe 10 du commentaire relatif au projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 103 (où elle cite notamment les «décisions des juridictions et tribunaux internationaux» dans son «étude de tous les éléments de preuve que l'on peut tirer de la pratique générale des États, acceptée comme étant le droit»). Voir également paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 39 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 118 (où, se fondant sur les affaires *Chemin de fer de la baie de Delagoa* et *Vapeur Wimbledon*, elle déclare que «[l']importance de la contribution de l'État lésé au préjudice pour déterminer la réparation est largement étayée par la doctrine et par la pratique des États»).

l'opinion en faveur de la règle en question⁹², et ce, sous un angle quantitatif et qualitatif⁹³.

⁹² Voir, par exemple, paragraphe 2 du commentaire relatif aux projets d'articles 11 et 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 202 («La majorité des auteurs modernes penchent en faveur de la doctrine traditionnelle [...] En général, toutefois, les opinions des auteurs sont trop diverses pour que l'on puisse en déduire dans quelle mesure et sur quelle base précise le droit international reconnaît que les traités territoriaux constituent une catégorie à part aux fins du droit applicable à la succession d'États»).

⁹³ Voir paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 49 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 269 («la grande majorité des spécialistes du droit international soutiennent aujourd'hui, sans aucune hésitation, que le paragraphe 4 de l'Article 2 [...] énon[ce] avec toute l'autorité voulue le droit coutumier moderne concernant la menace ou l'emploi de la force»), paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 53 sur le même sujet, *ibid.*, p. 273 («Certains juristes [...] adoptent le point de vue qu'une partie ne peut dénoncer un traité ou s'en retirer que si cette dénonciation ou ce retrait est prévu dans le traité, ou si les autres parties y consentent. D'autres juristes cependant estiment que, dans certaines conditions, un droit de dénonciation ou de retrait peut être implicitement contenu dans certains types de traités»), paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 57 sur le même sujet, *ibid.*, p. 276 («La grande majorité des juristes reconnaît qu'une violation d'un traité par l'une des parties peut donner à l'autre partie le droit [...]»), et paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 59, *ibid.*, p. 280 («Même si ce n'est qu'à regret, presque tous les juristes de notre époque admettent l'existence en droit international du principe qui fait l'objet du présent article [...]»); paragraphe 9 du commentaire relatif au projet d'article 17 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, *Annuaire... 1981*, vol. II (2^e partie), p. 45 («La règle qui précède est conforme à l'opinion des publicistes, qui estiment généralement que [...]»); paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 218 («La plupart des auteurs considèrent, et cette façon de voir est confirmée par la pratique des États [...]»); paragraphe 15 du commentaire relatif au projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *ibid.*, p. 220 («La doctrine et la pratique viennent dans une large mesure à l'appui de la thèse selon laquelle le droit international général impose une

33. À d'autres occasions, la Commission a interrogé la doctrine comme source secondaire pour identifier la pratique des États⁹⁴.

obligation [...]»); et paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 3 sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 20 et 21 («l'existence [du droit d'expulser un étranger] est incontestée aussi bien dans la pratique que dans la jurisprudence et la doctrine»). Voir également paragraphe 10 du commentaire relatif au projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 103 (où elle cite, d'une manière générale, les «opinions de spécialistes»); et paragraphes 3 à 5 du commentaire relatif au projet d'article 32 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 248 et 249 (où elle estime que les divergences d'opinions entre les juristes sont «essentiellement de nature doctrinale» et que «les deux théories ne donneraient vraisemblablement des résultats différents que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles»).

⁹⁴ Voir, par exemple, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 32 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 100 [où elle cite un exemple de pratique résultant d'un article de R. L. Buell publié dans la revue *Political Science Quarterly*, vol. 37 (1922), p. 620]; paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 218 (où elle cite un extrait de l'ouvrage *The Law of Treaties* d'A. D. McNair, Oxford, Clarendon Press, 1961, où le Royaume-Uni s'exprime sur la position adoptée par la Finlande à propos des traités conclus par son prédécesseur); paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 18 sur la protection diplomatique, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 53 (où elle déclare que «[l]a pratique des États, la jurisprudence et la doctrine confirment que l'État de nationalité [...] peut demander réparation au bénéficiaire des membres de l'équipage de ce navire qui n'ont pas sa nationalité»); et paragraphe 10 du commentaire relatif au projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 103 (où elle retient les «opinions de spécialistes» à l'occasion de son «étude de tous les éléments de preuve que l'on peut tirer de la pratique générale des États, acceptée comme étant le droit»).

CHAPITRE II

Place du droit international coutumier dans l'ordre juridique international

34. Le présent chapitre est consacré à des observations sur la force obligatoire et les caractéristiques des règles du droit international coutumier, ainsi que sur les rapports entre la coutume internationale et les autres règles du droit international.

A. Force obligatoire et caractéristiques des règles du droit international coutumier

Observation 19

La Commission définit toujours le droit international coutumier comme un ensemble de règles liant généralement les sujets du droit international⁹⁵. Elle

⁹⁵ Voir, par exemple, paragraphes 1 à 4 du commentaire relatif au projet d'article 34 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 251 et 252 (voir les extraits cités à la note 121 ci-après); ainsi que paragraphe 30 du commentaire relatif au projet d'article 12 et paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 210 et 219, respectivement. Voir également *infra* la note 130. Dans son *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, la Commission évoque la théorie de l'«objecteur persistant», d'après laquelle une règle de droit international coutumier ne serait pas opposable à un État qui s'est systématiquement opposé à la règle durant la formation de

a maintes fois opposé ces règles aux normes conventionnelles, qui, par définition, lient les seules parties au traité considéré⁹⁶.

celle-ci; voir paragraphe 7 du commentaire relatif à la directive 3.1.5.3 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 231. Elle semble également exclure l'application d'une telle théorie à l'égard des règles du *jus cogens*; voir paragraphe 19 du commentaire relatif à la directive 3.1.5.3, *ibid.*, p. 234.

⁹⁶ Voir, par exemple, paragraphes 1 à 4 du commentaire relatif au projet d'article 34 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 251 et 252; paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 5 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 185 et 186 (où elle se réfère aux «obligations auxquelles [un État] est soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité»); paragraphe 30 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *ibid.*, p. 210 et 211 («Tout en reconnaissant qu'un régime objectif peut naître d'un tel traité, [la Commission] a émis l'opinion que le régime objectif découle plutôt de l'exécution du traité et du fait qu'une coutume internationale vient se greffer sur le traité»); et paragraphe 7 du commentaire relatif à la directive 3.1.5.3 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 231 («Les normes coutumières obligent les États indépendamment de l'expression de leur consentement à la norme conventionnelle [...]»). Voir cependant *infra* section B du présent chapitre concernant les rapports entre les règles conventionnelles et le droit international coutumier.

Observation 20

La Commission évoque dans ses travaux la possible existence de règles de droit international coutumier régional⁹⁷, se demandant à cet égard si une telle règle obligerait l'État qui ne l'aurait pas expressément adoptée ou acceptée⁹⁸. Elle laisse également entendre qu'il existerait des règles spéciales, notamment de nature coutumière ou historique, régissant la délimitation de certaines zones maritimes⁹⁹ ou instituant un régime territorial, fluvial ou maritime particulier¹⁰⁰.

Observation 21

La Commission considère que certaines règles de droit international coutumier sont génératrices d'obligations *erga omnes*¹⁰¹.

⁹⁷ Voir le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international, document A/CN.4/L.682 et Add.1 et rectificatif [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session; le texte définitif sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie)], par. 213 à 215.

⁹⁸ Ibid., par. 213 [«Un cas à part, bien plus difficile, est celui où une règle régionale (fondée soit sur la pratique conventionnelle soit sur la coutume) lierait un État alors même qu'il ne l'a pas expressément adoptée ou acceptée. Telle est la prétention dont la Cour internationale de Justice a eu à connaître (sans pourtant qu'elle se prononce de façon définitive) dans les affaires de l'*Asile* (1950) et *Haya de la Torre* (1951)»].

⁹⁹ Voir paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 271 (où elle évoque l'existence d'un «régime spécial» et d'un «droit coutumier divergent» en matière de délimitation maritime). Voir également paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 3, ibid., p. 265 et 266 («La validité d'une largeur de la mer territoriale qui ne dépasse pas douze milles pourrait être soutenue *erga omnes* par tout État qui peut se prévaloir d'un droit historique à cet égard»).

¹⁰⁰ Voir paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 34 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 251 («Le rôle que joue parfois la coutume pour étendre au-delà du cercle des États contractants l'application des règles posées dans un traité est chose reconnue. Un traité conclu entre un certain nombre d'États peut formuler une règle ou instituer un régime territorial, fluvial ou maritime, qui viendra, par la suite, à être généralement accepté par les autres États et deviendra obligatoire pour ces États par le jeu de la coutume [...]»). Voir également paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 204 [où elle cite l'avis de la Cour dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien* (C.I.J. Recueil 1960, p. 6) à l'appui de sa proposition selon laquelle il existerait un droit de passage territorial en vertu d'une coutume locale ou bilatérale].

¹⁰¹ Voir, en particulier, paragraphe 9 du commentaire relatif au projet d'article 48 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 136 («Tout en reprenant la substance de cette déclaration [faite par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* au sujet des obligations *erga omnes*], les articles évitent d'employer l'expression «obligations *erga omnes*», qui est moins éclairante que la référence faite par la Cour à la communauté internationale dans son ensemble et dont on a parfois cru, à la suite d'une confusion, qu'elle désignait les obligations envers toutes les parties à un traité. Les articles n'ont pas non plus à fournir la liste des obligations qui, selon le droit international en vigueur, sont des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Cela irait bien au-delà de la tâche qui consiste à codifier les règles secondaires de la responsabilité des États et, de toute façon, une telle liste n'aurait qu'une valeur limitée, car il s'agit d'une notion dont la portée évoluera nécessairement avec le temps. La Cour elle-même a donné à cet égard d'utiles indications : dans son arrêt de 1970, elle a cité à titre d'exemple «la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide», ainsi que «[les] principes et [les] règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale». Dans l'arrêt

Observation 22

La Commission évoque souvent l'existence de règles de droit international coutumier¹⁰² auxquelles il n'est pas permis de déroger en raison de leur contenu (normes impératives/*jus cogens*).

35. La Commission a précisé que la «notion de «norme impérative du droit international général» est reconnue dans la pratique internationale, dans la jurisprudence des cours et tribunaux nationaux et internationaux, ainsi que dans la doctrine¹⁰³». Comme exemples de normes impératives généralement admises, elle cite l'interdiction de l'agression¹⁰⁴, les interdictions relatives à l'esclavage et à la traite des esclaves, ou au génocide, ainsi qu'à la discrimination raciale et à l'apartheid¹⁰⁵, ainsi que l'interdiction de la torture et l'obligation de respecter le droit à l'autodétermination¹⁰⁶. Elle a toutefois pris le soin de préciser que cette liste n'était pas exhaustive¹⁰⁷.

36. On se rappellera que dans son projet d'articles sur le droit des traités, la Commission avait consacré plusieurs dispositions au *jus cogens*¹⁰⁸. Elle a répété à maintes reprises que toute disposition conventionnelle contraire au *jus cogens* était nulle (ou le devenait)¹⁰⁹. Elle a également reconnu que le caractère impératif d'une règle de

qu'elle a rendu dans l'affaire du *Timor oriental*, la Cour a ajouté à cette liste le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes»). Voir également le commentaire du projet d'article 49 sur la responsabilité des organisations internationales, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 90 à 92.

¹⁰² À l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), le *jus cogens* est défini comme une «norme impérative du droit international général». Au paragraphe 14 du commentaire relatif à la directive 3.1.5.3 sur les réserves aux traités, la Commission a précisé qu'une telle norme était «dans la quasi-totalité des cas, de nature coutumière» [*Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 233], tout en admettant que «la rédaction de l'article 53 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 n'exclut pas qu'une norme conventionnelle puisse, par elle-même, être impérative» (ibid., note 1709).

¹⁰³ Paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 40 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 120.

¹⁰⁴ Paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 40, ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 40, ibid., p. 121.

¹⁰⁷ Paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 40, ibid. Dans le même passage, la Commission rappelle que de nouvelles normes impératives peuvent être créées, comme le prévoit l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969.

¹⁰⁸ Voir projet d'article 41, par. 5, et projets d'articles 50, 61 et 67 sur le droit des traités et les commentaires correspondants, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 260, 269 à 271, 284 et 285, et 290, respectivement.

¹⁰⁹ Voir *Annuaire... 1966*, vol. II, projet d'article 50 sur le droit des traités et commentaire correspondant, p. 269 à 271 (le projet d'article 50 se lit comme suit : «Est nul tout traité en conflit avec une norme impérative du droit international général [...]»); voir également paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 41, ibid., p. 260; et paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 61, ibid., p. 284 [«Manifestement, si une nouvelle règle de cette nature – une nouvelle règle de droit impérative (*jus cogens*) – apparaît, elle a nécessairement pour effet de rendre nuls non seulement les traités à venir, mais encore les traités existants)]. En ce qui concerne les effets de la nullité ou de la résiliation d'un traité contraire à une règle impérative, voir projet d'article 67 sur le droit des traités et commentaire correspondant, ibid., p. 290. Dans le même sens, au principe 8 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, la Commission dispose qu'«[u]ne déclaration unilatérale en conflit avec une norme impérative du droit international général est nulle» [*Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 173].

droit international coutumier affectait le jeu de certaines règles secondaires liées à la responsabilité pour fait internationalement illicite¹¹⁰.

Observation 23

De l'avis de la Commission, une norme devient impérative à partir du moment où elle est reconnue et acceptée comme telle par la communauté internationale tout entière¹¹¹.

Observation 24

Tout en admettant qu'une règle de *jus cogens* ne puisse être « modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère¹¹² »,

¹¹⁰ Voir projets d'articles 26 (sur l'application du *jus cogens* en rapport avec les circonstances excluant l'illicéité), 40 et 41 (sur la responsabilité internationale qui résulte de la violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général) et 50 (sur les obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures) sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et les commentaires correspondants, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 90 et 91, 120 à 124 et 141 à 144, respectivement. Voir également les projets d'articles 26, 41 et 42, et 53 sur la responsabilité des organisations internationales et les commentaires correspondants, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 75, 83 et 84, 95 et 96, respectivement.

¹¹¹ En ce qui concerne le critère substantiel de l'acceptation et de la reconnaissance généralisée, voir en particulier paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 59 («Même les principes fondamentaux de l'ordre juridique international ne relèvent d'aucune source de droit particulière ni d'aucune procédure normative spécifique contrairement aux règles de caractère constitutionnel dans les systèmes de droit interne. Conformément à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, une norme impérative du droit international général est une norme "acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère". L'article 53 reconnaît à la fois que des normes de caractère impératif peuvent être créées et que les États ont par excellence un rôle spécial à jouer à cet égard en tant que détenteurs de l'autorité normative au nom de la communauté internationale»). Voir également paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 26 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, p. 90 et 91 ; et paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 40, *ibid.*, p. 121 (où elle précise que de nouvelles normes impératives peuvent être créées « pour autant qu'il s'agisse de normes acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble»). Il convient de noter que dans le projet d'article 50 sur le droit des traités (*Annuaire... 1966*, vol. II, p. 269) et dans le projet d'article 53 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales [*Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 58], il est question à ce propos de la « communauté internationale des États dans son ensemble », mais que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite [projets d'articles 25, 33, 42 et 48, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 76, p. 28 à 30] et le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales [projets d'articles 25, 33, 43 et 49, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), par. 87, p. 40 à 42] font plus généralement référence à la « communauté internationale dans son ensemble ».

¹¹² Voir, à cet égard, projet d'article 50 *in fine* sur le droit des traités (*Annuaire... 1966*, vol. II, p. 269) et projet d'article 53 *in fine* sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales [*Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 58]. Ce passage est repris dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986). Quant à la « force » des normes de *jus cogens*, voir paragraphe 3 du commentaire relatif à la directive 4.4.3 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 306 («[...] sans doute, les règles de *jus cogens* sont-elles

la Commission estime qu'à l'heure actuelle la modification d'une telle règle s'opérerait sans doute par voie de traité multilatéral général¹¹³.

B. Rapports entre droit international coutumier et traités

37. La question des rapports entre droit international coutumier et traités est abordée, en termes généraux, dans le projet d'article 34 sur le droit des traités, qui porte ce qui suit :

Article 34. Règles d'un traité devenant obligatoires par la formation d'une coutume internationale

Aucune disposition des articles 30 à 33 [dispositions sur l'effet des traités à l'égard des États tiers] ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers en tant que règle coutumière de droit international¹¹⁴.

38. Dans le commentaire du projet d'article, la Commission fait notamment observer ce qui suit :

1) Le rôle que joue parfois la coutume pour étendre au-delà du cercle des États contractants l'application des règles posées dans un traité est chose reconnue. Un traité conclu entre un certain nombre d'États peut formuler une règle ou instituer un régime territorial, fluvial ou maritime, qui viendra, par la suite, à être généralement accepté par les autres États et deviendra obligatoire pour ces États par le jeu de la coutume, comme par exemple les Conventions de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, les accords sur la neutralité de la Suisse et divers traités relatifs aux voies navigables internationales, fluviales ou maritimes. De même encore, une convention de codification, dont l'objet est d'énoncer des règles existantes de droit coutumier, peut venir à être considérée comme offrant la formulation généralement acceptée desdites règles coutumières, et cela même par des États qui ne sont pas parties à la convention.

2) Dans aucun de ces cas, cependant, l'on ne serait fondé à dire que le traité lui-même produit des effets juridiques à l'égard des États tiers. Ce sont des cas où d'autres États, sans établir pour autant aucune relation conventionnelle avec les États parties au traité, reconnaissent aux règles formulées dans un traité le caractère de règles obligatoires de droit coutumier. Pour résumer, on peut dire que, pour ces États, la force obligatoire de ces règles a sa source dans la coutume et non dans le traité. C'est pourquoi la Commission n'a pas cru devoir, dans le projet d'articles, faire état de ce processus comme d'un cas où un traité aurait des effets juridiques pour des États tiers. Elle n'a donc pas formulé de dispositions ayant plus spécialement trait au rôle de la coutume pour l'extension, au-delà du cercle des États contractants, de l'application des règles énoncées dans un traité. En revanche, en raison de l'importance de ce processus et du caractère des dispositions qui figurent dans les articles 30 à 33, elle a décidé d'insérer dans le présent article une réserve générale, selon laquelle aucune disposition desdits articles ne s'oppose à ce que des règles énoncées dans un traité ne deviennent obligatoires pour des États tiers en tant que règles coutumières de droit international¹¹⁵.

39. Le projet d'article 34 a été repris en substance dans l'article 38 de la Convention de Vienne de 1969, qui précise que la règle coutumière de droit international doit

évolutive, mais il semble douteux qu'une réserve puisse contribuer à déstabiliser une norme présentant ce degré de force obligatoire »).

¹¹³ Voir sur ce point paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 50 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 270 («[...] ce serait une erreur de considérer les normes de *jus cogens* elles-mêmes comme immuables et non susceptibles de modification dans la perspective de l'évolution future. Étant donné qu'actuellement une modification d'une règle impérative s'effectuera très probablement par voie de traité multilatéral général, la Commission a jugé souhaitable d'indiquer qu'un tel traité ne tombera pas sous le coup de l'article »).

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 198.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 251.

être « reconnue comme telle¹¹⁶ ». Cette disposition a été reprise dans l'article 38 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, adopté par la Commission en 1982, qui deviendra l'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986)¹¹⁷ avec le passage introduit en 1969 à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités¹¹⁸.

40. Lors de l'examen des différents sujets inscrits à son programme de travail, la Commission s'est penchée sur un certain nombre de questions ayant trait aux rapports entre coutume internationale et traités, comme il ressort des observations ci-après.

Observation 25

Sachant qu'un traité peut venir codifier les règles de droit international coutumier existantes¹¹⁹, la Commission recherche souvent dans les traités la preuve de l'existence de telle ou telle règle coutumière¹²⁰.

Observation 26

Tout en précisant qu'un traité n'oblige pas les États tiers¹²¹, la Commission admet souvent que les traités

¹¹⁶ Cette précision a été ajoutée sur proposition de la République arabe syrienne, 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, Documents de la Conférence (A/CONF.39/11/Add.2, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5)*, p. 167, par. 311 et 312.

¹¹⁷ Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur.

¹¹⁸ *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 48.

¹¹⁹ Voir, d'une manière générale, Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 4, par. 29 (« Mais peut-être ne convient-il pas de s'en tenir très strictement à la distinction entre le droit international coutumier et le droit international conventionnel. Un principe ou une règle de droit international coutumier peut se trouver incorporé dans un accord bilatéral ou multilatéral et acquérir ainsi, dans les limites stipulées, la force obligatoire d'une convention à l'égard des États parties à l'accord, aussi longtemps que celui-ci reste en vigueur, tout en continuant à jouer à l'égard des autres États comme principe ou règle obligatoires de droit international coutumier. En fait, il 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 »).

¹²⁰ Voir *supra* sections B et C du chapitre I sur les traités comme manifestation de la pratique des États et de l'*opinio juris*. Toutefois, la Commission signale également qu'un régime conventionnel et la coutume internationale applicable peuvent diverger; voir paragraphe 8 du commentaire relatif à l'article 8 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 30 (où elle déclare que le génocide est un « crime de droit international pour lequel les États qui ne sont pas parties à la Convention peuvent, en vertu du droit coutumier, se prévaloir d'une compétence universelle et ne sont donc pas tenus par les dispositions restrictives de cet instrument [à savoir l'article 6 qui restreint la compétence des juridictions nationales en matière de génocide à l'État sur le territoire duquel le crime a été commis] »).

¹²¹ Voir notamment paragraphes 1 à 4 du commentaire relatif au projet d'article 34 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 251, en particulier par. 1 (« *Le rôle que joue parfois la coutume pour étendre au-delà du cercle des États contractants l'application des règles posées dans un traité est chose reconnue* ». Un traité conclu entre un certain nombre d'États peut formuler une règle ou instituer

peuvent contribuer à cristalliser¹²² ou à développer¹²³ une règle de droit international coutumier. Elle ne considère toutefois pas que le fait qu'une disposition soit reprise d'un traité à l'autre veuille nécessairement dire qu'elle a acquis valeur de règle de droit international coutumier¹²⁴.

Observation 27

Selon la Commission, l'apparition d'une nouvelle règle de droit international coutumier peut venir modifier un traité, dans certaines circonstances et si telle est l'intention des parties¹²⁵.

un régime territorial, fluvial ou maritime, qui viendra, par la suite, à être généralement accepté par les autres États et deviendra obligatoire pour ces États par le jeu de la coutume [...]. *De même encore, une convention de codification, dont l'objet est d'énoncer des règles existantes de droit coutumier, peut venir à être considérée comme offrant la formulation généralement acceptée desdites règles coutumières**, et cela même par des États qui ne sont pas parties à la convention») et par. 2 (« *Dans aucun de ces cas, cependant, l'on ne serait fondé à dire que le traité lui-même produit des effets juridiques à l'égard des États tiers. Ce sont des cas où d'autres États, sans établir pour autant aucune relation conventionnelle avec les États parties au traité, reconnaissent aux règles formulées dans un traité le caractère de règles obligatoires de droit coutumier** ». Pour résumer, on peut dire que, pour ces États, la force obligatoire de ces règles a sa source dans la coutume et non dans le traité»). Cet avis a été exprimé en termes similaires au paragraphe 30 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités et au paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 15 sur le même sujet; voir *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 210 et 219, respectivement.

¹²² Voir paragraphe 11 du commentaire relatif à la directive 3.1.5.3 sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 232 (« une "convention de codification" cristallise en règles de droit international général des normes qui n'avaient pas ce caractère au moment de son adoption »).

¹²³ Voir, par exemple, paragraphe 34 du commentaire relatif au projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 212 (où elle déclare qu'il existe un droit de libre passage par le canal de Suez, « que ce soit en vertu du traité ou du régime coutumier auquel il a donné naissance »); et paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 18 sur le droit des aquifères transfrontières, *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 47 (« [La clause de Martens], insérée à l'origine dans le préambule des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et reprise dans un certain nombre de conventions et protocoles ultérieurs, fait désormais partie du droit international général »). On trouvera un exemple de la manière dont la Commission a changé d'avis sur une question de droit à la suite de l'adoption d'une norme conventionnelle au paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 11 sur les missions spéciales, *Annuaire... 1967*, vol. II, p. 389 (« Une règle souvent observée dans la politique exigeait que l'État de réception assurât la possibilité d'un [...] recrutement [local de personnel], souvent indispensable à l'exercice des fonctions de la mission spéciale. En 1960, la Commission avait tendance à considérer que cette règle conférerait un véritable privilège à la mission spéciale. *Toutefois, compte tenu des deux Conventions de Vienne, la Commission a changé d'avis et a adopté en 1965 le principe énoncé au paragraphe 2 de l'article 10 du présent projet** [qui prévoit que « [l]es ressortissants de l'État de réception ne peuvent faire partie de la mission spéciale qu'avec le consentement de cet État, qui peut en tout temps le retirer »]).

¹²⁴ Voir paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 7 sur la clause de la nation la plus favorisée, *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 28 (« S'il est vrai que l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée est fréquemment prévu dans les traités de commerce, rien ne permet d'affirmer que cette pratique soit devenue une règle de droit international coutumier. Aussi considère-t-on généralement que les traités constituent l'unique fondement de l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée »).

¹²⁵ Voir paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 38 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 257 (« Quant à la modification résultant de la survenance d'une nouvelle règle de droit coutumier, la Commission est arrivée à la conclusion que, dans chaque

Observation 28

La Commission a admis que les États puissent déroger aux règles du droit international coutumier, à l'exception des normes du *jus cogens*¹²⁶, par conventions bilatérales ou multilatérales¹²⁷. Elle a également indiqué que, à moins qu'il n'en dispose autrement, un traité doit être interprété et appliqué à la lumière des règles existantes du droit international, y compris le droit coutumier¹²⁸.

C. Rapports entre droit international coutumier et «droit international général»

Observation 29

La Commission utilise parfois l'expression générique de «droit international général» pour désigner les règles de droit international autres que les normes conventionnelles¹²⁹. Il lui arrive aussi d'utiliser indifféremment

cas déterminé, la question dépendrait dans une large mesure des circonstances particulières et des intentions des parties au traité»). Ce commentaire était lié à la décision de la Commission de retirer de la version finale du projet d'article un alinéa figurant au projet d'article 68 du projet de 1964 qui disposait qu'«un traité peut [...] être modifié [...] c) [...] par l'apparition ultérieure d'une nouvelle règle de droit international qui porte sur des questions faisant l'objet du traité et qui oblige toutes les parties». Pour le commentaire de cette dernière disposition, voir *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 209 et 210, par. 3. Comme nous le savons, le projet d'article 38 n'a finalement pas été retenu par la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités.

¹²⁶ Voir *supra* section A du présent chapitre.

¹²⁷ Voir, par exemple, paragraphe 15 du commentaire relatif au projet d'article 17 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire... 1981*, vol. II (2^e partie), p. 46 («Il est évident qu'il est du pouvoir des États d'apporter conventionnellement une exception à un principe»); et paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 30 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 279 (où elle évoque la possibilité de déroger à la coutume internationale et d'attribuer des droits de police aux navires de guerre à l'égard de navires étrangers).

¹²⁸ Voir, par exemple, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 60 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 294 («La règle coutumière existante, d'après laquelle les nationaux d'autres États sont autorisés à se livrer à la pêche dans les mêmes conditions que les nationaux de l'État riverain, devrait continuer à s'appliquer. La pratique d'autres genres de pêche dans ces parages ne saurait être entravée que dans la mesure strictement nécessaire à la protection des pêcheries envisagées dans le présent article»); paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 24 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 230 (où elle évoque la «règle générale» selon laquelle «un traité ne doit pas être considéré comme destiné à avoir un effet rétroactif, à moins que cette intention ne soit exprimée dans le traité ou qu'elle ne ressorte clairement de ses dispositions»).

¹²⁹ Voir, par exemple, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 30 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 279 (où elle considère que les réglementations établies par les traités attribuant des droits de police aux navires de guerre à l'égard de navires étrangers ne peuvent pas être considérées comme faisant déjà partie du «droit international général»); le commentaire de la Commission concernant les dispositions du préambule du Modèle de règles sur la procédure arbitrale, *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 90, par. 24 (où elle déclare que ces dispositions «régissent tous les arbitrages mais elles les régissent en tant que principes du droit international général et non en tant que règles découlant de l'accord des parties»); paragraphe b du projet d'article premier sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 339 et 340 («[L'expression "personne jouissant d'une protection internationale" s'entend de] [toute personnalité officielle ou tout fonctionnaire d'un État ou d'une organisation internationale qui, conformément au droit international général ou à un accord international], a droit à une protection spéciale [...]»); paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article premier, *ibid.*, p. 341 («L'expression "droit international

les expressions «droit international général» et «droit international coutumier»¹³⁰. Elle range également sous le vocable «droit international général» la coutume internationale et les principes généraux¹³¹.

Observation 30

La Commission parle parfois des principes généraux du droit (sans doute au sens de l'Article 38, par. 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice¹³²) ou

général" est utilisée pour compléter la référence à "un accord international"»); paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 18 sur le droit des aquifères transfrontières, *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 47 (la «clause de Martens», voir *supra* la note 123); paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 10 sur les effets des conflits armés sur les traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 117; paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 14 sur l'expulsion des étrangers, *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 31 et 32 («Il va sans dire que l'État expulsant est tenu de respecter, à l'égard d'un étranger objet d'une expulsion, l'ensemble des obligations en matière de protection des droits de l'homme qui lui incombent, aussi bien en vertu de traités internationaux auxquels il est partie qu'en vertu du droit international général»); et, dans le même sens, le commentaire du projet d'article 25 sur l'expulsion des étrangers, *ibid.*, p. 43.

¹³⁰ Voir, par exemple, le commentaire relatif au projet d'article 49 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 268 et 269 («1) [...] La reconnaissance du caractère criminel de la guerre d'agression dans les statuts des tribunaux militaires alliés chargés de juger les criminels de guerre des pays de l'Axe, l'interdiction formelle de recourir à la menace ou à l'emploi de la force formulée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et la pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies elle-même ont renforcé et cristallisé cette évolution du droit. [...] 5) [...] De l'avis de la Commission, les principes relatifs à la menace ou à l'emploi de la force énoncés dans la Charte sont des règles du droit international général qui sont aujourd'hui d'application universelle». [...] 8) [...] Comme le souligne le paragraphe 1 ci-dessus, le défaut de validité d'un traité obtenu par la menace ou l'emploi illicite de la force est un principe qui relève de la *lex lata*. [...] [L]a grande majorité des spécialistes du droit international soutiennent aujourd'hui, sans aucune hésitation, que le paragraphe 4 de l'Article 2, ainsi que d'autres dispositions de la Charte, énoncent avec toute l'autorité voulue le droit coutumier moderne concernant la menace ou l'emploi de la force »).

¹³¹ Voir les explications données dans le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international, document A/CN.4/L.682 et Add.1 et rectificatif (voir *supra* la note 97), par. 194, al. 2 a («Le droit international général (c'est-à-dire les coutumes générales et les principes généraux du droit) comble les lacunes du régime spécial et offre des principes d'interprétation pour le fonctionnement de ce dernier»), et par. 493, al. 3 («[Le "droit international général"] englobe au moins le droit coutumier général ainsi que les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" du paragraphe 1 c de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Mais [il] pourrait aussi renvoyer aux principes du droit international proprement dit et à la technique des analogies avec les droits internes, en particulier les principes de la procédure judiciaire (*audiatur et altera pars, in dubio mitius*, l'estoppel, etc.). Dans la pratique des tribunaux internationaux, dont l'Organe d'appel de l'OMC ou [la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour] interaméricaine des droits de l'homme, il est constamment fait référence à différents types de "principes" tirés parfois du droit interne, parfois de la pratique internationale, mais souvent sans que leur valeur soit nettement définie»).

¹³² Voir, par exemple, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 280 (principe *rebus sic stantibus*); paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 7 sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 31 («La Commission admet que l'un des principes généraux de droit est celui de la non-rétroactivité de la loi»); et paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 14 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 41 (où elle explique que «les faits justificatifs possibles, dans le cas des crimes tombant sous le coup du code, [sont limités] à ceux qui sont bien établis et très généralement considérés comme admissibles pour des crimes de même gravité en droit interne ou international»). On trouvera des exemples supplémentaires à la note 134 *infra*.

des principes généraux du droit international¹³³. Elle indique également que ces principes généraux peuvent guider la réglementation internationale de certaines matières¹³⁴, voire servir de référence à l'ordre juridique international dans son ensemble¹³⁵.

¹³³ Voir, par exemple, *Yearbook of the International Law Commission 1949*, document A/925, p. 290, par. 52 [en français, Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10 (A/925)*, p. 11, par. 52] (où elle explique que les articles du projet de déclaration sur les droits et devoirs des États «énoncent des principes généraux de droit international»); paragraphe 8 du commentaire relatif à l'article 68 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 298 et 299 («[Le principe des droits souverains de l'État riverain], reposant sur des principes généraux correspondant aux besoins actuels de la communauté internationale n'est, en aucune façon, incompatible avec le principe de la liberté de la mer»). Voir également les deux notes suivantes.

¹³⁴ Elle s'est référée à cet égard tout aussi bien aux principes généraux de droit qu'aux principes généraux du droit international. En ce qui concerne les principes généraux de droit, voir en particulier paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 7 sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 31 (où elle déclare que la non-rétroactivité de la loi est un principe général du droit qui a «un rôle important à jouer» en matière de nationalité); article 14 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 41 («Le tribunal compétent apprécie l'existence de faits justificatifs conformément aux principes généraux de droit, compte tenu du caractère de chaque crime»); paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 3 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 165 («L'article 3 repose sur le principe de base *sic utere tuo ut alienum non laedas*, qui est consacré dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm [...]»).

En ce qui concerne les principes généraux du droit international, voir en particulier paragraphe 8 du commentaire du projet d'article 3 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 266 («Il résulte de ce qui précède que la Commission a nettement pris position contre les prétentions tendant à étendre la mer territoriale à une largeur qui, de l'avis de la Commission, comporte une menace au principe qui depuis Grotius a régi le droit maritime, celui de la liberté de la haute mer»); paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 27 sur le droit de la mer, *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 278 («Le principe, généralement admis en droit international, d'après lequel la haute mer est ouverte à toutes les nations, domine toute la réglementation de cette matière»); le commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (voir *supra* la note 47), *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 141, par. 12 («Cette analyse de l'immunité souveraine semble reposer sur un certain nombre de principes de base tels que le commun accord ou l'usage, la courtoisie internationale, l'indépendance, la souveraineté et la dignité de toute autorité souveraine, ce qui représente un glissement progressif des prérogatives du souverain en tant que personne à la théorie de l'égalité et de la souveraineté des États et au principe du consentement»); et p. 152, par. 55 (où elle considère que le «[f]ondement rationnel de l'immunité des États» s'exprime «en termes de souveraineté, d'indépendance, d'égalité et de dignité des États», notions qui semblent «s'unir pour constituer une base juridique ferme sur laquelle se fonde l'immunité des États»).

¹³⁵ Voir à cet égard l'observation suivante formulée par la Commission au sujet du projet de déclaration sur les droits et devoirs des États :

Observation 31

La Commission utilise aussi l'expression «droit international général» pour désigner les règles générales du droit international par opposition aux règles ayant trait à telle ou telle matière, comme le droit des droits de l'homme, le droit de l'environnement ou le droit de la mer¹³⁶.

«Enfin, on remarquera que les droits et devoirs énoncés dans le projet de déclaration sont formulés en termes généraux, sans restriction ni exception, comme il convient pour une déclaration de droits et devoirs fondamentaux. *Les articles de ce projet énoncent des principes généraux de droit international, dont la portée et les modalités d'application devront être déterminées par des règles plus précises*». C'est ce que reconnaît l'article 14 du projet de déclaration : il contient en effet une disposition d'ensemble qui domine tout le projet et, de l'avis de la Commission, il donne leur véritable sens aux autres dispositions du projet de déclaration en proclamant «la primauté du droit international» [Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10 (A/925)*, p. 11, par. 52].

Voir également paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 4 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 167 [où elle déclare que «c'est toute la structure des relations internationales qui est empreinte de ce principe», citant R. Rosenstock, «The declaration of principles of international law concerning friendly relations: a survey», *AJIL*, vol. 65 (1971), p. 734]; et les observations formulées par la Commission au sujet de la clause de la nation la plus favorisée et du principe de la non-discrimination, *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 14, par. 48 («La Commission a reconnu, il y a plusieurs années, que la règle de la non-discrimination est «une règle générale qui découle de l'égalité entre les États», et que la non-discrimination est «une règle générale qui découle de l'égalité souveraine des États»), et *ibid.*, par. 50 (où elle se réfère à la «règle évidente selon laquelle, tout en étant liés par l'obligation qui découle du principe de la non-discrimination, les États sont néanmoins libres d'accorder des avantages particuliers à d'autres États pour tenir compte de quelque rapport particulier d'ordre géographique, économique, politique ou autre»).

¹³⁶ Voir, en particulier, le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 184, par. 243 [«La fragmentation de la société internationale revêt une importance juridique dans la mesure où elle s'est accompagnée de l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes. Ce qui était précédemment régi par le «droit international général» relève désormais de régimes spécialisés comme le «droit commercial», le «droit des droits de l'homme», le «droit de l'environnement», le «droit de la mer», le «droit européen», voire hautement spécialisés comme le «droit des investissements» ou le «droit international des réfugiés», etc., dont chacun possède ses propres principes et institutions]. Voir également *ibid.*, p. 187, par. 251, al. 10, note 976 («Il n'existe pas de définition acceptée du «droit international général». Aux fins des présentes conclusions, cependant, il suffit de définir le terme «général» par rapport à sa contrepartie logique, le terme «spécial»»).

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA SOIXANTE-CINQUIÈME SESSION

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/656	Ordre du jour provisoire de la soixante-cinquième session	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir <i>Annuaire... 2013</i> , vol. II (2 ^e partie), p. 12.
A/CN.4/657	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-septième session	Reprographié.
A/CN.4/658	Application provisoire des traités. Mémoire du Secrétariat	Reproduit dans le présent volume.
A/CN.4/659	Formation et identification du droit international coutumier. Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet. Mémoire du Secrétariat	Idem.
A/CN.4/660	Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, par M. Georg Nolte, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/661	Deuxième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par M ^{me} Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale	Idem.
A/CN.4/662	Sixième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe, par M. Eduardo Valencia-Ospina, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/663	Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, présenté par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/664	Premier rapport sur l'application à titre provisoire des traités, établi par M. Juan Manuel Gómez Robledo, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/L.813	Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Texte des projets de conclusions 1 à 5 adoptés provisoirement par le Comité de rédaction à la soixante-cinquième session de la Commission du droit international	Reprographié.
A/CN.4/L.814	L'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère. Texte des projets d'articles 1, 3 et 4 adoptés provisoirement par le Comité de rédaction à la soixante-cinquième session de la Commission du droit international	Idem.
A/CN.4/L.815	Protection des personnes en cas de catastrophe. Textes et titres des projets d'articles 5 <i>ter</i> et 16 adoptés provisoirement par le Comité de rédaction le 17 juillet 2013	Idem.
A/CN.4/L.816	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session. Chapitre I (Introduction)	Idem. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)</i> . Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2013</i> , vol. II (2 ^e partie), p. 11.
A/CN.4/L.817	Idem. Chapitre II (Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-cinquième session)	Idem, p. 14.
A/CN.4/L.818	Idem. Chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	Idem, p. 16.
A/CN.4/L.819 et Add.1 à 3	Idem. Chapitre IV (Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités)	Idem, p. 17.
A/CN.4/L.820 et Add.1 à 3	Idem. Chapitre V (Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État)	Idem, p. 14.

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/L.821 et Add.1 et 2	Idem. Chapitre VI (Protection des personnes en cas de catastrophe)	Idem, p. 55.
A/CN.4/L.822 et Add.1	Idem. Chapitre VII (Formation et identification du droit international coutumier)	Idem, p. 69.
A/CN.4/L.823	Idem. Chapitre VIII (L'application provisoire des traités)	Idem, p. 74.
A/CN.4/L.824	Idem. Chapitre IX (Protection de l'environnement en cas de conflit armé)	Idem, p. 77.
A/CN.4/L.825	Idem. Chapitre X [L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>)]	Idem, p. 79.
A/CN.4/L.826	Idem. Chapitre XI (La clause de la nation la plus favorisée)	Idem, p. 80.
A/CN.4/L.827 et Add.1	Idem. Chapitre XII (Autres décisions et conclusions de la Commission)	Idem, p. 83.
A/CN.4/L.828	Rapport du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée	Reprographié.
A/CN.4/L.829	Rapport du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>)	Idem. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)</i> . Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2013</i> , vol. II (2 ^e partie), p. 89.
A/CN.4/L.830	Rapport du Groupe de planification	Reprographié.
A/CN.4/SR.3159 à SR.3197	Comptes rendus analytiques provisoires des 3159 ^e à 3197 ^e séances	Idem. Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2013</i> , vol. I.

ISBN 978-92-1-233534-6



9 789212 335346
