

ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2014

Volume II
Première partie

Documents de la
soixante-sixième session

NATIONS UNIES



ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2014

Volume II
Première partie

Documents de la
soixante-sixième 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... 2014*).

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-sixième 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/2014/Add.1 (Part 1)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
<i>Numéro de vente</i> : F.19.V.4 ISBN 978-92-1-130363-6 e-ISBN 978-92-1-047554-9
ISSN 0497-9877 e-ISSN 2411-9849

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Abréviations et sigles	iv
Note concernant les citations	v
Expulsion des étrangers (Point 2 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/670.</i> Neuvième rapport sur l'expulsion des étrangers, par M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial.....	1
<i>Document A/CN.4/669 et Add.1.</i> Commentaires et observations reçus des gouvernements ...	21
Protection des personnes en cas de catastrophe (Point 4 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/668 et Add.1.</i> Septième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe, par M. Eduardo Valencia-Ospina, Rapporteur spécial.....	65
Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (Point 5 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/673.</i> Troisième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par M ^{me} Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale	87
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.4/671.</i> Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, par M. Georg Nolte, Rapporteur spécial.....	117
Application provisoire des traités (Point 8 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/675.</i> Deuxième rapport sur l'application provisoire des traités, par M. Juan Manuel Gómez Robledo, Rapporteur spécial	159
Détermination du droit international coutumier (Point 9 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/672.</i> Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial.....	171
Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (Point 10 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/674.</i> Rapport préliminaire sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, par M ^{me} Marie G. Jacobsson, Rapporteuse spéciale	215
Protection de l'atmosphère (Point 11 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/667.</i> Premier rapport sur la protection de l'atmosphère, par M. Shinya Murase, Rapporteur spécial.....	251
Répertoire des documents de la soixante-sixième session	289

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ASACR	Association sud-asiatique de coopération régionale
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CEE	Commission économique pour l'Europe
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
FICR	Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge
ISO	Organisation internationale de normalisation
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMI	Organisation maritime internationale
OMM	Organisation météorologique mondiale
OMS	Organisation mondiale de la Santé
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNITAR	Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche

*

* *

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)
<i>C.P.J.I. série A/B</i>	Cour permanente de Justice internationale, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i> (n ^{os} 40 à 80, à partir de 1931)
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)
TIAS	<i>Treaties and Other International Acts Series</i> (Washington)
<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/>.

EXPULSION DES ÉTRANGERS

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/670

Neuvième rapport sur l'expulsion des étrangers, par M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial*

[Original: français]
[25 mars 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	2
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	2
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-3 2
<i>Chapitres</i>	
I. COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS DES ÉTATS.....	4-70 3
A. Commentaires et observations de caractère général sur le sujet.....	5-7 3
B. Commentaires, observations et suggestions sur les projets d'article.....	8-70 4
1. Observations de caractère général.....	9-21 4
2. Commentaires et suggestions des États projet d'article par projet d'article.....	22-70 6
Article 1. Champ d'application.....	22-23 6
Article 2. Définitions.....	24-25 6
Article 3. Droit d'expulsion.....	26 7
Article 4. Obligation de conformité à la loi.....	27 7
Article 5. Motifs d'expulsion.....	28 7
Article 6. Interdiction de l'expulsion des réfugiés.....	29-34 8
Article 7. Interdiction de l'expulsion des apatrides.....	35-36 9
Article 8. Autres règles spécifiques à l'expulsion des réfugiés et des apatrides.....	37 9
Article 9. Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion.....	38 10
Article 10. Interdiction de l'expulsion collective.....	39-40 10
Article 11. Interdiction de l'expulsion déguisée.....	41 10
Article 12. Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation des biens.....	42 11
Article 13. Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition.....	43 11
Article 14. Obligation de respecter la dignité humaine et les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion.....	44 11
Article 15. Obligation de non-discrimination.....	45 11
Article 16. Personnes vulnérables.....	46 12
Article 17. Obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion.....	47 12
Article 18. Prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.....	48 12
Article 19. Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion.....	49-52 12
Article 20. Obligation de respecter le droit à la vie familiale.....	53 13
Article 21. Départ vers l'État de destination.....	54 13
Article 22. État de destination de l'étranger objet de l'expulsion.....	55 14
Article 23. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée.....	56-57 14

* Le Rapporteur spécial adresse ses sincères remerciements au secrétariat de la Commission du droit international, et plus particulièrement à M. David Nanopoulos, pour la synthèse des commentaires et observations des États consignée dans la note intitulée « L'expulsion des étrangers : analyses des commentaires et observations relatifs au projet d'articles adopté en première lecture » qui lui a facilité grandement la tâche.

Chapitres	Paragraphes	Pages
Article 24. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	58	15
Article 26. Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion.....	59-61	15
Article 27. Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion	62-66	16
Article 29. Réadmission dans l'État expulsant.....	67	17
Article 30. Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion.....	68	17
Article 31. Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite.....	69	18
Article 32. Protection diplomatique	70	18
II. REMARQUES FINALES DU RAPPORTEUR SPÉCIAL	71-77	18

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention fixant les règles à observer pour la concession du droit d'asile (La Havane, 20 février 1928)	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 132, n° 3046, p. 323.
Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, n° 2545, p. 137.
Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967)	Ibid., vol. 606, n° 8791, p. 267.
Convention relative au statut des apatrides (New York, 28 septembre 1954)	Ibid., vol. 360, n° 5158, p. 117.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (Addis-Abeba, 10 septembre 1969)	Ibid., vol. 1001, n° 14691, p. 45.
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.

Ouvrages cités dans le présent rapport

ABI-SAAB, Georges

« Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1987-VII*, t. 207, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 9 à 464.

BUZZINI, Gionata P.

« La théorie des sources face au droit international général. Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international », *RGDIP*, vol. 106 (2002), p. 581 à 617.

KAMTO, Maurice

« La volonté de l'État en droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 310 (2004), Leyde/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 9 à 428.

TOMUSCHAT, Christian

« Expulsion of aliens: the International Law Commission draft articles », dans G. Jochum, W. Fritzemeyer et M. Kau (dir. publ.), *Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers. Festschrift für Kay Hailbronner*, Heidelberg, C.F. Müller, 2013, p. 645 à 662.

Introduction

1. À sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission du droit international a adopté en première lecture le texte du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers ainsi que le commentaire qui l'accompagne¹. Ce projet d'articles a fait l'objet d'un large débat lors de l'examen du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session à la Sixième Commission de l'Assemblée générale en novembre 2012. Ce débat a donné lieu à l'expression d'opinions contrastées sur le sujet,

certains États continuant de réitérer des positions qu'ils n'ont cessé d'exprimer depuis que la Sixième Commission a approuvé l'inscription du sujet sur l'expulsion des étrangers à l'ordre du jour des travaux de la Commission.

2. Au paragraphe 43 de son rapport, la Commission du droit international déclare qu'à sa 3155^e séance, le 31 juillet 2012, elle a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre aux gouvernements, par l'entremise du Secrétaire général, le projet d'articles pour leurs commentaires et observations, en demandant que

¹ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 46.

ces derniers soient soumis au Secrétaire général au 1^{er} janvier 2014².

² Ibid., p. 15, par. 43.

3. Un certain nombre de gouvernements ont fait parvenir au Secrétaire général leurs commentaires et observations. Il convient de les examiner avant de faire les observations finales qu'ils inspirent au Rapporteur spécial.

CHAPITRE I

Commentaires et observations des États

4. Plusieurs gouvernements se sont exprimés sur le sujet «Expulsion des étrangers» lors des débats au sein de la Sixième Commission au cours de la soixante-septième session de l'Assemblée générale en novembre 2012³. Certains ont par la suite fait des commentaires et observations écrits qui sont parvenus au Rapporteur spécial par le truchement du secrétariat de la Commission du droit international⁴. Si certains États s'en tiennent à quelques commentaires de caractère général, d'autres au contraire se sont livrés à des commentaires et observations projet d'article par projet d'article assortis quelquefois de suggestions d'amendements à tel ou tel projet d'article, voire de propositions de rédaction. Les commentaires et observations de caractère général seront présentés avant que ceux portant sur le projet d'articles proprement dit soient examinés.

A. Commentaires et observations de caractère général sur le sujet

5. De manière générale, en considérant tant les commentaires et observations exprimés lors des débats au sein de la Sixième Commission en 2012 que ceux formulés postérieurement par écrit, il apparaît que les opinions des États sont assez contrastées sur le sujet. Certains États ont douté de l'opportunité de la codification de ce sujet. Ainsi, les pays nordiques

n[']étaient] toujours pas convaincus de l'utilité des efforts faits par la [Commission du droit international] pour identifier des règles générales du droit international sur l'expulsion des étrangers, car il s'agit d'un domaine du droit faisant l'objet de règles régionales détaillées⁵.

Un État a estimé que «[l]e sujet pose problème et soulève de nombreuses questions complexes et difficiles qui touchent directement les affaires intérieures des États»⁶. Un autre État a déclaré quant à lui que, en dépit des efforts

³ Il s'agit des Gouvernements des 36 États Membres suivants: Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Autriche, Bélarus, Canada, Chili, Chine, Congo, Cuba, Danemark (au nom des pays nordiques: Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), El Salvador, Espagne, Fédération de Russie, France, Grèce, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Iraq, Israël, Malaisie, Mexique, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suisse, Thaïlande et Zambie. L'Union européenne s'est également exprimée sur le sujet.

⁴ Les commentaires et observations de 11 États, ainsi que ceux de l'Union européenne, sont parvenus au Rapporteur spécial au 31 janvier 2014. Il s'agit de ceux des États suivants: Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, El Salvador, Maroc, Pays-Bas, République de Corée, République tchèque et Royaume-Uni.

⁵ Danemark (au nom des pays nordiques), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 45.

⁶ Royaume-Uni, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 67. Voir aussi les observations du Royaume-Uni dans le document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. A.

accomplis par la Commission pour prendre en compte les préoccupations exprimées par les États, il

n'en continu[ait] pas moins à considérer que le sujet est controversé et à douter que le projet d'articles constitue une bonne base pour l'élaboration future d'une convention et qu'on puisse réaliser un équilibre entre une simple répétition de la pratique des États et l'introduction d'un nouveau régime incorporant les normes relatives aux droits de l'homme⁷.

Pour un autre État encore, la codification de ce sujet poserait

de nombreuses questions méthodologiques, y compris quant à la mesure dans laquelle elle fait fond sur des jurisprudences nationales et régionales diverses et spécifiques et quant aux méthodes utilisées pour établir l'existence des règles générales de droit international en la matière. [...] Des doutes demeurent donc quant à la légitimité ou la nécessité d'une codification *de lege lata*. Tout aussi controversée est la question de savoir si un traitement *de lege ferenda*, comme le propose le Rapporteur spécial concernant la formulation actuelle des dispositions sur la réadmission et les procédures de recours, est adapté⁸.

6. Le Rapporteur spécial n'est pas insensible à cette observation légitime relative à la méthodologie. Mais une telle observation ne saurait justifier l'impossibilité ou l'inopportunité du traitement de ce sujet par la Commission du droit international. Si un tel argument devait prospérer, alors c'est l'ensemble du travail de développement progressif et de codification réalisé par la Commission depuis sa création qu'il faudrait remettre en question; car pour le traitement du sujet «Expulsion des étrangers», le Rapporteur spécial n'a pas usé d'une démarche nouvelle différente de celle appliquée au traitement des autres sujets inscrits par le passé à l'ordre du jour de la Commission.

7. Au demeurant, à côté des réticences exprimées par les États susmentionnés, certains États ont apporté au contraire un franc soutien au sujet ainsi qu'au projet d'articles adopté en première lecture par la Commission, sans préjudice de leurs commentaires et observations sur tel ou tel projet d'article en particulier. Ainsi, un État a considéré que «le sujet de l'expulsion des étrangers p[ro]ouvai]t, moyennant les modifications voulues, être considéré comme se prêtant à une codification⁹». Dans le même sens, un autre État

s[']est] félicit[é] des changements apportés depuis la session précédente aux projets d'article sur l'expulsion des étrangers, qui reflètent les efforts

⁷ Hongrie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 50. On relèvera cependant que «la délégation hongroise se félicite de l'attention accordée par le Rapporteur spécial à la Directive relative au retour de l'Union européenne [directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier], qui a harmonisé les normes minimum en la matière établies par le droit interne de plus de 30 États européens» (*ibid.*).

⁸ Israël, *ibid.*, par. 35.

⁹ Pologne, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 72.

faits par la [Commission] pour réaliser un équilibre entre le pouvoir réglementaire des États expulsants et le droit légitime des étrangers objets d'une expulsion, en laissant dans le même temps une certaine latitude aux États s'agissant de donner effet à leur législation nationale¹⁰.

Un autre État a déclaré que, dans l'ensemble, il « estim[ait] que le projet d'articles représente une contribution positive à la codification et au développement progressif du droit international sur le sujet¹¹ ».

B. Commentaires, observations et suggestions sur les projets d'article

8. Ici aussi, quelques commentaires de caractère général ont été formulés par un certain nombre d'États avant l'examen article par article.

1. OBSERVATIONS DE CARACTÈRE GÉNÉRAL

9. Sur la structure du projet d'articles et l'équilibre entre les droits en jeu, un État a déclaré que « les projets d'articles devraient réaliser un meilleur équilibre entre les droits des étrangers et les droits souverains de l'État¹² ». Comme en réponse, un autre État s'est dit

[satisfait] de la structure des projets d'article sur l'expulsion des étrangers, qui reflète les efforts faits par la [Commission du droit international] pour concilier le droit des États d'expulser les étrangers et les limites que le droit international impose à ce droit¹³.

Un autre État a affirmé qu'il

[était] particulièrement [satisfait] que le texte ait été organisé de manière plus logique afin de faire ressortir les règles fondamentales régissant l'expulsion des étrangers et les droits et garanties d'une procédure régulière dont les étrangers objets d'une expulsion doivent bénéficier. [II] se félicite aussi de l'incorporation des principes de légalité et des droits de la défense, qui sont fondamentaux pour protéger les droits de l'homme des étrangers objet d'une expulsion. [II] se réjouit en outre de la mention transversale des droits fondamentaux comme le droit à la vie, l'interdiction de la torture et l'obligation de non-discrimination, comme de la reconnaissance spécifique des droits des personnes vulnérables, des réfugiés et des apatrides, conformément aux conventions internationales en la matière. Il est également important que dans sa forme actuelle, le projet d'articles distingue clairement entre l'expulsion des étrangers et l'extradition, mettant ainsi fin à la confusion que maintenaient les versions antérieures du texte¹⁴.

Dans le même ordre d'idées, un autre État a affirmé que

[Le] projet d'articles sur le sujet [était] complet et trait[ait] de la plupart des aspects de fond et procéduraux de la question de l'expulsion, y compris les obligations de l'État, comme l'obligation de non-refoulement et l'obligation de respecter les droits de l'homme des individus frappés d'expulsion. Ce projet d'articles consacre également les droits les plus importants et les plus largement reconnus des étrangers objets d'une expulsion, ainsi que les interdictions que le droit international impose aux États en la matière¹⁵.

10. Sur la nature des règles contenues dans le projet d'articles, certains États ont émis des doutes, suggérant parfois que ce projet était essentiellement du développement progressif plutôt que de la codification¹⁶. Dans cet ordre d'idées, un État a appelé à la prudence dans

la généralisation de règles tirées des traités et des mécanismes régionaux ou sous-régionaux, qui, selon lui, « ne représentent pas nécessairement la pratique des États ni l'*opinio juris*¹⁷ ». Pour cet État,

certains des projets d'article vont en effet au-delà du droit conventionnel et du droit coutumier (la *lex lata*). [...] La [Commission du droit international] tend à surestimer la pratique des organes conventionnels comme le Comité des droits de l'homme s'agissant d'identifier des règles, quelquefois au préjudice de la règle même que le traité en question entendait établir¹⁸.

11. Le Rapporteur spécial indiquera sur ce point que, dans la mesure où il n'existe pas en droit international une règle ou une méthode reconnue d'établissement de l'*opinio juris*, il paraît bien difficile de dire que telle règle dégagée d'une pratique générale ne constitue pas une règle coutumière. Seul le juge départage les protagonistes en cas de contestation à cet égard. Peut-être le résultat des travaux en cours de la Commission sur la coutume pourrait-il aider à l'avenir, mais on n'en est pas encore là. En tout état de cause, que certains projets d'article relèvent du développement progressif du droit international en matière d'expulsion des étrangers ne devrait rien avoir de surprenant, ni à la lumière des statuts de la Commission, ni au regard de sa pratique constante.

12. Un État s'inquiète de ce que les divers droits de l'homme reconnus dans le projet d'articles

découlent de conventions et instruments internationaux différents qui ne bénéficient peut-être pas d'une adhésion universelle, situation qui compliquera l'application future du projet d'articles puisqu'un État ne saurait être tenu d'obligations établies dans le cadre de traités ou accords auxquels il n'est pas partie¹⁹.

13. Il est aisé de répondre à cette préoccupation en rappelant qu'un État n'est jamais tenu par des obligations contenues dans un instrument juridique international auquel il n'a pas souscrit.

14. Plus radicalement, un autre État a

invit[é] la Commission à indiquer clairement au début du projet d'articles que le texte ne codifie pas le droit international existant ni ne procède à une réinterprétation de traités adoptés de longue date et parfaitement compris²⁰.

15. De l'avis du Rapporteur spécial, il n'y a pas lieu de faire une pareille indication. Elle ne serait simplement pas en adéquation avec le contenu du projet d'articles, qui comporte, certes des dispositions relevant du développement progressif du droit international dans le domaine de l'expulsion des étrangers, mais aussi, en très grande partie, des dispositions relevant de la codification d'une pratique des États bien établie, sédimentée depuis la seconde moitié du XIX^e siècle, étayée par une jurisprudence abondante. Là encore, la Commission n'a rien fait de nouveau ; elle a procédé – ni plus ni moins – conformément à sa pratique.

¹⁰ Chine, *ibid.*, par. 53.

¹¹ Mexique, *ibid.*, par. 17.

¹² Thaïlande, *ibid.*, par. 38.

¹³ Pologne, *ibid.*, par. 70.

¹⁴ Mexique, *ibid.*, par. 17.

¹⁵ Grèce, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/67/SR.22), par. 24.

¹⁶ Voir notamment : Canada, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. A ; République de Corée, *ibid.* ; et Pays-Bas, *ibid.*, et *Documents officiels de l'Assemblée générale*,

soixante-septième session, Sixième Commission, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 25.

¹⁷ République islamique d'Iran, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 7.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Indonésie, *ibid.*, par. 26.

²⁰ Canada, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. A, par. 1.

16. Certains États ont estimé que le mot *aliens* dans le titre du projet d'articles en anglais a une connotation négative en ce qu'il fait perdre de vue que ce sont des êtres humains qui sont concernés²¹. C'est, selon l'un d'entre eux, pour cette raison que sa législation a été amendée pour remplacer ce terme par celui de « migrants » ou par l'expression *foreign nationals*²². Tout en comprenant la légitimité de cette observation liée parfois à la douloureuse histoire d'un certain type de régime politique, il ne paraît pas judicieux d'insister outre mesure sur cette question qui, hormis les interventions de ces deux États, n'a pas suscité de débat. Au demeurant, elle avait été évoquée au sein de la Commission avant l'adoption du projet d'articles en première lecture et n'avait guère prospéré.

17. Un autre État a recommandé une modification terminologique consistant à remplacer les termes « légal/illégal » par l'expression « situation migratoire régulière/irrégulière » et le mot « étranger » par « personne étrangère » dans tout le projet d'articles²³. On a déjà répondu en ce qui concerne l'utilisation du terme « étranger ». Quant à « situation migratoire régulière/irrégulière », non seulement l'expression est très vague et déborde largement le cadre du sujet en raison de la référence au phénomène migratoire, mais encore les termes « régulier/irrégulier » sont imprécis, rien ne permettant d'affirmer de manière absolue que la régularité d'une situation n'emporte pas nécessairement sa légalité.

18. Sur divers aspects du sujet ou qui lui sont connexes, les États ont exprimé des points de vue contrastés. Alors que certains ont critiqué l'exploitation du droit régional dans l'effort de dégager des tendances de la pratique internationale en matière d'expulsion des étrangers²⁴, d'autres, au contraire, se sont félicités de la prise en compte du droit européen en la matière²⁵. Un État a suggéré que, au regard de leur importance pour la détermination de l'État de destination, les accords de réadmission devraient être traités dans le projet d'articles²⁶. Un autre État a estimé que le projet d'articles devrait être développé, plus précisément dans les projets d'articles 11, 12, 30 et 32, du point de vue de la protection des biens des étrangers expulsés²⁷. Un autre encore a

estim[é] opportun d'introduire une disposition concernant expressément le droit à la santé des personnes détenues faisant l'objet d'une procédure d'expulsion, droit inaliénable qui doit permettre à tout un chacun de jouir du bien-être physique, mental et social le plus grand possible²⁸.

19. Le Rapporteur spécial ne saurait dénier l'intérêt de ces suggestions. Il doit cependant relever : que le droit

régional fait partie du droit international et ne saurait être laissé en dehors, d'autant plus qu'il a toujours été exploité par la Commission du droit international dans ses travaux ; que la question des accords de réadmission a été dûment traitée par le Rapporteur spécial dans son septième rapport²⁹ et a été mentionnée dans le commentaire du projet d'article 29, mais ne saurait faire l'objet d'un projet d'article en ce qu'elle relève des relations directes – bilatérales – entre États ; que la question de la protection des biens de l'étranger objet d'expulsion est traitée dans la juste proportion de ce qui relève des règles générales du droit international en la matière, sans préjudice de ce qui relève du droit interne des États ; que la question du droit à la santé de l'étranger objet d'expulsion a été débattue par la Commission à la suite du cinquième rapport³⁰ du Rapporteur spécial sans que l'on trouve en droit international un fondement à une protection plus étendue que ce qui figure actuellement dans le projet d'articles. Il n'est pas superflu à cet égard de rappeler que la Commission n'a pas reçu mandat d'élaborer un nouvel instrument de protection des droits de l'homme, mais de traiter de l'expulsion des étrangers avec les implications juridiques qui s'y attachent, y compris sur le terrain du droit international positif des droits de l'homme.

20. Un État a déclaré qu'il « contest[ait] absolument » que la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent³¹ « relève du droit international coutumier »³². Cet État demande par ailleurs de préciser si les termes « droit international général » employés notamment dans le commentaire du projet d'articles « englobent le droit international coutumier et le droit conventionnel »³³.

21. Le Rapporteur spécial ne peut que prendre acte de la contestation par cet État de la valeur coutumière de la Déclaration en question. Quant à la portée de l'expression « droit international général », il convient de rappeler que celui-ci est couramment assimilé au droit coutumier, et se distingue ainsi du droit conventionnel. Suivant cette conception, seul le droit coutumier peut générer des obligations *erga omnes*. Ainsi, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour internationale de Justice présente les règles et obligations « de droit international général ou coutumier » comme celles

qui par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage³⁴.

Cela dit, la jurisprudence de la Cour n'est pas toujours très précise quant au contenu du « droit international général ». Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, où elle emploie cette

²¹ Pérou, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 89 ; et Afrique du Sud, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 79.

²² Afrique du Sud, *ibid.*

²³ El Salvador, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. A, par. 1 et 2.

²⁴ Voir notamment les interventions des États-Unis d'Amérique au sein de la Sixième Commission.

²⁵ Hongrie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 50.

²⁶ Grèce, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/67/SR.22), par. 25.

²⁷ République de Corée, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 120.

²⁸ El Salvador, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. A, par. 3.

²⁹ *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/642.

³⁰ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/611, p. 135.

³¹ Résolution 40/144 de l'Assemblée générale du 13 décembre 1985.

³² Canada, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. A, par. 3.

³³ *Ibid.*, par. 2.

³⁴ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, aux pages 38 et 39, par. 63.

expression à plusieurs reprises, la Cour l'utilise avec l'expression « droit international coutumier » de façon interchangeable³⁵, tout en le distinguant par contre du droit conventionnel³⁶. En revanche, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour parle des « principes du droit international général et coutumier » au paragraphe 73 de son arrêt du 26 novembre 1984 sur la recevabilité³⁷, comme si les deux notions étaient distinctes. Face à cette imprécision, le Rapporteur spécial a suivi l'acception large de l'expression « droit international général » retenue par la doctrine contemporaine³⁸ à la suite de Dionisio Anzilotti. Selon Georges Abi-Saab, notamment, qui se base sur une analyse de l'arrêt rendu dans les affaires précitées du *Plateau continental de la mer du Nord*, cette expression ne s'entend pas seulement de la coutume éventuellement épaulée à titre subsidiaire par les principes généraux de droit, comme peuvent le laisser entendre certaines formulations de la Cour; il n'y a aucune raison d'en exclure les traités de caractère universel qui ont « un caractère fondamentalement normatif » et peuvent « ainsi constituer la base d'une règle générale de droit »³⁹.

2. COMMENTAIRES ET SUGGESTIONS DES ÉTATS PROJET D'ARTICLE PAR PROJET D'ARTICLE

Article 1. Champ d'application

22. Certains États estiment qu'il n'est pas approprié d'inclure dans le champ d'application du projet d'articles aussi bien les étrangers légalement présents sur le territoire d'un État que ceux qui sont présents illégalement, au motif que les droits accordés aux uns et aux autres en matière d'expulsion sont trop différents⁴⁰. Leur situation étant différente, le régime en matière d'expulsion qui leur est applicable doit l'être également⁴¹. Un autre État déclare sans ambages qu'il faudrait exclure du champ d'application du projet d'articles les étrangers se trouvant illégalement sur le territoire d'un État⁴². En revanche, selon d'autres États, le projet d'articles « devrait s'appliquer aussi bien aux étrangers présents légalement sur le territoire d'un État qu'à ceux qui y sont présents illégalement⁴³ ». Plus précisément, tout en reconnaissant qu'« il est utile de prendre

en considération les deux catégories d'étrangers⁴⁴ », certains estiment qu'il conviendrait de « distinguer clairement les droits et obligations des étrangers légalement présents sur le territoire de ceux des étrangers qui y sont illégalement présents [même si] les droits de l'homme et les droits procéduraux devraient pour la plupart être les mêmes⁴⁵ »; car il est à craindre que l'approche qui mêle les deux catégories d'étrangers « ne conduise parfois à une représentation incorrecte de ce qui les distingue au regard du droit international⁴⁶ ».

23. De l'avis du Rapporteur spécial, un projet d'articles sur l'expulsion des étrangers qui se limiterait à l'expulsion des seuls étrangers se trouvant « légalement » sur le territoire de l'État expulsant n'aurait qu'un intérêt extrêmement limité: il laisserait hors du champ d'étude la catégorie la plus nombreuse des personnes concernées par l'expulsion et dont le régime juridique de l'expulsion appelle la plus grande attention en raison de leur statut même dans l'État expulsant. Au demeurant, la grande majorité des États qui se sont exprimés sur ce point sont plutôt d'accord qu'il est utile de traiter de l'expulsion des deux catégories d'étrangers, et les appréhensions qu'ils expriment ne sont guère accompagnées de propositions concrètes. Il convient de rappeler enfin que la Commission du droit international estime à juste raison que l'on ne saurait distinguer entre les droits de l'homme de l'étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État et ceux de l'étranger qui s'y trouverait illégalement, car, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de la personne humaine, dont les droits doivent être protégés sans aucune forme de discrimination. C'est pourquoi le projet d'articles s'efforce de faire quelques distinctions sur certains droits procéduraux, mais pas sur les droits de l'homme substantiels.

Article 2. Définitions

24. Certains États trouvent exhaustive la définition de l'expulsion contenue dans le projet d'article 2⁴⁷. D'autres États demandent la clarification de certains termes ou l'inclusion dans la définition de tel mot qui n'y figure pas. On a estimé qu'

[é]largir cette définition au comportement d'un État de manière qu'elle ne se limite plus à un acte formel [...] manque de clarté et est inapproprié; le comportement de l'État n'est pas pertinent en matière d'expulsion et ne devrait pas être cité comme élément autonome dans la définition du terme⁴⁸.

Dans le même sens et en conséquence, il est recommandé que les termes « ou d'un comportement consistant en une action ou une omission » soient « supprimés », car « [c]e passage serait notamment en contradiction avec le projet

³⁵ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, notamment p. 298 à 300, par. 110 à 112 et par. 114, p. 326, par. 191, et p. 339 et 340, par. 230.

³⁶ *Ibid.*, p. 265, par. 19.

³⁷ *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, notamment p. 424, par. 73.

³⁸ Voir notamment: Abi-Saab, « Cours général de droit international public », notamment p. 197 à 203; Buzzini, « La théorie des sources face au droit international général », p. 582; voir aussi Kamto, « La volonté de l'État en droit international », p. 345 à 349.

³⁹ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 34), p. 42, par. 72.

⁴⁰ Allemagne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 100, et document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 1.

⁴¹ Fédération de Russie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 33.

⁴² Iraq, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 21.

⁴³ Indonésie, *ibid.*, par. 25.

⁴⁴ Australie, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 1.

⁴⁵ Afrique du Sud, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 79.

⁴⁶ Australie, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 1.

⁴⁷ Chili, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 7; et Danemark (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 46.

⁴⁸ France, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 98.

d'article 4, qui pose le principe de l'obligation de conformité de la décision à la loi⁴⁹.

25. La remarque paraît fondée à première vue. Mais il convient de rappeler d'abord que l'expulsion comme comportement consistant en une action ou une omission attribuable à un État est admise par la jurisprudence, ainsi qu'il ressort du commentaire du projet d'article 2. Ensuite, l'argument tiré de la contrariété avec le projet d'article 4 ne saurait prospérer : l'expulsion comme comportement attribuable à un État constituerait dans ce cas une violation de la loi du point de vue de la procédure, tout en emportant toutes les conséquences juridiques d'une expulsion formelle. On relèvera que des États soutiennent l'inclusion du comportement attribuable à un État dans la définition de l'expulsion⁵⁰, même si certains souhaitent des précisions ou des clarifications çà et là. Ainsi, un État estime qu'il conviendrait de préciser le terme « omission⁵¹ » : le Rapporteur spécial pense que ce mot est bien établi en droit international, notamment dans le droit de la responsabilité pour fait internationalement illicite, pour qu'il soit nécessaire de le définir à nouveau, car c'est dans ce sens que ce terme est ici employé. Un autre État « tient à souligner que, pour déterminer si un comportement est "attribuable à l'État", il convient d'appliquer les mêmes critères d'attribution que ceux définis dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁵² » : le Rapporteur spécial n'a pas d'objection à cette précision, car il convient que c'est bien sur la base du travail de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État que doit être apprécié le comportement de l'État ; en revanche, il ne saurait suivre la proposition tendant à la suppression du terme « réfugié » figurant à la fin de l'alinéa *a* du projet d'article 2, car cela reviendrait à modifier le champ d'application du projet d'articles. Enfin, un État estime que les définitions de l'« expulsion collective » et de l'« expulsion déguisée » figurant respectivement au paragraphe 1 du projet d'article 10 et au paragraphe 2 du projet d'article 11 devraient être incluses dans le projet d'article 2⁵³ : cette proposition ne peut être retenue, car les définitions figurant dans ce projet d'article portent sur des termes récurrents d'application générale à l'ensemble du projet d'articles, alors que ceux visés par la proposition concernent des cas spécifiques abordés dans les seuls projets d'article où ils figurent présentement.

Article 3. Droit d'expulsion

26. Le projet d'article 3 donne satisfaction à certains États, qui estiment qu'il « reflète correctement l'état du droit en la matière⁵⁴ ». Un État a proposé un amendement à la seconde phrase de ce projet d'article 3, qui serait ainsi

⁴⁹ Autriche, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 2 ; voir dans le même sens la proposition d'amendement du Royaume-Uni, qui supprime les mêmes termes (ibid.).

⁵⁰ Allemagne, ibid. ; et Canada, ibid.

⁵¹ Allemagne, ibid., par. 2.

⁵² Canada, ibid., par. 2.

⁵³ Congo, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 46.

⁵⁴ France, ibid., 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 97 ; voir dans le même sens Inde, ibid., 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 17.

libellé : « Un État ne peut expulser un étranger que dans le respect de ses obligations juridiques internationales⁵⁵ ». Une telle formulation est beaucoup trop vague et ne permet pas de déterminer celles des obligations internationales de l'État qui sont en cause ; à l'instar d'un instrument juridique international, un projet d'articles – qui ne peut en lui-même s'imposer à un État – a un objet déterminé et ne saurait faire appel à toutes les obligations de droit international.

Article 4. Obligation de conformité à la loi

27. Un État « appuie pleinement la teneur du projet d'article 4 (Obligation de conformité à la loi) car celui-ci garantit une certaine certitude juridique aux étrangers, quelle que soit leur situation au regard de l'immigration⁵⁶ » ; la proposition de cet État d'ajouter le mot « État » après le terme « décision » paraît superfétatoire dans la mesure où il va de soi qu'une décision d'expulsion ne peut être prise que par un État. Dans ses observations sur le projet d'article 4, un autre État estime que « [l]e projet d'articles devrait faire plus précisément référence aux mesures que le pays prend pour respecter sa législation en matière d'immigration sur son territoire⁵⁷ ». Une telle référence serait hors du champ du projet d'articles, dans la mesure où celui-ci ne s'occupe nullement de la manière dont les États règlent les questions d'immigration sur leurs territoires.

Article 5. Motifs d'expulsion

28. Un État trouve le libellé du projet d'article 5 « insatisfaisant, car il peut être lu comme excluant la présence illégale d'un étranger en tant que motif autorisé d'expulsion⁵⁸ ». Un tel risque n'existe guère dans la mesure où le paragraphe 2 de ce projet d'article est formulé de telle manière que cela peut autoriser l'expulsion pour violation de la loi sur l'entrée et le séjour des étrangers, « la présence illégale d'un étranger » étant forcément contraire à ladite loi et donc constitutive d'un motif d'expulsion. Un autre État estime que « [l]e projet d'article devrait énoncer le droit de l'État de nationalité et de l'État de destination des personnes faisant l'objet d'une expulsion de demander des informations additionnelles sur le motif de l'expulsion⁵⁹ ». Un tel droit ne relève pas du droit international positif et la pratique des États ne va pas dans le sens de sa consécration. En tout état de cause, les motifs d'expulsion ne sont pas limités à l'ordre public ou à la sécurité nationale, comme l'a prétendu un État⁶⁰, et la Commission du droit international n'a pas cherché à élaborer une liste exhaustive en la matière, comme pourraient le suggérer les observations d'un autre État⁶¹. Le Rapporteur spécial comprend la suggestion tendant à « remplacer l'expression "contraire

⁵⁵ Canada, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 3.

⁵⁶ El Salvador, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 44.

⁵⁷ Royaume-Uni, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur les projets d'articles 2 et 4.

⁵⁸ France, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 98.

⁵⁹ Bélarus, ibid., 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 106.

⁶⁰ Roumanie, ibid., 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 86.

⁶¹ République islamique d'Iran, ibid., 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 9.

au droit international” par “contraire à ses obligations de droit international” afin d’empêcher toute ambiguïté ou d’éviter des interprétations conflictuelles de l’expression “contraire au droit international”⁶². Mais, dans la mesure où il va de soi que, dans l’ordre international, un État n’est jamais lié que par ses obligations de droit international, une telle précision pourrait être faite dans le commentaire du projet d’article 5 si elle s’avérait nécessaire. Un État propose de restreindre le champ d’application du paragraphe 3 de l’article 5 aux seuls étrangers «qui se trouvent légalement sur le territoire de l’État»⁶³, cependant qu’un autre suggère la suppression de la dernière partie de ce paragraphe, qui énonce que l’appréciation du motif d’expulsion doit tenir compte «de la gravité des faits et à la lumière de toutes les circonstances, y compris le comportement de l’étranger concerné»⁶⁴. La première proposition ne correspond pas à l’approche du sujet retenue par la Commission du droit international et qui a reçu l’approbation des États au sein de la Sixième Commission, et la seconde fait fi de la jurisprudence établie en la matière. Quant à la demande «que soit précisé, dans le commentaire relatif au projet d’article 5, que les motifs d’expulsion doivent s’apprécier au moment de la décision et non pas au moment de l’expulsion»⁶⁵, le Rapporteur spécial n’y a pas d’objection et suggère à la Commission qu’une suite favorable lui soit réservée.

Article 6. Interdiction de l’expulsion des réfugiés

29. Un État signale qu’il «ne reconnaît pas le statut de réfugié, car [il] n’est pas partie à la Convention relative au statut des réfugiés ni au Protocole relatif au statut des réfugiés»⁶⁶. On ne peut qu’en prendre acte. Un autre État souhaite que les projets d’articles 6 et 7, traitant respectivement des réfugiés et des apatrides, mentionnent l’asile, «car cette institution intéresse de nombreuses personnes, en particulier en Amérique du Sud»⁶⁷. La Commission du droit international a exclu l’asile du champ du sujet sur l’expulsion des étrangers, parce que l’institution de l’asile relève d’un régime juridique bien trop spécifique et difficile à intégrer dans ce sujet. Il s’agit par ailleurs d’une institution éminemment politique dans la mesure où les motifs de l’octroi de l’asile dépendent essentiellement de l’appréciation de la situation politique du demandeur et/ou de la nature des relations entre l’État de refuge et l’État d’origine du demandeur d’asile. Comme la Cour internationale de Justice l’a rappelé dans son arrêt du 13 juin 1951 en l’*Affaire Haya de la Torre*, l’asile diplomatique est, selon la Convention fixant les règles à observer pour la concession du droit d’asile, «une mesure provisoire en vue de la protection temporaire de criminels politiques»⁶⁸. Les voies par lesquelles l’asile peut prendre fin «sont conditionnées par des éléments de fait et par des possibilités que, dans une très large mesure, les Parties

sont seules en situation d’apprécier»⁶⁹; elles conduisent «à des décisions inspirées de considérations de convenance et de simple opportunité politique»⁷⁰. On voit bien, dans ces conditions, qu’il serait hasardeux d’entreprendre une codification d’une telle matière.

30. *Paragraphe 1.* Un État suggère que le paragraphe 1 du projet d’article 6 tienne compte des exceptions prévues au paragraphe F de l’article premier de la Convention relative au statut des réfugiés et que les dispositions en question soient incorporées dans le projet d’article 6 «sous la forme d’une réserve»⁷¹. Un autre État souhaite que le projet permette

l’expulsion des étrangers coupables de violations graves ou systématiques des droits de l’homme, de crimes de guerre ou de crimes contre l’humanité, y compris ceux considérés par d’autres pays comme des réfugiés au sens de la Convention relative au statut des réfugiés⁷².

En réponse à ces suggestions, il convient d’indiquer que la Commission du droit international n’a pas voulu reprendre dans le cadre du projet d’articles l’ensemble des règles relatives à l’expulsion des réfugiés et des apatrides, non seulement parce que les régimes juridiques de ces catégories de personnes font déjà l’objet d’instruments juridiques internationaux qu’il paraît sans intérêt de reproduire *in extenso* ici, mais aussi parce que certains de ces instruments contiennent des enrichissements au niveau régional. C’est pourquoi, tout en énonçant les grands principes en la matière, le projet d’articles contient une sorte de clause sans préjudice énoncée dans le projet d’article 8 en ces termes : «Autres règles spécifiques à l’expulsion des réfugiés et des apatrides». Par ailleurs, il est écrit dans le commentaire relatif au projet d’article 6 que

toute personne qui ne répond pas à la définition de réfugié au sens des instruments juridiques pertinents échappe à la protection reconnue au projet d’article 6 et peut être expulsée pour des motifs autres que ceux qui sont prévus au paragraphe 1, notamment du seul fait du caractère illégal de sa présence sur le territoire de l’État expulsant. Dans cette perspective, le paragraphe 2 doit être interprété comme étant sans préjudice du droit d’un État d’expulser, pour des raisons autres que celles indiquées au projet d’article 6, un étranger ayant présenté une demande manifestement abusive en vue de l’obtention du statut de réfugié⁷³.

Mais, afin de prendre totalement en compte les préoccupations exprimées à travers les suggestions rappelées ci-dessus, le Rapporteur spécial propose un amendement au paragraphe 1 du commentaire du projet d’article 6 précisant que ce projet d’article doit être lu en relation avec le projet d’article 8 et en tenant compte notamment des dispositions du paragraphe F de l’article premier de la Convention relative au statut des réfugiés.

31. *Paragraphe 2.* Certains États ont contesté le paragraphe 2 du projet d’article 6 au motif qu’il relèverait «davantage du développement progressif que de la codification»⁷⁴. Selon un État,

⁶² Ibid.

⁶³ Royaume-Uni, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d’article 5, par. 2.

⁶⁴ Canada, *ibid.*, par. 1.

⁶⁵ Ibid., par. 2.

⁶⁶ Malaisie, *Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 108.

⁶⁷ Pérou, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 90.

⁶⁸ *Affaire Haya de la Torre*, arrêt du 13 juin 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 71, à la page 80.

⁶⁹ Ibid., p. 79.

⁷⁰ Ibid., p. 81.

⁷¹ République de Corée, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d’article 6, par. 1.

⁷² Canada, *ibid.*, par. 4.

⁷³ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 25, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d’article 6.

⁷⁴ Roumanie, *Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 86.

[c]ette disposition alourdit sensiblement les obligations prévues à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 32 de la Convention relative au statut des réfugiés, qui s'appliquent exclusivement aux étrangers se trouvant légalement sur le territoire de l'État⁷⁵.

Un autre État a déclaré qu'

[i]l serait préférable de s'en tenir au régime établi dans la Convention relative au statut des réfugiés et soit de supprimer le paragraphe 2 de l'article 6 soit, si on le conserve, de remplacer le verbe «s'applique» par «peut s'appliquer», en laissant à l'État expulsant le soin de décider d'accorder ou non le même traitement aux deux catégories de réfugiés⁷⁶.

32. Sur l'observation selon laquelle le paragraphe 2 relèverait davantage du développement progressif que de la codification, le commentaire dudit paragraphe sous le projet d'article 6 est assez clair. Quant à s'en tenir au régime établi par la Convention relative au statut des réfugiés, cela reviendrait à ignorer la pratique subséquente des États dans ce domaine, laquelle va dans le sens de l'énoncé du paragraphe 2. Enfin, remplacer dans ce paragraphe le verbe «s'applique» par «peut s'appliquer» reviendrait à créer une faculté plutôt qu'une obligation et, ce faisant, à rendre la disposition en question sans intérêt dans la mesure où un État n'a pas besoin d'une telle norme pour étendre les dispositions du paragraphe 1 au cas prévu au paragraphe 2.

33. Une proposition d'amendement suggère de «substituer, au paragraphe 2, “tout étranger” à “tout réfugié”⁷⁷». La raison pour laquelle cette proposition ne peut être retenue est contenue dans le commentaire relatif au paragraphe 2 du projet d'article 6; elle est la suivante :

le paragraphe 2 ne vise que des individus qui, tout en ne bénéficiant pas du statut de réfugié dans l'État en question, répondent à la définition de «réfugié» au sens de la Convention relative au statut des réfugiés ou, le cas échéant, d'autres instruments pertinents comme la Convention de l'Organisation de l'unité africaine] de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, et doivent donc être reconnus comme tels au regard du droit international⁷⁸.

Un autre amendement suggère une formulation négative du paragraphe 2, disant que «[l]e paragraphe 1 ne s'applique pas à tout réfugié» qui demanderait «qu'on lui reconnaisse le statut de réfugié aux seules fins de faire cette demande, pendant que celle-ci est à l'examen»⁷⁹. Une telle formulation restreindrait considérablement la portée de la disposition en question et s'éloignerait de beaucoup de l'esprit de l'énoncé actuel du paragraphe 2.

34. *Paragraphe 3.* Un État «approuve le libellé du paragraphe 3⁸⁰». En revanche, un autre le juge incompatible avec le paragraphe 8 de l'article 22 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, mais

aussi avec les projets d'articles 23 et 24⁸¹. Le Rapporteur spécial ne voit pas en quoi. Il ne trouve pas non plus judicieux de renvoyer expressément, comme le suggèrent certains États⁸², aux projets d'articles 23 et 24 dans le texte même du projet d'article 6 plutôt que dans le commentaire, comme c'est le cas présentement. Après tout, le projet d'articles forme un tout dont les éléments sont liés entre eux.

Article 7. Interdiction de l'expulsion des apatrides

35. Un État estime nécessaire, d'une part, de mentionner l'asile dans le projet d'article 7 et, d'autre part, d'y insérer «une clause de sauvegarde comparable à celle figurant au paragraphe 2 de l'article 6 [...] afin que les apatrides illégalement présents sur le territoire aient la possibilité de régulariser leur situation⁸³». Sur la mention de l'asile, les arguments présentés en réponse aux observations sur le projet d'article 6 restent valables ici. La situation d'apatridie n'étant pas constatée dans les mêmes conditions et suivant les mêmes procédures que celle de réfugié, il n'y a pas lieu de transposer mécaniquement aux apatrides la protection prévue à la fin du paragraphe 2 du projet d'article 6.

36. Un autre État trouve le projet d'article 7 superflu puisqu'il est indiqué dans le commentaire relatif au projet d'article 2 que la définition du terme «étranger» englobe les apatrides⁸⁴. Il suffira de rappeler qu'une explication fournie dans le commentaire ne saurait tenir lieu d'énoncé normatif. Quant à la difficulté pour cet État à comprendre le bien-fondé de l'emploi du terme «régulièrement» au motif que «[d]ès lors qu'une personne est visée par une procédure d'expulsion, elle ne se trouve plus régulièrement sur le territoire de l'État, les décisions d'expulsion étant prises conformément à la loi⁸⁵», il suffit là aussi de rappeler que l'hypothèse de l'expulsion d'un apatride se trouvant régulièrement sur [le] territoire» d'un État est prévue au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention relative au statut des apatrides.

Article 8. Autres règles spécifiques à l'expulsion des réfugiés et des apatrides

37. Selon une communauté d'États, le projet d'article 8 devrait indiquer clairement que les autres règles sur l'expulsion des réfugiés et des apatrides prévues par ce projet d'article sont celles qui sont plus favorables aux personnes faisant l'objet de l'expulsion⁸⁶. Le Rapporteur spécial est d'avis qu'une telle précision pourrait être faite dans le commentaire dudit projet d'article.

⁷⁵ Australie, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 6.

⁷⁶ République islamique d'Iran, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 10.

⁷⁷ Canada, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 6, par. 1.

⁷⁸ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 25, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 6.

⁷⁹ République de Corée, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 6, par. 2.

⁸⁰ Canada, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 6, par. 3.

⁸¹ Pérou, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 90.

⁸² Danemark (au nom des pays nordiques), *ibid.*, par. 48; et Iraq, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 22.

⁸³ Pérou, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 90.

⁸⁴ Canada, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 7, par. 1.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 2.

⁸⁶ Union européenne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 58, et observations figurant dans un document regraphié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session), par. 11 et 12.

Article 9. Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion

38. Un État regrette « la disparition du projet d'articles du principe interdisant à l'État d'expulser ses propres nationaux »; or « [l']interdiction de la déchéance de nationalité aux fins d'expulsion est privée d'effet s'il n'est pas interdit à l'État expulsant d'expulser ses nationaux ». Il y aurait là, selon cet État, une incohérence à laquelle il faudrait remédier⁸⁷. Le Rapporteur spécial a fait de son mieux pour persuader la Commission du droit international et les États de l'utilité d'avoir une disposition consacrée à ce rappel de principe dans le projet d'article; mais il n'y est pas parvenu, les uns et les autres estimant, non sans raison sur un plan formel, qu'une telle disposition n'entraîne pas dans le sujet « Expulsion des étrangers ». Dans la mesure où le projet d'article 9 ne répond que très implicitement et un peu imparfaitement à cette préoccupation, le Rapporteur spécial se demande si le principe de l'interdiction de l'expulsion par un État de ses propres nationaux ne pourrait pas être rappelé dans le commentaire de ce projet d'article. Quant à l'amendement tendant à ajouter au libellé actuel du projet d'article 9 la phrase suivante: « [I]l n'en reste pas moins que les motifs de déchéance, qui sont prévus par la loi, peuvent aussi être des motifs d'expulsion en tant que tels⁸⁸ », il paraît superflu dans la mesure où toute expulsion est légalement valide dès lors qu'elle est faite en conformité à la loi et dans le respect des obligations internationales de l'État.

Article 10. Interdiction de l'expulsion collective

39. Tout en ne s'opposant pas au projet d'article 10, un groupe d'États demande que soit précisé dans le commentaire s'il constitue un développement progressif du droit international en matière d'expulsion des étrangers⁸⁹. Un État considère qu'il ne représente pas le droit coutumier et recommande à la Commission « de faire preuve de prudence en ce qui concerne sa codification dans le projet d'articles⁹⁰ ». Mais, dans l'ensemble, le projet d'article 10 a reçu le soutien de la plupart des États qui se sont exprimés à son sujet: l'un d'entre eux considère que le libellé actuel de ce projet d'article « reflète correctement l'état du droit en la matière⁹¹ »; un autre y voit une « règle générale applicable à tous les étrangers⁹² » et pense même qu'il n'y a pas lieu de mentionner un groupe particulier comme les travailleurs migrants⁹³; un autre encore exprime sa

⁸⁷ France, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 101; voir dans le même sens Maroc, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 1.

⁸⁸ Royaume-Uni, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 9.

⁸⁹ Danemark (au nom des pays nordiques), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 47.

⁹⁰ Australie, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 10.

⁹¹ France, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 97.

⁹² Allemagne, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 100; et document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 10.

⁹³ *Ibid.*; et la République de Corée propose de « supprimer ce paragraphe » [document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 10, par. 2].

« satisfaction » que le projet « ne prévoi[e] aucune exception à l'interdiction des expulsions collectives »⁹⁴.

40. Trois États ont fait des propositions d'amendements à ce projet d'article 10. Un premier État a proposé d'introduire à nouveau dans le paragraphe 1 la définition du terme « expulsion »⁹⁵: une telle proposition n'est guère pertinente, le terme expulsion étant déjà défini dans le projet d'article 2. Le même État préfère au paragraphe 3 l'adverbe « simultanément » à « concomitamment »⁹⁶: les deux termes sont des synonymes. Il préfère également que l'on dise dans le même paragraphe « à condition que leur expulsion soit décidée en application de la loi et au terme de procédures individuelles⁹⁷ »: cette formule est moins précise que le libellé actuel, qui, de surcroît, s'appuie sur la jurisprudence internationale. L'État en question a enfin suggéré que l'on arrête le paragraphe 4 à « conflit armé » et que l'on supprime donc « impliquant l'État expulsant »⁹⁸: un tel amendement ne peut être retenu, car il donnerait une portée beaucoup trop large à ce paragraphe, qui ne vise pas tout conflit armé quel qu'il soit, mais uniquement un conflit armé impliquant l'État expulsant. Un deuxième État a fait une proposition d'amendement au paragraphe 3⁹⁹, mais qui n'améliore en rien la formulation actuelle dudit paragraphe. Un troisième État a proposé de modifier le paragraphe 2 comme suit: « L'expulsion collective des étrangers, y compris des travailleurs migrants, est interdite sauf dans les conditions prévues au paragraphe 3¹⁰⁰ »: l'ajout de la formule « sauf dans les conditions prévues au paragraphe 3 », s'il était retenu, ferait dire au paragraphe 3 ce qu'il ne dit pas, à savoir que l'expulsion collective serait permise dans certains cas ou sous certaines conditions, alors qu'il s'agit bien, comme l'a rappelé un autre État cité plus haut, d'une règle générale.

Article 11. Interdiction de l'expulsion déguisée

41. Dans l'ensemble, hormis un État qui a réitéré sa position selon laquelle « l'expulsion ne peut résulter que d'un acte juridique de l'État¹⁰¹ », les États qui se sont exprimés sur ce projet d'article l'ont accueilli favorablement¹⁰². Un État a indiqué cependant qu'il « manqu[ait] de clarté¹⁰³ » en particulier en ce qui concerne son champ

⁹⁴ Suisse, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 74.

⁹⁵ El Salvador, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 10, par. 7.

⁹⁶ *Ibid.*, par. 4.

⁹⁷ *Ibid.*, par. 7.

⁹⁸ *Ibid.*, par. 6.

⁹⁹ République de Corée, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 10, par. 1.

¹⁰⁰ Royaume-Uni, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 10, par. 2.

¹⁰¹ Autriche, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 11.

¹⁰² Allemagne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 101; et document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 11, par. 1; Belarus, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 108; Iraq, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 23; et Roumanie, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 87.

¹⁰³ Pays-Bas, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 11.

d'application; un autre a estimé que la définition de l'expulsion déguisée se prêtait à une «interprétation indûment large¹⁰⁴». Ces observations comme les propositions d'amendement¹⁰⁵ faites par certains États reposent sur des préoccupations nationales – sans doute légitimes – et non sur le droit international et plus précisément sur la jurisprudence internationale, comme c'est le cas du projet d'article 11 actuel. Enfin, un État a demandé qu'il soit indiqué dans le commentaire du projet d'article 11 «que l'expulsion déguisée n'est pas seulement illicite mais qu'elle peut aussi engager la responsabilité internationale de l'État expulsant¹⁰⁶». Une telle indication serait superflue dès lors qu'il est admis que tout fait internationalement illicite d'un État – et l'expulsion déguisée en est un – engage sa responsabilité internationale.

Article 12. Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation des biens

42. Parmi les États qui se sont exprimés sur ce projet d'article, l'un a déclaré que

[s]i l'objectif qui le sous-tend – à savoir interdire aux États d'expulser des étrangers pour confisquer leurs biens – est justifié et mérite d'être appuyé, il risque d'être difficile dans la pratique de déterminer les intentions d'un État. De plus, dans certaines situations, les infractions commises par un étranger peuvent, en vertu des lois de l'État en cause, exposer leur auteur tant à être expulsé qu'à avoir ses gains confisqués. Dans de tels cas, la non-application de dispositions juridiques relatives à la confiscation pour la seule raison qu'une personne fait également l'objet d'une procédure d'expulsion serait difficilement justifiable, car l'étranger se trouverait ainsi dans une situation privilégiée par rapport aux nationaux¹⁰⁷.

De l'avis du Rapporteur spécial, il n'est pas plus difficile ici qu'ailleurs de déterminer l'intention d'un État. En droit, l'intentionnalité d'un acte ou d'un comportement résulte toujours de l'examen des faits et non pas d'une exploration psychologique. Quant à la seconde observation, elle n'entre pas dans l'hypothèse d'une «expulsion aux fins de confiscation» puisqu'il s'agit de cas expressément prévus par la loi.

Article 13. Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition

43. Certains États ont maintenu leur position antérieure consistant à dire que «les questions liées à l'extradition ne devraient pas être traitées dans les projets d'articles¹⁰⁸» ou que le projet d'article 13, qu'un État a trouvé flou, «devrait être supprimé ou limité au cas des immigrants légaux¹⁰⁹». En revanche, plusieurs États ont soutenu le

¹⁰⁴ Allemagne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 101; et document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 11; voir aussi Pays-Bas, *ibid.*

¹⁰⁵ Voir celles de la République de Corée, *ibid.*, et du Royaume-Uni, *ibid.*

¹⁰⁶ Bélarus, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 109.

¹⁰⁷ Fédération de Russie, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 33.

¹⁰⁸ Pologne, *ibid.*, par. 70.

¹⁰⁹ République tchèque, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 123; et document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 13.

projet d'article 13¹¹⁰, jugeant ses dispositions «convaincantes¹¹¹» ou considérant qu'il «représente une amélioration par rapport au texte examiné à la session précédente¹¹²». L'amendement à ce projet d'article proposé par un État, et consistant à y insérer la formule «en l'absence de but légitime en matière d'immigration¹¹³», dénaturerait le projet d'article dans la mesure où cette formule tend à introduire une dérogation que ne permet pas la teneur actuelle du projet d'article. Comme le montre le commentaire relatif à ce projet d'article, non seulement la Commission s'est appuyée sur des éléments de jurisprudence à ce sujet, mais encore elle a formulé cette disposition de telle manière qu'elle ne constitue pas un obstacle à une expulsion faite conformément à la loi.

Article 14. Obligation de respecter la dignité humaine et les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion

44. Sans s'opposer au projet d'article, un État a cependant estimé que si l'on devait voir dans les «principes majeurs [...] inhérents au droit» qui y sont énoncés «des obligations de fond, leur contenu précis risque d'être difficile à définir¹¹⁴». Pour les mêmes raisons, un autre État a trouvé le paragraphe 1 dudit projet d'article «superflu¹¹⁵». Il suffira de rappeler ici, comme le montre le commentaire et comme l'a fait un État qui apporte un soutien à ce projet d'article, que son «libellé actuel [...] reflète correctement l'état du droit en la matière¹¹⁶». Quant aux propositions d'amendement faites par deux États, elles sont nettement contradictoires: l'une suggère de dire au paragraphe 2 que l'«[o]n respectera tous les droits de l'homme de la personne objet de l'expulsion, notamment ceux énoncés dans le présent projet d'articles¹¹⁷», cependant que, pour des raisons opposées, l'autre recommande la suppression du membre de phrase «notamment ceux énoncés dans le présent projet d'articles» figurant au paragraphe 2 du projet d'article 14¹¹⁸. Le Rapporteur spécial se bornera ici à renvoyer au commentaire relatif au projet d'article 11.

Article 15. Obligation de non-discrimination

45. Un État, tout en étant «favorable à l'objectif d'éliminer des discriminations illicites», a cependant trouvé

¹¹⁰ Inde, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 18; Portugal, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 60; voir aussi Canada, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 13; et Chili, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 7.

¹¹¹ Inde, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 18.

¹¹² Portugal, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 60.

¹¹³ Canada, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 13.

¹¹⁴ Australie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 3.

¹¹⁵ Pays-Bas, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 26; et document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 14.

¹¹⁶ France, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 97.

¹¹⁷ El Salvador, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 14.

¹¹⁸ Canada, *ibid.*

ce projet d'article « particulièrement problématique en ce qu'il est contraire à [sa] législation et à [sa] pratique »¹¹⁹. Par contre, un autre État a estimé qu'il permettait d'éviter « les expulsions à motifs xénophobes ou discriminatoires » et « [s'est donc félicité] de l'inclusion de l'article 15 » dans le projet d'articles¹²⁰. Au demeurant, comme toutes les autres dispositions relatives aux droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion, il n'y a là rien de nouveau qui n'existe déjà dans le droit international positif. L'unique proposition d'amendement à ce projet d'article faite par un État¹²¹ n'apporte rien de nouveau, ni n'améliore sa rédaction.

Article 16. Personnes vulnérables

46. Les observations faites par quelques États et une communauté d'États¹²² sur ce projet d'article trouvent réponse dans le commentaire y afférent. Quant aux questions linguistiques soulevées par un État¹²³, elles trouveront solution dans le cadre du groupe linguistique au sein du comité de rédaction.

Article 17. Obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion

47. Un État a trouvé cette disposition « superflue¹²⁴ », cependant qu'un autre, tout en ne demandant pas sa suppression, s'est dit

toutefois opposé à une interprétation extensive de ce projet d'article qui aurait pour effet d'imposer une obligation inconditionnelle de fournir des services de santé gratuits aux migrants clandestins ou d'accepter que les migrants clandestins ayant de graves problèmes de santé puissent invoquer la nécessité de continuellement recevoir des soins pour rester [dans le pays] en violation des lois sur l'immigration¹²⁵.

On ne peut que prendre note de ces observations, qui n'ajoutent en rien la pertinence du projet d'article.

Article 18. Prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

48. Un seul État a fait sur ce projet d'article 18 une observation; mais celle-ci manque de clarté, car l'on ne voit pas en quoi « [l]e libellé de ce projet d'article risque[r]ait de porter à conclure qu'il n'y a pas lieu de respecter d'autres droits de l'homme que ceux qui sont présentement mentionnés¹²⁶ ».

¹¹⁹ Royaume-Uni, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 15, par. 2.

¹²⁰ Cuba, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 40.

¹²¹ El Salvador, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 15.

¹²² Maroc, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 16; et Union européenne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 60, et observations figurant dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session), par. 14.

¹²³ El Salvador, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 16.

¹²⁴ Autriche, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 17.

¹²⁵ Royaume-Uni, *ibid.*

¹²⁶ Autriche, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 18.

Article 19. Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion

49. Un État a clairement soutenu ce projet d'article 19, considérant que le libellé actuel « reflète correctement l'état du droit en la matière¹²⁷ ». Un autre État y a trouvé réponse aux préoccupations des pays « dans lesquels l'expulsion d'un étranger condamné pour une infraction pénale peut être décidée à titre de peine supplémentaire¹²⁸ ». Les nombreux autres commentaires faits par divers États¹²⁹ visaient simplement à préserver telle ou telle pratique nationale ou telle préférence normative, sans considération de l'état du droit international ou des tendances majeures de celui-ci en la matière.

50. Divers amendements à ce projet d'article ont également été proposés. La plupart d'entre eux expriment là aussi des préférences normatives¹³⁰ davantage que des positions basées sur des règles du droit international positif ou des tendances affirmées de la pratique. Un État a proposé d'insérer dans le libellé de l'alinéa *a* du paragraphe 2 la formule « au vu des circonstances de l'affaire¹³¹ ». Le Rapporteur spécial suggère que cette idée soit reprise plutôt dans le commentaire. Le même État a suggéré qu'il soit ajouté à la fin de l'alinéa *b* du paragraphe 2 la formule « ou par une personne que la loi investit d'un tel pouvoir, sous réserve d'un contrôle juridictionnel¹³² ». De l'avis du Rapporteur spécial, il va sans dire qu'une « personne pouvant exercer les fonctions judiciaires » ne le peut qu'en vertu de la loi; mais si cette précision s'avérait indispensable, il n'aurait pas d'objection à ce que soit ajoutée à la fin de l'alinéa *b* du paragraphe 2 la formule « en vertu de la loi ». Pour le reste, la mention « sous réserve d'un contrôle juridictionnel » paraît ici superflue, dans la mesure où tout pouvoir juridictionnel – qu'il s'agisse de celui d'une juridiction ou de celui d'une instance habilitée – peut en principe être contrôlé suivant les voies de recours juridictionnel.

51. Une communauté d'États a fait des propositions d'amendements substantiels¹³³. La première porte sur l'intitulé du projet d'article, qui, selon elle, devrait être: « Détention d'un étranger objet d'une expulsion », au

¹²⁷ France, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 97.

¹²⁸ Chine, *ibid.*, par. 53.

¹²⁹ Allemagne, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 102; et document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 19; Autriche, *ibid.*; Congo, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 46; El Salvador, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 45; Pays-Bas, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 19; Pérou, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 91; et République de Corée, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 19.

¹³⁰ Belgique, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 19; Canada, *ibid.*; El Salvador, *ibid.*; et Pays-Bas, *ibid.*

¹³¹ Royaume-Uni, *ibid.*, par. 4.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Union européenne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 61, et observations figurant dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session), par. 18.

lieu de «Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion». Dans la mesure où le champ d'application du projet d'article 19 va au-delà des conditions de détention *stricto sensu*, le Rapporteur spécial n'est pas opposé à l'adoption de la suggestion ainsi faite. La deuxième proposition d'amendement consiste en un nouveau paragraphe 1, qui devrait être ainsi libellé :

«La détention ne peut être utilisée que si elle est nécessaire pour préparer ou exécuter l'expulsion, en particulier lorsque l'étranger risque de disparaître ou lorsqu'il tente de se soustraire à l'expulsion ou d'entraver celle-ci. La détention ne peut être imposée que si des mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées efficacement dans le cas d'espèce.»

Cet amendement devrait entraîner la suppression de l'actuel alinéa *b* du paragraphe 1, et l'actuel alinéa *b* du paragraphe 2 devrait être modifié par l'ajout des mots «ou par une autorité administrative dont la décision peut faire l'objet d'un recours judiciaire effectif». Cette proposition est intéressante dans son esprit; toutefois, sa mise en œuvre concrète pourrait susciter des difficultés importantes pour l'État expulsant dans la mesure où il aurait à prouver pour chaque cas de détention que celle-ci était nécessaire à la préparation ou à l'exécution de l'expulsion, et plus particulièrement lorsque «l'étranger risque de disparaître ou lorsqu'il tente de se soustraire à l'expulsion ou d'entraver celle-ci». De l'avis du Rapporteur spécial, il vaut mieux sur ce point laisser à l'État d'apprécier s'il y a lieu ou pas de mettre l'étranger objet de l'expulsion en détention en vue de cet objet, sans avoir à répondre à une obligation en la matière.

52. La même communauté d'États a proposé l'introduction d'un projet d'article 19 *bis*, qui serait intitulé: «Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion¹³⁴», et qui développe une série de droits dont devrait jouir l'étranger objet de l'expulsion. On ignore si ces droits sont inspirés de la pratique européenne; ils ne sont certainement pas consacrés en droit positif, et la pratique des États en la matière est tellement disparate et contrastée qu'il est difficile d'en dégager une tendance pouvant sous-tendre un développement progressif du droit sur cette question. L'on ne voit pas d'où sortiraient: la règle selon laquelle les «lieu[x] de détention» des étrangers objets d'expulsion «devrai[en]t être propre[s] et chaque détenu devrait disposer de suffisamment d'espace» (par. 1); le droit d'accès du détenu notamment «à des médecins [et] à des organisations non gouvernementales» (par. 3); le droit des enfants «à l'éducation» et «le droit de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à leur âge» (par. 6); ou encore le droit des enfants séparés d'«être accueillis dans des établissements disposant de personnel et d'installations tenant compte des besoins des personnes de leur âge» (par. 6).

Article 20. Obligation de respecter le droit à la vie familiale

53. La question de savoir si le projet d'article 20 relève de la codification ou du développement progressif du

¹³⁴ Union européenne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 62, et observations figurant dans un document regraphié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session), par. 18.

droit¹³⁵ trouve une réponse claire dans le commentaire de ce projet d'article. Il en est de même de la recommandation faite par un État de modifier ce projet d'article «afin qu'il reflète mieux les droits et obligations énoncés dans les instruments universels¹³⁶». Les réticences d'un État¹³⁷ par rapport à ce projet d'article ou son rejet par un autre État¹³⁸ sont motivés par des considérations nationales et non pas par des arguments tirés du droit positif ou des tendances affirmées de la pratique. Il en est de même de l'amendement proposé par un État tendant à remplacer la formule «en observant un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'étranger en cause» par

«lorsque cela constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui».¹³⁹

Enfin, il est proposé que, par souci de cohérence, le projet d'article 20 soit placé avant le projet d'article 19. De l'avis du Rapporteur spécial, l'un peut être placé avant l'autre et inversement sans que la cohérence du projet d'article s'en trouve affectée.

Article 21. Départ vers l'État de destination

54. Le projet d'article 21 a reçu un soutien clair de la part de certains États¹⁴⁰. D'autres, tout en l'approuvant, ont exprimé çà et là des points de vue ou des préférences qui n'ont cependant pas donné lieu à des propositions d'amendement¹⁴¹. En revanche, un État¹⁴² a clairement rejeté – même au titre du développement progressif du droit – ce projet d'article, qu'il a trouvé «particulièrement problématique» pour des raisons de politiques nationales. Il souhaiterait en effet se réserver «la possibilité de mettre à exécution l'expulsion en l'assortissant des restrictions nécessaires pour empêcher [les personnes à haut risque] de revenir légalement dans le pays¹⁴³». On prend note de ce vœu. Mais le fait que ce projet d'article «ne repose pas sur un fondement solide en droit

¹³⁵ Danemark (au nom des pays nordiques), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 47.

¹³⁶ Australie, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 20.

¹³⁷ Canada, *ibid.*

¹³⁸ Malaisie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 109.

¹³⁹ El Salvador, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 20.

¹⁴⁰ Fédération de Russie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 34; Portugal, *ibid.*, par. 60; et Hongrie, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 51; voir aussi: Australie, *ibid.*, par. 3, qui préfère cependant que cette disposition puisse seulement «orienter les lois et politiques nationales».

¹⁴¹ Grèce, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/67/SR.22), par. 25; et Pérou, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 92.

¹⁴² Royaume-Uni, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 21.

¹⁴³ *Ibid.*

international¹⁴⁴» ne signifie point qu'il est dépourvu de tout fondement dans cet ordre juridique, comme la Commission du droit international l'a montré dans le commentaire dudit projet d'article. Enfin, la proposition d'amendement tendant à modifier le projet d'article afin de « privilégier¹⁴⁵ » ou de « promouvoir plus clairement les départs volontaires¹⁴⁶ » non seulement semble perdre de vue le libellé du paragraphe 1, mais encore elle tend à faire faire par le projet d'article ce qui incombe aux États, chacun d'eux pouvant agir en la matière suivant sa propre politique et son droit interne.

Article 22. État de destination de l'étranger objet de l'expulsion

55. Le projet d'article 22 a été jugé « utile et juridiquement justifié » par un groupe d'États¹⁴⁷. Il a fait par ailleurs l'objet de divers commentaires de la part d'un certain nombre d'autres États, sans toutefois qu'aucune observation substantielle ou de nature à le remettre en question n'ait été relevée. Ainsi, on a suggéré que les dispositions de ce projet d'article soient « expressément assujetties aux conditions énoncées aux projets d'articles 6 [...], 23 [...] et 24¹⁴⁸ » : suggestion superflue dans la mesure où, comme on l'a dit précédemment en réponse à une observation similaire, le projet d'articles forme un ensemble qui doit être lu et interprété comme un tout ; on a critiqué notamment le fait que ce projet d'article 22 « n'envisage pas les aspects financiers du transport ni ne précise la partie qui doit supporter le coût de l'expulsion¹⁴⁹ », oubliant qu'il existe des pratiques nationales en la matière et qu'en tout état de cause le projet d'articles ne peut régler ce genre de questions qui relèvent de chaque État ; on a suggéré par ailleurs la suppression dans le paragraphe 1 de l'expression « le cas échéant », s'agissant du choix de l'État de destination par l'étranger objet de l'expulsion, arguant de ce que sa demande doit « toujours être prise en considération »¹⁵⁰ : c'est faire fi de la pratique qui montre que le processus d'expulsion pourrait être paralysé si l'on devait donner en toute circonstance la primauté au choix ou à la demande dudit étranger ; on a soutenu en outre que le consentement de l'État de destination doit toujours être requis¹⁵¹ : une telle exigence pourrait constituer dans certains cas un véritable obstacle à l'expulsion. La suggestion d'inclure dans le commentaire du paragraphe 2 que celui-ci « n'établit pas l'obligation juridique d'admettre l'étranger¹⁵² » y est déjà prise en compte, ce point de vue ayant déjà été exprimé au sein de la Commission du

droit international lors de l'examen du projet d'articles en première lecture. Enfin, l'amendement proposé par une communauté d'États tendant à ajouter dans le paragraphe 1 les termes « et réadmis par » après « expulsé vers » et avant « son État de nationalité »¹⁵³ ne paraît pas judicieux dans la mesure où l'obligation d'admission, et donc également de réadmission, est contenue dans les dispositions du paragraphe 4 de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui établit que « [n]ul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ». Et le commentaire du paragraphe 1 du projet d'article 22 rappelle que l'État de nationalité « a l'obligation [d']accueillir [son national] en vertu du droit international¹⁵⁴ ».

Article 23. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée

56. Les États qui ont fait des commentaires sur ce projet d'article ont exprimé des points de vue des plus contradictoires dont aucun ne se dégage avec force. Un État a exhorté à la prudence dans l'extension de l'obligation de non-refoulement aux étrangers expulsés¹⁵⁵ ; tandis qu'un autre a critiqué une définition élargie des États n'appliquant pas la peine de mort qui « risqu[ait] de limiter inutilement le droit d'expulsion des États¹⁵⁶ ». D'autres États ont estimé, l'un, que la règle énoncée dans le paragraphe 1¹⁵⁷, l'autre, que celle énoncée dans le paragraphe 2¹⁵⁸ ne sont pas consacrées par le droit international ; un autre encore que cette règle relève du développement progressif du droit¹⁵⁹ ; et un groupe d'États a proposé sa suppression¹⁶⁰. En revanche, un État a considéré que le libellé de ce projet d'article « ne suffi[sai]t pas à sauvegarder la vie de la personne expulsée, car l'État en question peut ne pas honorer l'assurance qu'il a donnée », et que « [l]e projet d'article dev[ait] viser à établir une obligation internationale engageant la responsabilité de l'État qui y manquerait »¹⁶¹. Également non opposée au projet d'article 23, une communauté d'États a simplement suggéré que son paragraphe 2 soit précisé « afin d'éviter de donner l'impression que les expulsions vers des pays pratiquant la peine de mort sont interdites de manière générale¹⁶² », cependant qu'un État membre de ladite communauté a

¹⁵³ Union européenne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 64.

¹⁵⁴ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 39, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 22.

¹⁵⁵ Australie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 2 ; et document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 23.

¹⁵⁶ République de Corée, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 121.

¹⁵⁷ Canada, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 23, par. 1.

¹⁵⁸ Singapour, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 104.

¹⁵⁹ Chine, *ibid.*, par. 54.

¹⁶⁰ Danemark (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 50.

¹⁶¹ Pérou, *ibid.*, par. 94.

¹⁶² Union européenne, *ibid.*, par. 65, et observations figurant dans un document reprographié disponible auprès de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, par. 24.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Pays-Bas, *ibid.*

¹⁴⁶ Union européenne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 63, et observations figurant dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session), par. 21.

¹⁴⁷ Danemark (au nom des pays nordiques), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 46.

¹⁴⁸ Afrique du Sud, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 80.

¹⁴⁹ Pérou, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 93.

¹⁵⁰ Afrique du Sud, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 80.

¹⁵¹ Afrique du Sud, *ibid.* ; voir aussi Cuba, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 41.

¹⁵² Autriche, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 22.

recommandé une harmonisation entre le paragraphe 1 du projet d'article 23 et le projet d'article 6¹⁶³. Le Rapporteur spécial propose que la mise en cohérence du libellé des deux projets d'article soit examinée par le comité de rédaction.

57. Une proposition d'amendement a recommandé d'ajouter à la fin du paragraphe 1 la formule suivante :

« sauf s'il y a des raisons sérieuses de le considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve, ou si l'intéressé, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ».¹⁶⁴

Cet amendement anéantirait la protection offerte dans le paragraphe 1 et qui n'emporte nullement une interdiction générale d'expulsion même dans les cas énumérés, car l'État peut toujours expulser même dans ce cas, mais vers un État où le risque pour l'étranger de subir l'un des motifs énumérés n'existe pas. Au demeurant, la plupart des préoccupations exprimées par les États sur le projet d'article 23 ont été largement débattues au sein de la Commission du droit international et les réponses y sont données dans le commentaire.

Article 24. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

58. Certains États soutiennent nettement le projet d'article 24¹⁶⁵, un État y trouvant une amélioration par rapport à la version antérieure¹⁶⁶, un autre suggérant que soit envisagée la possibilité d'étendre son champ d'application aux personnes ou groupes agissant à titre privé¹⁶⁷. Un État s'oppose, en revanche, à l'extension de l'obligation de non-refoulement aux situations où il existe un risque réel de traitements « dégradants », car il s'agit, selon lui, d'une interprétation trop large de ladite obligation¹⁶⁸. Le commentaire du projet d'article 24 explique les raisons de cette extension ainsi que son fondement juridique. Enfin, un État relève qu'il y a une différence entre le libellé de cette disposition et celui du projet d'article 6 en ce qu'il suppose, à la différence de ce dernier, l'existence de « motifs sérieux de croire », et se demande s'il existe une raison à cette différence de formulation¹⁶⁹. Comme pour le projet d'article 23, le Rapporteur spécial propose que la mise en cohérence des deux projets d'article soit examinée par le comité de rédaction.

¹⁶³ France, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19, par. 101).

¹⁶⁴ République de Corée, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 23.

¹⁶⁵ Espagne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 115 ; Pérou, *ibid.*, par. 95 ; et Portugal, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 60.

¹⁶⁶ Portugal, *ibid.*

¹⁶⁷ Espagne, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 115.

¹⁶⁸ Canada, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 24, par. 1.

¹⁶⁹ Autriche, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 24.

Article 26. Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion

59. Alors que nombre d'États ont eu à critiquer dans leurs commentaires le fait que telles dispositions du projet d'article 26 n'étaient pas consacrées en droit international ou que telles autres relevaient avant tout du développement progressif du droit international, l'on est frappé de constater que la plupart des observations et propositions d'amendements aux droits procéduraux prévus par ce projet d'article sont énoncées *de lege ferenda*. Ainsi, une communauté d'États propose un amendement tendant à préciser que le droit de recevoir notification renvoie à une « notification écrite » et à y ajouter le droit de recevoir des « renseignements quant aux recours juridiques disponibles¹⁷⁰ ». Un État demande d'ajouter ceci à la fin de l'alinéa *d* du paragraphe 1 : « , dont la possibilité de demander l'adoption de mesures provisoires sous la forme d'une injonction empêchant son expulsion tant que la procédure n'est pas achevée¹⁷¹ ». Aucun de ces États n'indique le fondement de sa critique ou de sa proposition d'amendement en droit international. Un autre État demande qu'il soit précisé que les droits procéduraux des étrangers objets d'une expulsion énumérés au paragraphe 1 de ce projet d'article « doivent être entendus comme les droits minimum auxquels l'étranger a droit¹⁷² » : une telle formulation manquerait de base juridique ; en revanche, l'idée que ces droits sont sans préjudice d'autres droits de même nature est contenue dans le paragraphe 2 du projet d'article. Alors que les États sont prompts à rappeler que l'admission des étrangers relève de la souveraineté exclusive de l'État et qu'il ne faudrait pas que le régime juridique de l'expulsion des étrangers soit un obstacle aux migrants qui se trouvent illégalement sur le territoire d'un État, l'on est frappé par le fait que certains États trouvent « inacceptable qu'un étranger illégalement présent sur le territoire d'un État depuis six mois – une période définie arbitrairement – ne jouisse d'aucun des droits procéduraux¹⁷³ ». Tout en convenant que « [l']État expulsant doit respecter certains droits procéduraux minimum quelle que soit la situation de l'étranger¹⁷⁴ », il importe d'expliquer que, dans l'esprit de la Commission du droit international, l'étranger présent illégalement sur le territoire d'un État depuis moins de six mois ne tombe pas sous le régime de l'expulsion, mais sous celui de l'admission ou de la non-admission.

¹⁷⁰ Union européenne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 66, et observations figurant dans un document reprographié disponible auprès de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, par. 25 à 29.

¹⁷¹ Pays-Bas, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 26, par. 2.

¹⁷² Chili, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 9.

¹⁷³ France, *ibid.*, par. 99 ; voir dans le même sens : Canada, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 26 ; et Suisse, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 76 ; voir aussi : Autriche, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 26.

¹⁷⁴ France, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 99.

60. Certains commentaires et observations des États reflètent davantage des préférences nationales que le droit international positif ou même une tendance de la pratique : il en est ainsi de la demande de suppression de l'alinéa *f* du paragraphe 1, au motif que « l'assistance d'un interprète à titre gratuit aurait de lourdes conséquences budgétaires¹⁷⁵ » ; de la proposition tendant à dire qu'une personne doit être dans tous les cas « autorisée à se faire représenter devant l'autorité compétente, mais qu'elle ne jouit pas d'un droit en la matière¹⁷⁶ ». Les commentaires de certains États¹⁷⁷ au sujet des droits consulaires de l'étranger objet de l'expulsion ne sont pas convaincants, les préoccupations exprimées à ce sujet étant dûment prises en compte dans le commentaire du paragraphe 3 du projet d'article 26, comme le reconnaît du reste un État¹⁷⁸ qui aurait préféré les voir plutôt dans le libellé du projet d'article lui-même.

61. Un État suggère de distinguer structurellement dans le projet d'article 26 entre les droits « afférents à la phase administrative de l'expulsion et ceux afférents à sa phase judiciaire¹⁷⁹ » : la suggestion est séduisante sur le plan formel, mais dans la réalité les deux phases, administrative et judiciaire, ne sont pas toujours aussi clairement démarquées, un acte de la phase administrative pouvant donner lieu à une procédure judiciaire, sans préjudice des recours que l'étranger objet d'expulsion pourrait exercer sur le fond, notamment le motif d'expulsion. Un autre État suggère d'insérer dans le commentaire de l'alinéa *c* du paragraphe 1 de ce projet d'article consacré au droit d'être entendu par une personne compétente qu'on entend par ce droit « le fait de pouvoir faire valoir ses arguments lors d'une procédure écrite ou orale antérieure ou postérieure à la prise de décisions¹⁸⁰ ». Le Rapporteur spécial n'est pas opposé à l'introduction d'une telle précision dans le commentaire à l'endroit indiqué. De même, il y a lieu de préciser dans le commentaire de l'alinéa *a* du paragraphe 1 que la notification de la décision d'expulsion doit être écrite, pour donner suite aux préoccupations exprimées par certains États¹⁸¹ sur ce point.

Article 27. Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion

62. Certains États rejettent sans appel les dispositions du projet d'article 27, dont ils demandent la suppression¹⁸².

¹⁷⁵ Autriche, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 26.

¹⁷⁶ Royaume-Uni, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 26, par. 6.

¹⁷⁷ Autriche, *ibid.* ; Cuba, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 41 ; et Pérou, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 96.

¹⁷⁸ Autriche, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 82.

¹⁷⁹ France, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 99.

¹⁸⁰ Belgique, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 26.

¹⁸¹ Autriche, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 82 ; Espagne, *ibid.*, par. 114 ; et Union européenne, *ibid.*, par. 66, et observations figurant dans un document reprographié disponible auprès de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, par. 25 à 29.

¹⁸² Pays-Bas, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 27 ; République de Corée, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 27 ; République islamique d'Iran, *Documents officiels de l'Assemblée*

Les motifs de ce rejet sont des plus variés : « risque de limiter de façon injustifiée la souveraineté de l'État¹⁸³ » ; risque de paralysie de toute possibilité d'expulsion d'un étranger¹⁸⁴ ; une communauté d'États déclare que l'effet suspensif n'est pas prévu dans son ordre juridique communautaire et que le reconnaître « pourrait être perçu comme une incitation à abuser des procédures de recours¹⁸⁵ » ; un État trouve qu'il « est également inacceptable parce qu'il relève du développement progressif sans qu'il existe un minimum de pratique uniforme ou convergente des États¹⁸⁶ ». D'autres États n'y sont pas non plus favorables, mais sont plus nuancés dans leurs positions. Ainsi, on estime : que l'effet suspensif « ne peut être automatique » et qu'il « ne saurait s'appliquer dans certaines situations hautement sensibles, en particulier lorsque l'expulsion est justifiée par des motifs touchant la sécurité nationale¹⁸⁷ » ; qu'« [é]tendre cet effet à tous les recours introduits contre des décisions d'expulsion est excessif¹⁸⁸ » ; que « la complexité du problème et les disparités existant entre les réglementations et les pratiques des différents États » amènent à douter de l'existence d'une base juridique suffisante pour conserver ce projet d'article¹⁸⁹ ; et que « la pratique juridique interne varie en la matière, et [que] la question doit donc être traitée avec prudence », la pratique des États devant « être étudiée soigneusement et une évaluation générale du caractère juridique de la norme proposée effectuée¹⁹⁰ ». Bref, l'argument commun revient à dire que la pratique dans ce domaine est insuffisante¹⁹¹.

63. Face à ces positions de rejet du projet d'article ou à certaines réticences qu'il suscite, il suffira de rappeler que la Commission du droit international n'a pas fait mystère dans le commentaire de ce que les dispositions sur l'effet suspensif du recours de l'étranger objet de l'expulsion se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant relèvent du développement progressif du droit en la matière.

64. Pour les autres États qui se sont exprimés sur le projet d'article 27, des exceptions au principe de l'effet

générale, soixante-septième session, Sixième Commission, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 11 ; et Union européenne, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 67, et observations figurant dans un document reprographié disponible auprès de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, par. 30 à 32.

¹⁸³ République de Corée, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 27.

¹⁸⁴ Pays-Bas, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 27

¹⁸⁵ Union européenne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 67, et observations figurant dans un document reprographié disponible auprès de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, par. 30 à 32 ; voir dans le même sens : Pays-Bas, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 27.

¹⁸⁶ République islamique d'Iran, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 11.

¹⁸⁷ France, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 100.

¹⁸⁸ Royaume-Uni, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 27, par. 3.

¹⁸⁹ Espagne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 113.

¹⁹⁰ Pologne, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 71.

¹⁹¹ Inde, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 18.

suspensif devraient être prévues: par exemple dans le cadre du respect du principe de non-refoulement¹⁹² ou «lorsque le recours est formé par des étrangers pouvant raisonnablement démontrer que leur vie ou leur liberté est menacée ou qu'ils risquent d'être maltraités dans l'État de destination¹⁹³»; «en cas de menaces à l'ordre public ou pour des raisons de sûreté¹⁹⁴». En somme, on estime que le projet d'article devrait être «modifié et prévoir certaines exceptions, dès lors que celles-ci respectent le droit de chacun à un recours effectif¹⁹⁵».

65. Les autres observations portent sur ce que tel ou tel État aurait souhaité voir dans le projet d'article: une précision sur l'effet suspensif devant une juridiction internationale¹⁹⁶; la possibilité qu'un recours puisse être formé par une autre personne agissant au nom d'un étranger objet d'une décision d'expulsion¹⁹⁷; ou l'octroi du bénéfice du recours suspensif aux seuls étrangers se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant¹⁹⁸. Comme elle l'a dit dans le commentaire de ce projet d'article, la Commission n'est pas allée aussi loin que certains États l'auraient souhaité ou que la pratique de quelques États pouvait l'y inciter; elle s'est limitée à ce qui, au regard des tendances actuelles du droit international ainsi que de certaines législations nationales, apparaît raisonnable au titre du développement progressif du droit international.

66. Deux propositions d'amendement ont été faites. La première consiste à ajouter à la fin du libellé du projet d'article 27 le membre de phrase suivant: «lorsque son exécution peut entraîner un dommage irréparable, ou qui serait difficilement réparable par la décision finale¹⁹⁹». Cette proposition pourrait être examinée attentivement par la Commission, et dans ce cas le Rapporteur spécial est d'avis que le texte à considérer devrait s'arrêter après «dommage irréparable». La seconde proposition d'amendement vise à atténuer la force juridique de la règle de l'effet suspensif et disant que le recours formé contre une décision d'expulsion «peut avoir un effet suspensif de ladite décision, dans les cas prévus par la loi²⁰⁰». Un tel amendement enlèverait toute portée internationale à la règle, dans la mesure où celle-ci serait réduite à une simple clause de renvoi strict au droit national.

Article 29. Réadmission dans l'État expulsant

67. Un État trouve le libellé du projet d'article 29 trop général en ce «qu'il prévoit un "droit au retour" dans chaque cas où une autorité compétente établit que l'expulsion était illicite²⁰¹». Mais comme le montrent aussi bien

¹⁹² Autriche, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 83; et Suisse, *ibid.*, par. 77.

¹⁹³ Suisse, *ibid.*

¹⁹⁴ Autriche, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 27.

¹⁹⁵ Allemagne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 103.

¹⁹⁶ Bélarus, *ibid.*, par. 110.

¹⁹⁷ Chili, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 9.

¹⁹⁸ Roumanie, *ibid.*, par. 88.

¹⁹⁹ El Salvador, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 27, par. 8.

²⁰⁰ Canada, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 27.

²⁰¹ Allemagne, *ibid.*, commentaires sur le projet d'article 29.

la teneur que le commentaire de ce projet d'article, ce «droit à la réadmission» est entouré d'infinies précautions et de limites strictes. Un autre État déclare que le droit à la réadmission d'un étranger dont l'expulsion a été jugée illicite n'existe pas en droit international²⁰², ce dont ne doute pas la Commission du droit international puisqu'elle a clairement indiqué dans le commentaire du projet d'article qu'il s'agissait d'un développement progressif du droit international. La même réponse vaut pour l'État qui estime que la pratique des États dans ce domaine – comme dans celui couvert par le projet d'article 27 – est insuffisante²⁰³, car si la pratique était suffisante, c'est-à-dire clairement établie, on aurait parlé de codification et non plus de développement progressif. Dans une démarche qui laisse perplexe, un État recommande que l'application du projet d'article 29 soit limitée «aux étrangers légalement présents sur le territoire de l'État expulsant²⁰⁴», mais aussi que ce projet d'article soit supprimé au motif que «[l']autorisation de réadmettre sur le territoire un étranger expulsé relève du droit souverain de l'État, même si une autorité compétente a établi que l'expulsion était illicite²⁰⁵». Le Rapporteur spécial rappellera que, dès lors qu'il s'agit d'une obligation internationale de l'État, ce dernier y est soumis; quant à limiter l'application du projet d'article aux étrangers légalement présents sur le territoire de l'État expulsant, c'est bien ce qui est dit au paragraphe 2 du commentaire relatif à ce projet d'article. Enfin, une proposition d'amendement suggère que dans le paragraphe 1, après «par une autorité compétente», soient ajoutés les termes «dudit État²⁰⁶». Une telle suggestion restreindrait de manière excessive les autorités concernées et, ce faisant, serait contraire à l'esprit de cette disposition, qui inclut parmi les autorités compétentes en la matière les juridictions internationales, comme cela ressort du commentaire de ce projet d'article.

Article 30. Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion

68. Trois États ont fait des observations sur ce projet d'article 30: l'un le soutient nettement²⁰⁷; un autre demande que sa finalité soit «explicitée dans le projet d'article» bien que cela soit fait dans le commentaire²⁰⁸; un autre encore fait une proposition d'amendement tendant à insérer dans le projet d'article la formule «pour s'assurer que l'étranger objet de l'expulsion n'est pas arbitrairement dépouillé des biens personnels qu'il possède en toute légalité» au lieu de la formule actuelle («pour protéger les biens de l'étranger objet de l'expulsion») qui est plus concise et de portée plus générale²⁰⁹. L'une et l'autre suggestion ne sauraient donc être retenues.

²⁰² Canada, *ibid.*

²⁰³ Inde, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 18.

²⁰⁴ République de Corée, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 119.

²⁰⁵ République de Corée, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 29.

²⁰⁶ Pays-Bas, *ibid.*

²⁰⁷ Maroc, *ibid.*

²⁰⁸ Canada, *ibid.*

²⁰⁹ Royaume-Uni, *ibid.*, par. 3.

Article 31. Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite

69. Parmi les quatre États qui ont fait des commentaires sur ce projet d'article 31, deux le trouvent superflu²¹⁰, un le soutient sans réserve aucune²¹¹, et un l'approuve «[p]our autant que les projets d'article reflètent des obligations internationales existantes²¹²». Il est pris note de ces différentes positions qui sont sans incidence sur la règle énoncée dans ce projet d'article, dont nul ne peut contester l'existence en droit international positif.

Article 32. Protection diplomatique

70. Comme pour le projet d'article 31, certains États trouvent ce projet d'article sur la protection diplomatique superflu, ou non nécessaire, dans le cadre du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers²¹³, cependant

²¹⁰ Afrique du Sud, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 81 ; et Autriche, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 84, et document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 31.

²¹¹ Pologne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 71.

²¹² Royaume-Uni, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 31.

²¹³ Afrique du Sud, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/

SR.19), par. 81 ; Allemagne, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 32 ; Autriche, *ibid.*, et *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 84 ; et Hongrie, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 51.

²¹⁴ Pologne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 71.

²¹⁵ Royaume-Uni, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 32.

²¹⁶ Pérou, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 97.

qu'un État soutient nettement ledit projet d'article²¹⁴. Un autre État, qui ne s'y oppose pas, suggère de le reformuler «de manière à prévoir que l'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'expulsion ser[a] nécessairement conditionné par l'existence d'un droit dudit État d'exercer cette protection diplomatique à l'égard du sujet en question²¹⁵» : une telle précision serait redondante, car il ne peut en être autrement. Enfin, un autre État encore déclare qu'«il importe d'envisager une disposition sur le règlement des différends concernant l'interprétation et l'application des projets d'article et de souligner à cet égard le rôle de la Cour internationale de Justice²¹⁶». Une telle clause sur le règlement des différends paraît superflue, voire sans objet spécifique dans le cadre du présent projet d'articles.

SR.19), par. 81 ; Allemagne, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 32 ; Autriche, *ibid.*, et *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 84 ; et Hongrie, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 51.

²¹⁴ Pologne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 71.

²¹⁵ Royaume-Uni, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. C, commentaires sur le projet d'article 32.

²¹⁶ Pérou, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 97.

CHAPITRE II

Remarques finales du Rapporteur spécial

71. Plusieurs États se sont exprimés sur la forme finale du résultat des travaux de la Commission du droit international sur l'expulsion des étrangers. Quelques États soutiennent clairement la forme conventionnelle²¹⁷ et un autre suggère la forme d'une «déclaration de principes généraux ou convention-cadre²¹⁸». En revanche, d'autres États sont plutôt favorables à la forme d'un document non contraignant qui pourrait être un ensemble de «directives²¹⁹», des «directives ou principes (directeurs)²²⁰, des «principes directeurs²²¹», un «cadre général de prin-

cipes²²²», des «pratiques optimales ou [...] directives²²³», des «directives ou [...] pratiques optimales²²⁴», des «orientations²²⁵». Enfin, quelques États estiment que la forme finale des travaux de la Commission sur ce sujet devrait être déterminée à un stade ultérieur²²⁶, même si l'un d'entre eux exprime sa préférence pour des «directives bien établies reflétant les meilleures pratiques des États²²⁷». Cette terminologie inédite, particulièrement inventive dans le sens de l'affaiblissement de la portée du résultat final des travaux de la Commission sur ce sujet important et sensible dans notre monde globalisé ne manque pas d'intérêt. Toutefois, elle ne devait pas focaliser l'attention de la Commission ni même celle des États et la détourner d'une réalité marquante de la société internationale contemporaine, où plus rien n'arrête les flux financiers et où tout est fait pour encourager le mouvement des

²¹⁷ Bélarus, *ibid.*, par. 111 ; Congo, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 48 ; et Pérou, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 98.

²¹⁸ République de Corée, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. B.

²¹⁹ République islamique d'Iran, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 11 ; Roumanie, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 88 ; et Thaïlande, *ibid.*, par. 38.

²²⁰ Allemagne, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 99, et document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. B ; Australie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 4 ; Canada, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 16 ; Danemark (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 51 ; et Espagne, *ibid.*, par. 116.

²²¹ République tchèque, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. B ; Singapour, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 105 ; et Union européenne, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/67/SR.18), par. 68.

²²² Portugal, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 60.

²²³ Pays-Bas, *ibid.*, par. 28, et document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. B.

²²⁴ Grèce, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 22^e séance (A/C.6/67/SR.22), par. 26.

²²⁵ Royaume-Uni, document A/CN.4/669 et Add.1 (reproduit dans le présent volume), sect. B.

²²⁶ Israël, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 37 ; et Malaisie, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 108.

²²⁷ Israël, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/67/SR.20), par. 37.

marchandises, mais où dans le même temps des murs physiques ou juridiques s'érigent de toutes parts pour entraver ou arrêter le mouvement des personnes humaines.

72. Le travail de la Commission est fait pour les États. C'est pourquoi la Commission a particulièrement à cœur de connaître leurs opinions et positions sur son travail et elle s'efforce d'en tenir le plus grand compte. On ne peut cependant perdre de vue que la Commission est un organisme d'experts en droit international dont le statut, rappelons-le, indique, très clairement au demeurant, la mission au paragraphe 1 de son article premier en ces termes : « La Commission du droit international a pour but de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification. »

73. C'est donc à cette aune-là que doit être apprécié le travail que la Commission soumet à l'Assemblée générale. On regrettera que la plupart des observations des États sur le projet d'articles adopté par la Commission en première lecture donnent l'impression que le commentaire dudit projet n'a pas été lu par les États, car presque toutes les préoccupations – souvent légitimes – exprimées par ces derniers y trouvent des réponses claires et complètes. Le Rapporteur spécial voudrait attirer l'attention sur l'importance de ce commentaire, qui constitue un moyen essentiel d'interprétation des différents projets d'article et un outil méthodologique indispensable pour comprendre la démarche de la Commission et vérifier les fondements juridiques de chaque projet d'article.

74. Très peu de sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission ont des bases aussi solides en droit international que l'expulsion des étrangers. C'est depuis la fin du XIX^e siècle que s'est développée la pratique des États sur divers aspects de ce sujet. Divers traités internationaux contiennent des dispositions relatives à tel ou tel aspect de cette matière. Une bonne partie de la jurisprudence ayant servi à la codification de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, d'une part, et de la protection diplomatique, d'autre part, concerne des affaires relatives à l'expulsion des étrangers. Plus récemment, la Cour internationale de Justice a rendu, le 30 novembre 2010, dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, un arrêt qui conforte cette base jurisprudentielle et clarifie le droit positif sur divers points²²⁸.

75. On comprend que certains gouvernements puissent exprimer des réticences sur le sujet pour des raisons nationales qui leur sont propres. Mais on ne peut partir de là pour insinuer, voire affirmer, que le projet d'articles ne serait pas fondé en droit international. Plusieurs États ont insisté sur le fait que le projet d'articles doit être fondé sur la pratique des États. Cette opinion est largement partagée au sein de la Commission, qui a toujours fait de la

pratique des États la matière première de son travail, sans cependant se priver de faire, lorsque cela s'avère nécessaire, une ouverture sur le développement progressif du droit international. Dans le traitement du présent sujet, la Commission n'a pas caché que certaines dispositions du projet d'articles relèvent du développement progressif plutôt que de la codification *stricto sensu*, toutes choses qui entrent clairement dans sa mission telle que rappelée ci-dessus.

76. Le projet d'articles adopté en première lecture repose sur un équilibre entre, d'une part, le droit de l'État, dont le projet préserve la souveraineté en matière d'admission et d'expulsion des étrangers, et, d'autre part, les droits de l'étranger objet de l'expulsion, auquel il offre une protection accrue fondée pour l'essentiel sur le droit international et les tendances les plus marquantes de la pratique d'un certain nombre d'États. De l'avis du Rapporteur spécial, il est hautement souhaitable que soit préservé cet équilibre, obtenu après de longs débats au sein de la Commission et la prise en compte des vues convergentes exprimées par les États sur divers aspects de la question. La Commission peut à cet égard se féliciter de l'appréciation positive portée sur son travail par un représentant éminent de la doctrine contemporaine du droit international, qui écrit à ce sujet :

Le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers est parvenu à un régime juridique dont le contenu et les diverses implications nous semblent équilibrés et réalistes. La [Commission] n'a ni adopté une approche purement conservatrice, ni entièrement mis de côté tous les éléments traditionnels de la souveraineté des États. Dans l'ensemble, on peut dire que c'est un esprit de modernisme éclairé, qui prend l'état de droit et les droits de l'homme très au sérieux sans toutefois les faire primer sur d'autres considérations d'intérêt public, qui inspire le projet. Les chances que celui-ci soit approuvé par la communauté internationale sont donc extrêmement bonnes²²⁹.

77. En tout état de cause, le Rapporteur spécial souhaite que la Commission parachève son travail sur ce sujet en procédant à l'adoption du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers en seconde lecture, moyennant les amendements qu'il propose d'intégrer notamment dans le commentaire du projet d'articles à la suite des commentaires et observations des États. À cet égard, il ne voudrait en rien préjuger de la forme que l'Assemblée générale voudra bien donner audit projet d'articles. Sur celui-ci, comme sur le résultat final de tout travail fourni par la Commission, le dernier mot revient aux États. Par conséquent, comme l'a dit le représentant d'un État lors des débats au sein de la Sixième Commission en novembre 2012, « toutes les options doivent demeurer ouvertes²³⁰ », même si la préférence du Rapporteur spécial serait pour la forme d'une convention.

²²⁹ Tomuschat, « Expulsion of aliens: the International Law Commission draft articles », p. 662.

²³⁰ Singapour, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 105.

²²⁸ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639.

EXPULSION DES ÉTRANGERS

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/669 et Add.1

Commentaires et observations reçus des gouvernements

[Original: anglais/espagnol/français/russe]
[21 mars et 1^{er} octobre 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	25
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-2 26
COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS REÇUS DES GOUVERNEMENTS.....	26
A. Commentaires généraux.....	26
Australie.....	26
Canada.....	26
Cuba.....	26
Danemark (au nom des pays nordiques).....	27
El Salvador.....	27
États-Unis d'Amérique.....	28
Fédération de Russie.....	28
Pays-Bas.....	29
République de Corée.....	29
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	29
B. Forme finale du projet d'articles.....	29
Allemagne.....	29
Australie.....	30
Danemark (au nom des pays nordiques).....	30
États-Unis d'Amérique.....	30
Pays-Bas.....	30
République de Corée.....	30
République tchèque.....	30
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	30
C. Commentaires spécifiques sur le projet d'articles.....	30
PREMIÈRE PARTIE. DISPOSITIONS GÉNÉRALES.....	30
Article 1. <i>Champ d'application</i>	30
Allemagne.....	30
Australie.....	30
États-Unis d'Amérique.....	31
Fédération de Russie.....	31
Maroc.....	31
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	31
Article 2. <i>Définitions</i>	31
Allemagne.....	31
Autriche.....	31
Canada.....	31

	<i>Pages</i>
Cuba.....	32
Danemark (au nom des pays nordiques).....	32
États-Unis d'Amérique.....	32
République de Corée.....	32
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	33
<i>Article 3. Droit d'expulsion.....</i>	<i>33</i>
Canada.....	33
Cuba.....	33
États-Unis d'Amérique.....	33
République de Corée.....	33
<i>Article 4. Obligation de conformité à la loi.....</i>	<i>33</i>
El Salvador.....	33
Fédération de Russie.....	34
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	34
<i>Article 5. Motifs d'expulsion.....</i>	<i>34</i>
Australie.....	34
Canada.....	35
El Salvador.....	35
États-Unis d'Amérique.....	35
République de Corée.....	35
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	35
DEUXIÈME PARTIE. CAS D'EXPULSIONS INTERDITES.....	36
<i>Article 6. Interdiction de l'expulsion des réfugiés.....</i>	<i>36</i>
Australie.....	36
Canada.....	36
Danemark (au nom des pays nordiques).....	36
El Salvador.....	36
États-Unis d'Amérique.....	37
République de Corée.....	38
<i>Article 7. Interdiction de l'expulsion des apatrides.....</i>	<i>38</i>
Canada.....	38
Cuba.....	38
États-Unis d'Amérique.....	38
<i>Article 8. Autres règles spécifiques à l'expulsion des réfugiés et des apatrides.....</i>	<i>38</i>
El Salvador.....	38
États-Unis d'Amérique.....	39
République de Corée.....	39
<i>Article 9. Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion.....</i>	<i>39</i>
États-Unis d'Amérique.....	39
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	39
<i>Article 10. Interdiction de l'expulsion collective.....</i>	<i>39</i>
Allemagne.....	39
Australie.....	39
El Salvador.....	39
États-Unis d'Amérique.....	40
République de Corée.....	40
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	40
<i>Article 11. Interdiction de l'expulsion déguisée.....</i>	<i>40</i>
Allemagne.....	40
Autriche.....	40
Canada.....	40
États-Unis d'Amérique.....	41
Pays-Bas.....	41
République de Corée.....	41
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	41
<i>Article 12. Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation de biens.....</i>	<i>42</i>
Fédération de Russie.....	42

	<i>Pages</i>
<i>Article 13. Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition</i>	43
Canada	43
États-Unis d'Amérique	43
République tchèque	43
TROISIÈME PARTIE. PROTECTION DES DROITS DES ÉTRANGERS OBJETS DE L'EXPULSION.....	43
CHAPITRE I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	43
<i>Article 14. Obligation de respecter la dignité humaine et les droits de l'étranger objet de l'expulsion</i>	43
Canada	43
El Salvador	44
États-Unis d'Amérique	44
Pays-Bas	44
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	44
<i>Article 15. Obligation de non-discrimination</i>	44
Canada	44
Danemark (au nom des pays nordiques).....	44
El Salvador	44
États-Unis d'Amérique	45
Pays-Bas	45
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	45
<i>Article 16. Personnes vulnérables</i>	46
Cuba.....	46
El Salvador	46
États-Unis d'Amérique	46
Maroc.....	46
CHAPITRE II. PROTECTION REQUISE DANS L'ÉTAT EXPULSANT.....	46
<i>Article 17. Obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion</i>	46
Autriche	46
États-Unis d'Amérique	46
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	46
<i>Article 18. Prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants</i>	47
Autriche	47
<i>Article 19. Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion</i>	47
Allemagne.....	47
Autriche	47
Belgique.....	47
Canada	47
Cuba.....	47
Danemark (au nom des pays nordiques).....	47
El Salvador	47
États-Unis d'Amérique	48
Pays-Bas	49
République de Corée	49
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	49
<i>Article 20. Obligation de respecter le droit à la vie familiale</i>	50
Australie.....	50
Canada	50
Cuba.....	50
El Salvador	50
États-Unis d'Amérique	51
République de Corée	52
CHAPITRE III. PROTECTION PAR RAPPORT À L'ÉTAT DE DESTINATION.....	52
<i>Article 21. Départ vers l'État de destination</i>	52
Danemark (au nom des pays nordiques).....	52
États-Unis d'Amérique	52
Pays-Bas	52
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	52

	<i>Pages</i>
<i>Article 22. État de destination de l'étranger objet de l'expulsion</i>	52
Autriche	52
Cuba	52
Danemark (au nom des pays nordiques).....	53
États-Unis d'Amérique	53
Pays-Bas	53
<i>Article 23. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée</i>	53
Australie.....	53
Canada	53
Danemark (au nom des pays nordiques).....	54
États-Unis d'Amérique	54
Pays-Bas	55
République de Corée	55
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	55
<i>Article 24. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants</i>	55
Autriche	55
Canada	55
Cuba.....	55
États-Unis d'Amérique	55
République de Corée	56
QUATRIÈME PARTIE. RÈGLES SPÉCIFIQUES DE PROCÉDURE.....	56
<i>Article 26. Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion</i>	56
Australie.....	56
Autriche	56
Belgique.....	57
Canada	57
Danemark (au nom des pays nordiques).....	57
El Salvador	57
États-Unis d'Amérique	58
Fédération de Russie.....	59
Pays-Bas	59
République de Corée	59
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	59
<i>Article 27. Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion</i>	60
Allemagne.....	60
Autriche	60
Canada	60
Danemark (au nom des pays nordiques).....	60
El Salvador	60
États-Unis d'Amérique	61
Pays-Bas	61
République de Corée	61
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	61
<i>Article 28. Procédures de recours individuel</i>	62
Cuba.....	62
États-Unis d'Amérique	62
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	62
CINQUIÈME PARTIE. CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'EXPULSION	62
<i>Article 29. Réadmission dans l'État expulsant</i>	62
Allemagne.....	62
Australie.....	62
Canada	62
Cuba.....	62
El Salvador	62
États-Unis d'Amérique	63
Fédération de Russie.....	63
Pays-Bas	63
République de Corée	63

	<i>Pages</i>
<i>Article 30. Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion</i>	63
Australie	63
Canada	63
États-Unis d'Amérique	63
Maroc	63
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	64
<i>Article 31. Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite</i>	64
Autriche	64
États-Unis d'Amérique	64
République de Corée	64
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	64
<i>Article 32. Protection diplomatique</i>	64
Allemagne	64
Autriche	64
États-Unis d'Amérique	64
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	64

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, n° 2889, p. 221.
Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Strasbourg, 22 novembre 1984)	Ibid., vol. 1525, n° 2889, p. 195.
Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)	Ibid., vol. 189, n° 2545, p. 137.
Convention relative au statut des apatrides (New York, 28 septembre 1954)	Ibid., vol. 360, n° 5158, p. 117.
Convention européenne d'établissement (et son Protocole) [Paris, 13 décembre 1955]	Ibid., vol. 529, n° 7660, p. 141.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, n° 8638, p. 261.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, n° 14531, p. 3.
Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (Addis-Abeba, 10 septembre 1969)	Ibid., vol. 1001, n° 14691, p. 45.
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.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981)	Ibid., vol. 1520, n° 26363, p. 217.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.
Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989)	Ibid., vol. 1577, n° 27531, p. 3.
Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (New York, 18 décembre 1990)	Ibid., vol. 2220, n° 39481, p. 3.
Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (Varsovie, 16 mai 2005)	Ibid., vol. 2569, n° 45796, p. 91.
Convention relative aux droits des personnes handicapées (New York, 13 décembre 2006)	Ibid., vol. 2515, n° 44910, p. 3.
Convention arabe pour la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Le Caire, 21 décembre 2010)	<i>Journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire</i> , n° 55, 23 septembre 2014.

Introduction

1. À sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission du droit international a adopté, en première lecture, le projet d'articles relatif à l'expulsion des étrangers¹. La Commission a en outre décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre aux gouvernements, par l'entremise du Secrétaire général, le projet d'articles pour leurs commentaires et observations, en demandant que ces derniers soient soumis au Secrétaire général au 1^{er} janvier 2014. Par une note datée du 18 octobre 2012, le Secrétaire général a transmis aux gouvernements le projet d'articles, accompagné de commentaires, en même temps qu'une note de rappel datée du 22 avril 2013. Au paragraphe 6 de sa résolution 67/92 du 14 décembre 2012, l'Assemblée générale a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il était important pour la Commission

¹ Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 15 à 18, par. 41 à 45. Pour le texte du projet d'articles et les commentaires y relatifs, voir *ibid.*, p. 18 et suiv., par. 46.

du droit international de recevoir leurs commentaires et leurs observations sur le projet d'articles.

2. Au 12 juin 2014, des réponses écrites avaient été reçues de l'Allemagne (30 décembre 2013), de l'Australie (21 janvier 2014), de l'Autriche (13 janvier 2014), de la Belgique (17 décembre 2013), du Canada (8 janvier 2014), de Cuba (7 mars 2014), du Danemark (au nom des pays nordiques) [12 juin 2014], d'El Salvador (20 décembre 2013), des États-Unis d'Amérique (7 mars 2014), de la Fédération de Russie (9 avril 2014), du Maroc (8 janvier 2014), des Pays-Bas (20 janvier 2014), de la République de Corée (20 janvier 2014), de la République tchèque (31 décembre 2013), et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (8 janvier 2014). Les commentaires et les observations reçus de ces gouvernements sont reproduits ci-après. Ils ont été regroupés par thème, en commençant par les commentaires généraux, puis en procédant projet d'article par projet d'article.

Commentaires et observations reçus des gouvernements

A. Commentaires généraux

AUSTRALIE

1. Dans la mesure où le projet d'articles énonce les règles existantes du droit international en ce qui concerne l'expulsion des étrangers, l'Australie considère que le travail de codification accompli dans ce domaine par la Commission servira utilement à orienter les États dans l'exécution de leurs obligations internationales ainsi que dans la mise au point de leurs dispositions et politiques internes.

2. Pour sa part, l'Australie est déterminée à offrir un système juridique qui, en ce qui concerne le traitement des étrangers, soit prévisible, transparent et respectueux des droits de l'homme et de la dignité humaine. Elle se félicite de l'inclusion d'articles consacrant ces principes. À cet égard, elle prend tout particulièrement note du paragraphe 1 du projet d'article 14, concernant l'obligation de traiter les étrangers humainement et avec le respect de la dignité humaine, et du paragraphe 1 du projet d'article 21, qui prévoit de faciliter le départ volontaire de l'étranger objet de l'expulsion.

3. L'Australie considère cependant qu'à certains égards le projet d'articles présente des principes nouveaux qui ne reflètent ni l'état actuel du droit international ni la pratique des États.

4. En conséquence, l'Australie suggère que la Commission ne se laisse pas entraîner à regrouper des principes établis et à prolonger dans de nouvelles directions des concepts existants. Lorsque les projets d'article s'inspirent de dispositions tirées de traités en vigueur, l'Australie recommande à la Commission de s'en tenir, aussi strictement que possible, aux libellés précédemment arrêtés.

CANADA

1. Le statut juridique et le but du projet d'articles demandent à être précisés. La pratique des États, la

jurisprudence et la doctrine en matière d'expulsion des étrangers étant incertaines, le Canada ne pense pas que le projet d'articles relève du développement progressif du droit international ou constitue une mise en forme systématique de ses règles. Le Canada invite la Commission à indiquer clairement au début du projet d'articles que le texte ne codifie pas le droit international existant ni ne procède à une réinterprétation de traités adoptés de longue date et parfaitement compris.

2. Il est fait mention à plusieurs reprises d'obligations découlant du «droit international général». Il conviendrait de préciser si ces termes englobent le droit international coutumier et le droit conventionnel.

3. Dans les commentaires du projet d'articles, il est fait mention à plusieurs reprises de la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent¹. Le Canada conteste absolument que cette déclaration relève du droit international coutumier.

¹ Résolution 40/144 de l'Assemblée générale du 13 décembre 1985.

CUBA

1. Cuba tient à réitérer l'utilité de la codification des droits de l'homme des personnes expulsées ou en cours d'expulsion, à condition que la codification de la matière s'inspire du principe de la protection intégrale des droits de l'homme de la personne expulsée ou en cours d'expulsion et ne porte pas atteinte à la souveraineté des États.

2. D'une manière générale, Cuba recommande l'inclusion d'un article prévoyant la communication préalable à l'État vers lequel la personne va être expulsée de la mise en œuvre de l'expulsion. C'est ainsi que Cuba considère opportun d'inclure dans le projet d'articles une référence au droit des personnes expulsées ou en cours

d'expulsion à communiquer avec la représentation consulaire correspondante.

3. La protection des droits de l'homme des personnes expulsées ou en cours d'expulsion ne peut constituer une limite à l'exercice du droit d'expulsion de l'État.

4. La législation pénale cubaine prévoit l'expulsion des étrangers comme une des sanctions accessoires pouvant être appliquées par le tribunal qui prononce les sanctions aux personnes physiques, conformément à ce qui est prescrit à l'article 28, paragraphe 3 *i*, du Code pénal (loi n° 62 du 29 décembre 1987, tel qu'amendé par la loi n° 87 du 16 février 1999). L'article 46, paragraphe 1, de ce code dispose que l'expulsion peut être infligée à l'étranger lorsque le tribunal compétent considère que, étant donné la nature du délit en question, les circonstances de sa commission, ou les caractéristiques personnelles de l'inculpé, il est clair que sa présence dans la République est préjudiciable. Le Code pénal prévoit en outre que l'expulsion des étrangers comme mesure accessoire est applicable après l'extinction de la sanction principale et accorde au juge le pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'expulsion de l'étranger sanctionné avant que la sanction principale ait été purgée, auquel cas la responsabilité pénale de la personne sanctionnée s'éteint.

DANEMARK (AU NOM DES PAYS NORDIQUES)

1. Le Danemark constate qu'en général le projet d'articles contient une description utile des difficultés rencontrées dans le domaine de l'expulsion des étrangers et des différents organes compétents en matière de droit international et régional et de pratiques en la matière.

2. En outre, le Danemark réaffirme que toute convention sur l'expulsion des étrangers n'aurait un intérêt que si elle se fonde sur, et énonce clairement, le principe de base selon lequel les États doivent réadmettre leurs propres ressortissants qui n'ont pas de résidence juridique dans un autre pays. Par conséquent, les pays nordiques souscrivent fermement au commentaire de l'Union européenne¹ concernant le paragraphe 1 de l'article 22, qui propose d'ajouter l'expression «et réadmis par celui-ci» pour clarifier les obligations qui incombent aux États destinataires de réadmettre leurs propres ressortissants. Une autre option serait d'ajouter un nouvel article distinct pour préciser les obligations des États destinataires.

3. Par ailleurs, pour les États nordiques, le fait que le projet d'articles ne s'applique pas à l'extradition est un principe essentiel.

4. Selon le Danemark, il convient de clarifier la terminologie dans le projet d'articles. Il est nécessaire d'utiliser une terminologie claire et cohérente dans tout le projet d'articles.

5. Le projet d'articles est appelé à s'appliquer à l'expulsion d'un étranger par un État, et il est indiqué dans le commentaire que le terme «expulsion» est utilisé parce qu'il a un sens suffisamment large et qu'il couvre toutes les phases du processus d'expulsion.

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

6. Cependant, il semble que la définition à l'alinéa *a* de l'article 2 ne concerne que la décision d'expulser et non l'application subséquente de cette décision consistant en un retour volontaire ou forcé. Par conséquent, les pays nordiques proposent que le terme «expulsion» soit utilisé pour la décision d'expulser et que, pour l'application subséquente par la force de cette décision, le terme «éloignement» soit utilisé. C'est le terme qui est constamment utilisé dans la directive «retour» de l'Union européenne², où il signifie la mise à exécution de l'obligation de retour, c'est-à-dire le transport physique hors de l'État membre. Dans l'actuel projet d'articles, il semble qu'on utilise différents termes pour cette expression, comme en témoigne par exemple l'emploi de termes comme «refouler», «départ» et «exécution forcée d'une décision d'expulsion» aux projets d'articles 6 et 21.

² Directive 2008/115/CE du Parlement et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 348, 24 décembre 2008, p. 98 à 107).

EL SALVADOR

1. Afin que la terminologie utilisée reflète les progrès du droit international des droits de l'homme, il est recommandé de remplacer les termes «légal/illégal» par l'expression «situation migratoire régulière/irrégulière». On ne peut plus remettre en question, aujourd'hui, le principe selon lequel tous les êtres humains sont libres et égaux en droits et en dignité, indépendamment de leur nationalité, de leur race, de leur religion, ou de toute autre condition, de sorte qu'il n'existe pas de personnes «illé-gales», mais seulement des personnes dont la situation migratoire peut être régulière ou irrégulière selon les règles propres à chaque État.

2. De même, il est recommandé de remplacer le terme «étranger» par l'expression «personne étrangère» dans tout le projet d'articles, dans un souci d'exactitude sur le modèle, par exemple, de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, où l'expression «personne handicapée» est systématiquement préférée.

3. Quant aux questions de fond qui devraient être traitées dans le projet d'articles, El Salvador estime opportun d'introduire une disposition concernant expressément le droit à la santé des personnes détenues faisant l'objet d'une procédure d'expulsion, droit inaliénable qui doit permettre à tout un chacun de jouir du bien-être physique, mental et social le plus grand possible.

4. Le droit à la santé en situation de détention est une question particulièrement délicate car, en raison des restrictions de la liberté de mouvement, la poursuite du bien-être individuel s'avère extrêmement complexe, voire impossible. Face à ce genre de situations, il est impératif que l'État honore les obligations qui lui incombent, dans le cadre du droit international, de respecter et garantir le droit à la santé.

5. Pour ce faire, il ne suffit pas que les agents de l'État s'abstiennent de compromettre le droit à la santé des personnes détenues, mais il faut œuvrer activement à leur bien-être par toutes sortes de mesures.

6. De même, il importe d'adopter toutes les mesures spéciales voulues pour répondre aux besoins de santé des personnes détenues appartenant à des groupes vulnérables ou à haut risque, comme les personnes âgées, les femmes, les enfants, les personnes handicapées, les personnes porteuses du VIH/sida ou de la tuberculose, et les malades en phase terminale, exigeant des soins médicaux spécialisés. Les soins médicaux dispensés aux femmes privées de liberté doivent aussi tenir compte de leurs besoins en matière de santé procréative.

7. À la lumière de ce qui précède, et compte tenu du fait que la simple négligence constituerait, en elle-même, une violation grave du droit à la santé par l'État, il est proposé de consacrer ce droit dans le projet d'articles, en lui donnant toute l'importance qu'il se voit aujourd'hui conféré.

8. Enfin, selon le principe de non-refoulement, il est recommandé de prévoir expressément l'interdiction d'expulser les personnes qui ont obtenu le droit d'asile ou en ont fait la demande vers des territoires où leur vie, leur intégrité ou leur liberté sont menacées car, comme il sera expliqué plus loin, ce principe dépasse la simple question du statut des réfugiés pour s'inscrire dans le domaine général des droits de l'homme.

9. C'est d'autant plus justifié qu'il existe, dans de nombreux pays, une confusion terminologique entre l'asile et le refuge. Ainsi, le libellé d'une telle disposition permettrait d'éviter que certaines personnes perdent leur droit à la protection, malgré les persécutions qu'elles subissent dans leur pays d'origine, parce qu'elles n'ont pas obtenu le statut de réfugié pour des raisons strictement terminologiques.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Les États-Unis ont un certain nombre de préoccupations générales liées au projet d'articles. Premièrement, celui-ci ne vise pas simplement la codification du droit existant, mais il s'inscrit plutôt dans une volonté de la Commission de développer progressivement le droit international s'agissant de questions importantes. Les aspects essentiels du projet d'articles, comme le développement des protections au titre du principe de non-refoulement, s'écartent sensiblement des dispositions de traités largement respectés relatifs aux droits de l'homme et des lois et de la jurisprudence nationales. S'il est admis dans le commentaire que certains aspects du projet d'articles traduisent un développement progressif dans quelques cas, ces derniers sont insuffisants et donnent, à tort, l'impression que toutes les autres dispositions du projet d'articles reflètent la codification. Le projet d'articles risque même d'engendrer la confusion en ce qui concerne les règles de droit en vigueur en intégrant dans une même disposition des éléments des règles existantes et des éléments qui rendent compte des propositions pour un développement progressif du droit.

2. Deuxièmement, bien que le projet d'articles contienne des éléments auxquels les États-Unis ne s'opposeraient pas, voire auxquels ils pourraient adhérer, ils ne pensent pas que, dans son ensemble, il permette de trouver un juste équilibre entre les intérêts concurrents, notamment dans la mesure où il préconise certaines mesures de protection des individus, qui limitent indûment la prérogative

et la responsabilité des États de contrôler les admissions et les présences illégales sur leur territoire.

3. Troisièmement, les États-Unis restent sceptiques quant à la sagesse et à l'utilité de chercher ainsi à multiplier les règles de droit bien établies et universelles qui sont consacrées dans des conventions relatives aux droits de l'homme largement ratifiées. Ces conventions en vigueur, y compris les différentes conventions contenant des dispositions prévoyant le non-refoulement, fournissent déjà la base juridique nécessaire pour atteindre les principaux objectifs du projet d'articles. Les problèmes liés aux mauvais traitements des personnes dans ce domaine ne découlent pas du manque d'instruments juridiques, mais avant tout du non-respect de ces instruments, et il s'agit d'un problème que le projet d'articles ne résout pas et ne peut pas résoudre.

FÉDÉRATION DE RUSSIE

1. En ce qui concerne les approches générales concernant le sujet, certaines questions sont soulevées par le concept inhérent au projet d'articles selon lequel le régime d'expulsion proposé s'applique à la fois aux étrangers résidant sur le territoire d'un État légalement et à ceux y résidant illégalement. De l'avis de la Fédération de Russie, la nature juridique de leur séjour sur le territoire de l'État diffère.

2. Par exemple, les étrangers qui résident légalement sur le territoire d'un État jouissent d'une plus grande protection principalement en raison des garanties procédurales dont ils peuvent se prévaloir dans le contexte de l'expulsion. Cette conclusion est étayée par des traités universels et régionaux pertinents¹, selon lesquels en matière d'expulsion certaines garanties sont offertes aux étrangers « légaux ». À titre d'exemple, la Fédération de Russie appelle l'attention sur l'article 1 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; il s'ensuit du nom et du texte dudit Protocole que les garanties procédurales en matière d'expulsion qui y sont consacrées ne s'appliquent qu'à un groupe clairement défini d'étrangers – les personnes qui résident légalement sur le territoire d'un État donné.

3. On ne trouve nulle part dans le droit international une approche semblable concernant les étrangers « illégaux » – les garanties qui leur sont offertes en la matière sont de caractère général et se résument essentiellement à un aspect de la protection des droits de l'homme (respect de la vie familiale dans le contexte de l'expulsion, interdiction d'expulser vers un État où l'intéressé pourrait faire l'objet de persécutions en raison de sa race, de sa religion ou autre affiliation, de torture ou de traitements inhumains, etc.).

4. On pourrait tenir compte, semble-t-il, des précisions données ci-dessus dans le projet d'articles de façon à bien faire la distinction entre la situation juridique des étrangers « légaux » et « illégaux » résidant sur le territoire d'un État, principalement dans le contexte des garanties procédurales énumérées dans le projet d'article 26.

¹ Par exemple, la Convention relative au statut des réfugiés, art. 32 ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 13 ; la Convention européenne d'établissement, art. 3 ; et le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 1.

5. À partir du texte du projet d'articles, ainsi que des commentaires, on peut conclure que l'expression « autorité compétente » englobe généralement aussi bien les organes judiciaires que les organes administratifs de l'État expulsant. La Fédération de Russie pense qu'en l'occurrence cette approche traduit les pratiques internationales et intra-État actuelles.

6. À cet égard, il serait indiqué de préciser explicitement ce sens de l'expression « autorité compétente » dans les articles et dans les commentaires y afférents, de façon à éviter différentes interprétations.

7. Par exemple, la Cour internationale de Justice, dans son arrêt en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*², après avoir analysé les dispositions pertinentes de la loi de la République démocratique du Congo, n'a pas jugé que les règles administratives régissant les décisions d'expulser dans ce pays (sur décision du Président ou du Premier Ministre de la République démocratique du Congo, sans audition des tribunaux) s'écartaient des normes du droit international.

8. En outre, l'article 1 du Protocole n° 7 mentionné précédemment prévoit clairement le droit de la personne objet de l'expulsion à « [s]e faire représenter [...] devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité ». Selon le rapport explicatif du Protocole n° 7, l'organe compétent peut être judiciaire ou administratif³. En outre, il est acceptable que la loi de l'État expulsant établisse différentes procédures à cet effet et qu'elle désigne différentes autorités à cette fin⁴.

² *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639.

³ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 1984, par. 13.3.

⁴ En droit russe, par exemple, il existe des procédures judiciaires (expulsion administrative) et non judiciaires (déportation) pour l'expulsion des étrangers.

PAYS-BAS

Le commentaire du projet d'articles montre que la pratique actuelle des États a été examinée. Dans certains cas, ayant constaté que les États avaient des pratiques différentes, la Commission a renoncé à inclure une disposition sur telle ou telle question examinée. Dans d'autres cas, tout en reconnaissant que l'état de la pratique des États ne permettait pas de conclure à l'existence d'une règle de droit international, elle a néanmoins jugé bon d'inclure une disposition pour faire œuvre de développement progressif du droit international. Les Pays-Bas demandent instamment à la Commission de revoir son approche. Ils estiment que le sujet ne se prête aucunement au développement progressif du droit international, du fait même qu'une grande part du droit y relatif a déjà été codifiée et en raison des vives controverses politiques qu'il suscite dans de nombreux pays.

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

1. En ce qui concerne la souveraineté de l'État et les droits de l'homme de l'étranger, le projet d'articles fait preuve d'un grand respect des droits de l'homme de l'étranger, ainsi que d'une recherche d'équilibre entre la

souveraineté de l'État et les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion. Certains articles limitent cependant plus que de raison la souveraineté de l'État.

2. En ce qui concerne les principes du droit international, le droit interne et les pratiques internationales, il est à noter que le présent projet d'articles inclut des dispositions relevant du développement progressif du droit international, qui reflètent des décisions ou des opinions de juridictions locales concernant les droits de l'homme. Il semble cependant que certains articles, dans leur application, étendent la portée des traités multilatéraux, des principes généraux du droit international, du droit interne et des pratiques internationales. Par exemple, les projets d'articles 6, 23 et 24 sont inspirés de la Convention relative au statut des réfugiés et de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Or le projet d'articles élargit l'ensemble des personnes protégées, tout en réduisant les possibilités de limiter cette protection et va ainsi au-delà, en pratique, du champ d'application des conventions susmentionnées.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

La question de l'expulsion des étrangers est essentiellement régie par le droit interne des pays, sous réserve du respect d'un nombre limité de règles pertinentes du droit international. Ces dernières étant issues d'un ensemble disparate de sources, différents États auront différentes obligations internationales en matière d'expulsion des étrangers en fonction des accords multilatéraux auxquels ils sont parties. Le Royaume-Uni estime qu'il revient à chaque État d'assurer la gestion et le contrôle de l'immigration à ses frontières. Il est donc nécessaire de parvenir à concilier le respect des obligations imposées à l'échelle internationale avec la primauté de l'État et la protection des populations. Les États sont tenus d'agir dans l'intérêt national. C'est pourquoi le Royaume-Uni estime que le droit international sur ce sujet n'est pas suffisamment développé et cohérent pour que la Commission puisse le codifier. De surcroît, compte tenu des nombreuses susceptibilités politiques et difficultés juridiques que cela soulève, la Commission devrait se montrer particulièrement prudente lorsqu'elle fait des propositions allant dans le sens du développement progressif du droit.

B. Forme finale du projet d'articles

ALLEMAGNE

L'Allemagne attache une très grande importance au traitement qui sera finalement réservé à ce sujet. Elle continue de se ranger à l'avis des membres de la Commission qui ont à plusieurs reprises exprimé des doutes quant à l'opportunité d'incorporer le sujet dans une convention. Le sujet ne se prête pas à l'élaboration de règles de *lege ferenda*. Il est régi par un grand nombre de dispositions réglementaires nationales. En ce qui concerne le droit international, les instruments relatifs aux droits de l'homme traitent du sujet et contiennent les garanties nécessaires à la protection des personnes en cas d'expulsion. L'Allemagne ne voit pas la nécessité d'une codification supplémentaire. L'Allemagne préconise d'établir plutôt un projet de directives ou de principes énonçant des

pratiques optimales. L'actuel projet d'articles semble aller en ce sens étant donné qu'il expose un certain nombre de pratiques optimales et pas seulement des obligations juridiques actuellement en vigueur.

AUSTRALIE

L'Australie fait observer qu'il existe déjà un important corpus de droit international sur l'expulsion des étrangers, qui continuera de se développer à mesure que les mouvements transfrontaliers s'intensifieront davantage. Le droit international dans ce domaine est également complété par un vaste ensemble de dispositions juridiques et de décisions de politique intérieure qui relèvent davantage du droit souverain de réglementation des États. Or l'Australie considère que les travaux de la Commission doivent surtout servir à aider les États à s'acquitter de leurs obligations. Il serait par conséquent à son avis préférable que le projet d'articles prenne la forme d'un ensemble de principes ou de directives représentant la pratique optimale internationale, et non celle d'un instrument contraignant. C'est ainsi que les travaux de la Commission contribueront utilement à la consolidation des lois et des pratiques dans ce domaine.

DANEMARK (AU NOM DES PAYS NORDIQUES)

Les pays nordiques ont, ces dernières années, fait des commentaires sur la question au Comité et ont sans cesse soutenu que la question de l'expulsion des étrangers ne se prête pas à une convention. C'est un domaine du droit qui est doté de règles régionales importantes et détaillées et, de ce fait, selon les pays nordiques, les travaux en cours de la Commission du droit international devraient plutôt viser à transformer le projet d'articles en des principes ou des directives générales.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Compte tenu des préoccupations qui précèdent, les États-Unis estiment qu'il n'est pas nécessaire que ce projet prenne la forme d'un projet d'articles. Dans la mesure où il existe déjà plusieurs traités multilatéraux à ce sujet, les États-Unis se demandent à quel point l'élaboration d'une nouvelle convention fondée sur ce projet d'articles susciterait l'adhésion. Par conséquent, les États-Unis recommandent à la Commission d'envisager ce projet d'articles sous une nouvelle forme plus appropriée, telle que des principes ou des directives. Si la forme de projet d'articles est maintenue, les États-Unis recommandent vivement que le commentaire indique clairement et dès le début que le projet reflète en grande partie des propositions pour un développement progressif du droit et qu'il ne doit pas être considéré, dans son ensemble, comme un instrument de codification du droit existant.

PAYS-BAS

Les Pays-Bas souhaitent réaffirmer que la Commission du droit international n'a pas vocation à élaborer un nouvel instrument relatif aux droits de l'homme; le projet d'articles doit reprendre les principes consacrés du droit international de manière détaillée et en rendre toutes les nuances. Les Pays-Bas sont favorables à ce que le texte soit remanié sous la forme de «meilleures pratiques» ou

de «principes directeurs». En revanche, ils s'opposent à ce qu'il soit codifié sous forme de traité.

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

Si l'État, lorsqu'il prend une décision relative à une expulsion, doit respecter les principes fondamentaux des droits de l'homme, il peut aussi exercer sa discrétion, compte tenu de ses intérêts et des politiques nationales. C'est pourquoi, au lieu de codifier le projet d'articles sous la forme d'un traité, il serait plus judicieux d'adopter le texte final sous la forme d'une déclaration de principes généraux ou d'une convention-cadre.

RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

La République tchèque préfère que le projet d'articles prenne la forme d'un ensemble de principes directeurs juridiquement non contraignants.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

Le Royaume-Uni estime que la Commission ne devrait pas chercher à élaborer un projet d'articles sur le sujet, mais tout au plus s'efforcer d'offrir des orientations aux États, bien que sous une forme quelque peu différente. Des orientations peuvent s'avérer utiles pour définir les grands principes qui régissent la conduite des États en matière d'expulsion des migrants dans le contexte du droit international en vigueur (suivant les instruments auxquels ils sont parties). Elles doivent cependant permettre au droit interne de prévaloir de manière à tenir compte des différentes approches adoptées par les pays en fonction des difficultés particulières qu'ils rencontrent.

C. Commentaires spécifiques sur le projet d'articles

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 1. *Champ d'application*

ALLEMAGNE

L'Allemagne tient à réaffirmer qu'à son avis le champ d'application posé au projet d'article 1 est trop vaste. Il semble contre-indiqué d'inclure les deux groupes d'étrangers – à savoir ceux qui se trouvent légalement et ceux qui se trouvent illégalement sur le territoire d'un État – dans le champ d'application général du projet d'articles et de n'établir entre eux une distinction qu'à deux ou trois reprises. Les droits accordés à l'un et à l'autre groupes au regard de l'expulsion sont trop différents pour cela.

AUSTRALIE

L'Australie relève qu'un certain nombre d'articles du projet, tels qu'ils sont libellés, risquent d'alourdir les obligations juridiques internationales en vigueur ou d'en créer de nouvelles. Elle note à cet égard que la Commission du droit international a décidé de considérer tant les étrangers qui sont présents légalement que ceux qui sont présents illégalement sur le territoire de l'État expulsant. Si

l'Australie reconnaît qu'il est utile de prendre en considération les deux catégories d'étrangers dans le projet d'articles, elle craint que cette approche ne conduise parfois à une représentation incorrecte de ce qui les distingue au regard du droit international.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Les États-Unis se félicitent de l'inclusion du projet d'article 1, paragraphe 2.

FÉDÉRATION DE RUSSIE

Voir les observations formulées ci-dessus au titre des commentaires généraux.

MAROC

1. Au regard de l'article 1 du présent projet, les sujets auxquels ce dernier est destiné sont les étrangers se trouvant légalement ou illégalement sur le territoire d'un État et faisant l'objet d'expulsion. Par conséquent, les nationaux sont exclus de son champ d'application. Le projet d'articles fait état de huit cas d'expulsions interdites, dont la déchéance de la nationalité aux seules fins de l'expulsion. En effet, selon le projet d'article 9, «[u]n État ne peut faire de son national un étranger, par déchéance de sa nationalité, aux seules fins de l'expulser». Cette disposition est essentiellement liée à l'hypothèse dans laquelle la déchéance de la nationalité par l'État serait un moyen pour parvenir à l'expulsion de son national.

2. La Commission a pris le soin de clarifier que la question de l'expulsion par un État de ses propres nationaux n'a pas été envisagée, lors de l'insertion de ce cas de figure parmi les cas d'expulsions interdites, du fait qu'elle n'est pas comprise dans le champ du projet. À cet égard, le Maroc rappelle que la déchéance de la nationalité est un acte foncièrement attaché aux nationaux et propre à l'État, et que l'expulsion, à la fois acte et procédure, ne saurait être prise isolément de la qualité du sujet auquel elle s'applique : si les nationaux, en tant que sujets d'expulsion, ont été exclus du champ du projet, pourquoi le seraient-ils sous l'angle spécifique de la déchéance de la nationalité. Quand bien même la conséquence est en relation avec le thème examiné, la prise en compte de ce cas de figure n'est pas sans laisser planer une ambiguïté sur le champ d'application *rationae personae* du projet d'articles.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

Le Royaume-Uni propose que la formulation et le champ d'application du projet d'article 1 soient modifiés et clarifiés. En l'état, le projet d'articles s'applique à tous les étrangers, qu'ils se trouvent au Royaume-Uni de façon légale ou illégale. Or le Royaume-Uni reconnaît que tous les étrangers présents sur son territoire ont droit au respect de leurs droits fondamentaux et qu'il appartient à l'État de concilier ses intérêts et ceux des intéressés dans le cadre d'un processus juste et équilibré. Cela étant, il estime raisonnable que chaque individu soit traité en fonction de son statut d'immigrant et se voie octroyer les garanties correspondantes.

Article 2. Définitions

ALLEMAGNE

1. Dans ses déclarations précédentes, l'Allemagne a souligné que le terme «expulsion» couvrait deux questions distinctes et que l'utilisation générale qui en était faite dans les rapports et les débats de la Commission prêtait le flanc à des malentendus. Elle accueille donc avec satisfaction la clarification qui est apportée à l'alinéa *a* du projet d'article 2, selon laquelle, aux fins du projet d'articles, le terme «expulsion» couvre seulement le droit qu'a l'État d'expulser un étranger – c'est-à-dire de contraindre un étranger de quitter le territoire –, qui doit être distingué du droit qu'a l'État de reconduire un étranger à la frontière – c'est-à-dire de le forcer à quitter le territoire.

2. L'Allemagne tient cependant à rappeler qu'à son avis il conviendrait de préciser le terme «omission» à l'alinéa *a* du projet d'article 2 afin de définir de façon plus étroite son champ d'application.

AUTRICHE

L'expulsion s'entend exclusivement d'un acte juridique de l'État. L'Autriche ne peut donc pas souscrire à la définition du terme «expulsion» qui est contenue dans le projet d'article 2 et précisée dans le projet d'article 11. Les termes «ou d'un comportement consistant en une action ou une omission» doivent être supprimés. Ce passage serait notamment en contradiction avec le projet d'article 4, qui pose le principe de l'obligation de conformité de la décision à la loi.

CANADA

1. Le Canada souhaite supprimer la mention qui est faite du «réfugié» dans la définition de l'«expulsion» figurant à l'alinéa *a* du projet d'article 2. Tel que l'article est libellé, on ne sait guère en effet si ce terme renvoie aux «personnes protégées», aux «personnes demandant à obtenir le statut de réfugié» ou encore à d'autres catégories de personnes. L'actuelle définition de l'«expulsion» dans le projet d'articles, qui autorise plusieurs interprétations pouvant avoir chacune des implications différentes, doit être précisée.

2. Le Canada souhaite que soit précisé le sens du mot «expulsion», défini à l'alinéa *a* du projet d'article 2 comme «un acte juridique, ou [...] un comportement consistant en une action ou une omission, attribuable à un État, par lequel un étranger est contraint de quitter le territoire de cet État». Selon le Canada, cette définition englobe à la fois l'expulsion effectuée par un État et l'expulsion attribuable à un État conformément aux principes de la responsabilité de l'État. Le Canada tient à souligner que, pour déterminer si un comportement est «attribuable à l'État», il convient d'appliquer les mêmes critères d'attribution que ceux définis dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹.

¹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

CUBA

À l'alinéa *b* du projet d'article 2, Cuba recommande qu'on se réfère non au concept de nationalité mais à celui de citoyenneté. La citoyenneté est en effet le lien qui rattache un individu, politiquement et juridiquement, à un État. Cuba estime que la nationalité est un attribut qui délimite les caractéristiques propres de chaque individu, en raison de sa culture, son idiosyncrasie et ses traditions, lesquelles l'accompagneront tout au long de sa vie. Cuba suggère donc de remplacer le terme «nationalité» par celui de «citoyenneté» partout où le premier figure dans le projet.

DANEMARK (AU NOM DES PAYS NORDIQUES)

Voir les observations formulées ci-dessus au titre des commentaires généraux.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Les États-Unis ont des préoccupations importantes quant à la formulation du projet d'article 2 *a*, qui définit notamment l'expulsion comme «un comportement consistant en une action ou une omission, attribuable à un État, par lequel un étranger est contraint de quitter le territoire de cet État». Comme relevé dans le commentaire, cette formulation est directement liée au concept de l'«expulsion déguisée» abordé dans le projet d'article 11. Les préoccupations des États-Unis quant à la façon dont la Commission aborde l'«expulsion déguisée» sont traitées de manière plus détaillée ci-après dans ses observations relatives au projet d'article 11. Les États-Unis relèvent cependant que la formulation du projet d'article 2 *a* est contraire à la formulation du projet d'article 11 à de nombreux égards, ce qui laisse planer une certaine ambiguïté quant à la question de savoir si la formulation vise à couvrir et, partant, à interdire une plus large gamme de comportements.

2. Par exemple, le texte du projet d'article 11 introduit le critère – qualifié d'«élément déterminant» dans le commentaire – selon lequel l'État doit avoir «l'intention de provoquer le départ d'étrangers de son territoire» pour que les actions ou omissions constituent une «expulsion déguisée». Toutefois, le projet d'article 2 *a* ne prévoit pas de critère de l'intention, ce qui laisse planer une certaine ambiguïté quant à la question de savoir si ce projet d'article vise à couvrir une plus large gamme d'«actions ou omissions» constituant une expulsion, ou pourrait être interprété comme tel. Le texte même de l'article 2 *a* pourrait laisser croire qu'un État pourrait être tenu indirectement responsable de certains comportements d'acteurs privés qui contraignent un étranger à quitter le pays, indépendamment de l'intention de l'État. De plus, comme indiqué ci-après, le projet d'article 2 *a* emploie les termes «contraint de quitter» tandis que le projet d'article 11 parle de «départ forcé», laissant ouverte la question de savoir s'il existe une différence entre ces deux concepts. Conformément à leurs observations sur le projet d'article 11, les États-Unis estiment que les termes «ou d'un comportement consistant en une action ou une omission, attribuable à un État» figurant dans le projet d'article 2 *a* doivent être supprimés et remplacés par «d'un État».

3. En outre, cette définition laisse penser que l'«expulsion» inclut la «non-admission» d'un réfugié. Le sens du terme «non-admission», tel qu'employé dans le projet d'article 2 *a*, est assez imprécis et, à la connaissance des États-Unis, ce terme n'est utilisé dans aucun instrument juridique international comme un terme clef valable. À la lecture du commentaire, la Commission semble renvoyer au concept de «refoulement», qui est utilisé à l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés, ainsi qu'à l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Dans ces instruments, le «refoulement» n'a pas le même sens que l'expulsion; à savoir, dans l'affaire *Sale v. Haitian Centers Council, Inc*¹, afin d'interpréter l'article 33, paragraphe 1, de la Convention relative au statut des réfugiés, la Cour suprême des États-Unis a déclaré que «le «refoulement» s'entend d'un acte défensif de résistance ou d'exclusion à une frontière [...]». Par conséquent, on ne saurait laisser croire que la «non-admission» d'un réfugié constitue une expulsion. Si un réfugié se voit refuser l'admission à un point d'entrée et est renvoyé, cet acte constitue une mesure de «refoulement» sous l'angle du principe de non-refoulement. Les États-Unis comprennent également, en se fondant sur le membre de phrase «contraint de quitter le territoire de cet État» figurant dans le projet d'article 2 *a*, que le projet d'articles ne s'applique pas aux procédures liées à l'immigration mises en œuvre en dehors du territoire d'un État. Compte tenu de ce qui précède, les États-Unis proposent que le membre de phrase «ni la non-admission d'un étranger, autre qu'un réfugié» soit remplacé par «ni le refoulement d'un étranger».

4. De plus, même si dans la Convention relative au statut des réfugiés et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants les obligations de non-refoulement interdisent également de refouler un étranger qui a droit à une protection, le présent projet d'articles traite uniquement de l'expulsion. Comme indiqué ci-après dans leurs observations sur le projet d'article 6, les États-Unis pensent également que la mention «refouler» doit être supprimée du projet d'article 6, paragraphe 3; si le projet d'article 6, paragraphe 3, est tiré de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés, la mention «refouler» dépasse la portée du présent projet d'articles.

5. Les États-Unis se félicitent du fait que l'extradition et le transfert à une juridiction pénale internationale soient exclus de la définition d'«expulsion» dans le projet d'article 2 *a*.

¹ 509 U.S. 155, (1993), p. 182 et 183.

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

1. Au regard du projet d'article 2, la non-admission d'un réfugié est une sorte d'expulsion, alors qu'elle ne l'est pas au regard de la Convention relative au statut des réfugiés, traité de référence pour la protection des réfugiés. Elle ne l'est pas non plus au regard du droit interne (loi sur les réfugiés¹) de la République de Corée.

¹ Loi n° 11298 du 10 février 2012, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013.

2. Le projet d'articles ne donne pas de définition du «droit», de la «loi» et du «droit international». Cela risque de donner lieu à des limitations inopinées de la souveraineté nationale. Lorsque le projet mentionne le «droit», il devrait être précisé s'il s'agit du «droit international», du «droit interne» ou des deux. De même, si le projet fait mention du «droit international», ces termes devraient s'entendre exclusivement des règles qui sont contraignantes pour les États intéressés. Il y a lieu d'envisager, afin d'éviter toute confusion inutile, de définir au projet d'article 2 les termes «droit» et «droit international».

3. La Convention relative au statut des réfugiés, bien qu'elle prévoit pour l'État des obligations de protection des réfugiés qui résident sur son territoire, n'assimile pas la non-admission d'un réfugié à une expulsion. De même, la non-admission des réfugiés n'est pas considérée comme une expulsion au regard de la loi coréenne sur les réfugiés. Il convient de noter à cet égard que l'État a le pouvoir souverain d'autoriser ou non l'admission d'étrangers sur son territoire. Les réfugiés ne font pas exception. Ils font également partie de la catégorie des étrangers qui sont l'objet d'une décision de l'État quant à leur admission.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE
ET D'IRLANDE DU NORD

1. Le Royaume-Uni estime, au vu de sa formulation et de son champ d'application, que l'alinéa *a* du projet d'article 2 vise les personnes cherchant à entrer dans l'État depuis l'étranger et non ceux qui se voient refuser l'entrée aux frontières. Le projet d'articles devrait faire plus précisément référence aux mesures que le pays prend pour faire respecter sa législation en matière d'immigration sur son territoire. En l'état, le projet d'article vise l'ensemble des actions ou omissions d'un État visant à contraindre un étranger de quitter le territoire (y compris ceux qui se trouvent déjà sur le territoire en toute légalité). On pourrait donc penser que l'article s'applique à l'ensemble des immigrants, alors que le système de contrôle des migrations britannique cherche à lutter contre l'immigration clandestine. L'Administration britannique adopte une approche interservices et interdisciplinaire, ce qui lui permet de s'assurer que les services et les prestations fournis à ceux qui sont dans le pays de manière régulière et qui font œuvre utile ne soient pas détournés au profit de l'immigration clandestine. En l'état, le projet d'article repose sur l'idée que l'expulsion de ceux qui se trouvent de façon illégale dans le pays requiert un acte juridique de la part des autorités. Or, de l'avis du Royaume-Uni, cet acte pourrait très bien consister à devoir régulariser la situation d'un migrant clandestin, de manière à lui conférer un statut juridique, avant que les autorités puissent prendre des mesures pour procéder à son expulsion.

2. Le Royaume-Uni suggère que le projet d'article 2 *a* soit modifié de la manière suivante :

«“expulsion” s'entend de la décision officielle d'un État par laquelle un étranger est contraint de quitter le territoire de cet État; elle n'inclut pas l'extradition vers un autre État, ni le transfert à une juridiction pénale internationale, ni la non-admission d'un étranger, autre qu'un réfugié, dans un État;».

Article 3. Droit d'expulsion

CANADA

Le commentaire du projet d'article 3, qui indique que le «droit d'expulsion est régi par le présent projet d'articles et par les autres règles applicables du droit international», semble conférer force exécutoire au texte. Le Canada souhaiterait remplacer cette assertion par la suivante: «Un État ne peut expulser un étranger que dans le respect de ses obligations juridiques internationales.»

CUBA

Concernant le droit d'expulsion, traité au projet d'article 3, Cuba juge nécessaire d'inclure le respect du droit interne et le maintien de la sécurité publique de tout État.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Le projet d'article 3 semble indiquer que les États sont tenus de respecter les prétendues exigences du projet d'articles «ainsi que» les exigences d'autres règles applicables, même si le projet d'articles n'est pas conforme aux traités internationaux en vigueur. Cette tension est clairement illustrée par le fait que ce projet d'articles ne prévoit pas explicitement de dérogation en situation d'urgence, tandis que de nombreux traités internationaux relatifs à ce sujet prévoient cette dérogation, comme, par exemple, l'article 4, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'article 13 du Pacte établit qu'

[u]n étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie [...], à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent*, [...] doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, [...] en se faisant représenter à cette fin.

Le projet d'article 3 ne permet pas d'établir clairement si la dérogation est autorisée, dans la mesure où il indique que les deux ensembles de règles s'appliquent.

2. Parallèlement, le commentaire indique que la dérogation est autorisée, ce qui signifie que les «autres règles applicables» remplacent le projet d'articles, au moins à cet égard. Le projet d'article 8 aborde également cette question, mais uniquement dans un cadre plus étroit. Pour éviter toute confusion, le projet d'article 3 devrait être réécrit comme suit en utilisant la formulation du projet d'article 8 mais de manière plus globale :

«Un État a le droit d'expulser un étranger de son territoire. Les règles applicables à l'expulsion des étrangers prévues dans le présent projet d'articles sont sans préjudice d'autres règles du droit international applicables en matière d'expulsion des étrangers, en particulier les règles relatives aux droits de l'homme.»

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

Voir les observations formulées ci-dessus au titre des observations générales.

Article 4. Obligation de conformité à la loi

EL SALVADOR

1. Le projet d'article 4 revêt une importance fondamentale au sein du projet parce qu'il dispose que toute

expulsion doit être effectuée dans le respect du droit, mais il convient d'en revoir le libellé pour le rendre plus efficace.

2. Premièrement, le titre de l'article paraît ambigu en espagnol car l'expression *obligación de conformidad con la ley* («obligation de conformité à la loi») n'indique pas avec précision quel élément doit se conformer à la loi. Il est donc suggéré d'indiquer clairement que cette obligation doit être respectée pour toute action menée au titre de la procédure d'expulsion.

3. Deuxièmement, il est indispensable de préciser dans le projet d'article que l'État est la seule institution autorisée à prendre une décision d'expulsion. Comme l'a indiqué la Commission dans son commentaire relatif au projet d'article 4, la condition fondamentale à laquelle est soumis l'exercice par un État de son droit d'expulser des étrangers est l'adoption par l'État expulsant d'une décision en ce sens conformément à la loi. Cette exigence a précisément pour fin d'empêcher l'État de chercher à contraindre une personne étrangère à quitter son territoire sans notification formelle, ni procédure.

4. Compte tenu de ce qui précède, il est proposé d'adopter le libellé suivant :

«Article 4. *Obligation [d'agir] en conformité à la loi*

«Un étranger ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise par l'État conformément à la loi.»

FÉDÉRATION DE RUSSIE

1. La Fédération de Russie souscrit à la condition énoncée dans le projet d'articles 4 sur l'admissibilité de l'expulsion d'un étranger seulement sur la base d'une décision conforme à la loi. Dans le même temps, elle note la position juridique suivante énoncée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* : «il est clair que, si la "conformité à la loi" ainsi définie est une condition nécessaire du respect des dispositions précitées, elle n'en est pas la condition suffisante¹». Précisant cette idée, la Cour déclare plus loin :

D'une part, *il faut que la loi nationale applicable soit elle-même compatible avec les autres exigences du Pacte et de la Charte africaine**; d'autre part, *une expulsion ne doit pas revêtir un caractère arbitraire**, la protection contre l'arbitraire étant au cœur des droits garantis par les normes internationales de protection des droits de l'homme².

2. Ainsi, de l'avis de la Cour, la loi de l'État sur laquelle se fonde la décision d'expulser un étranger doit satisfaire certains critères : *a*) elle doit être conforme aux normes du droit international applicable à l'État (dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, ces normes sont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples); et *b*) elle doit offrir suffisamment de garanties contre tout traitement arbitraire de la part des autorités.

¹ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639, à la page 663, par. 65.

² *Ibid.*

3. De l'avis de la Fédération de Russie, cependant, cette position juridique de la Cour internationale de Justice n'est pas suffisamment reflétée dans le commentaire sur le projet d'articles. Dans l'ensemble, son analyse, essentiellement dans le contexte de l'obligation énoncée par le projet d'article 4, pourrait revêtir un intérêt pour la Commission (ses résultats pourraient plus tard être intégrés aux commentaires). Pour sa part, dans le cadre de cette question, la Fédération de Russie a porté l'attention sur la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, dans le contexte de laquelle l'expression «conformément à la loi» fait l'objet d'une interprétation détaillée.

4. Par exemple, dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme part du fait que l'expression «conformément à la loi» utilisée dans le texte de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses protocoles non seulement exige que certaines mesures prises par l'État contre toute personne se fondent sur les règles de droit, mais elle suppose aussi «la qualité de la loi» (en ce sens, la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme va dans le sens de la position juridique susmentionnée de la Cour internationale de Justice en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*). Ainsi, en l'affaire *Khlyustov c. Russie*, la Cour européenne des droits de l'homme, se référant à sa jurisprudence³, a déclaré que

l'expression «conformément à la loi» exige non seulement que les mesures visées aient un fondement en droit interne mais elle se réfère aussi à la qualité de la loi en question. D'abord, la loi doit être facilement accessible : le citoyen doit être en mesure d'avoir une indication suffisante dans le contexte des règles de droit applicables à chaque espèce. Ensuite, une norme ne peut être considérée comme «loi» si elle n'est pas formulée de façon assez précise pour permettre au citoyen de réguler sa conduite⁴.

5. En outre, dans sa pratique, la Cour européenne des droits de l'homme part du fait que la «qualité type de la loi» suppose qu'elle fixe des limites à une interprétation large lorsqu'elle est appliquée, ainsi que la possibilité d'une révision des décisions précédentes sous une forme ou une autre⁵.

³ Voir les affaires *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, par. 47 à 49, série A n° 30 ; et *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie* [GGC], n° 38433/09, par. 140 et 141, CEDH 2012.

⁴ *Khlyustov c. Russie*, n° 28975/05, par. 68, 11 juillet 2013.

⁵ *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, par. 67, série A n° 82.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

Le Royaume-Uni formule à l'égard de ce projet d'article les mêmes préoccupations que celles qu'il a exprimées au sujet du projet d'article 2.

Article 5. *Motifs d'expulsion*

AUSTRALIE

L'Australie relève avec préoccupation que les problèmes de sécurité nationale ne sont pas suffisamment pris en considération dans le projet d'articles. Par exemple, au paragraphe 1 du projet d'article 5, il serait utile de prévoir une exception, pour des raisons de sécurité nationale, à l'obligation qui est faite aux États de motiver toute décision d'expulsion.

CANADA

1. Le Canada propose que le paragraphe 3 du projet d'article 5 énonce simplement ceci: «Les motifs d'expulsion doivent être appréciés de bonne foi et de manière raisonnable.» Les décisions d'expulsion relèvent de procédures différentes selon les situations (visa de tourisme, demande de titre de séjour permanent, demande d'asile, etc.). Beaucoup de décisions d'expulsion sont d'ordre administratif (par exemple, les refus automatiques de prolongement de la durée des visas de tourisme) et, tout à fait légitimement, ne tiennent compte ni de la gravité des faits ni du comportement de l'étranger concerné.

2. En ce qui concerne l'adoption des décisions d'expulsion, le Canada demande que soit précisé, dans le commentaire relatif au projet d'article 5, que les motifs d'expulsion doivent s'apprécier au moment de la décision et non pas au moment de l'expulsion.

EL SALVADOR

1. Comme l'a fait remarquer la Commission du droit international, si les motifs donnant lieu à une expulsion doivent être expressément prévus par la loi, il appartient cependant à chaque État de préciser ces motifs, conformément à son propre système juridique.

2. En ce sens, il n'est pas nécessaire que les motifs d'expulsion soient énoncés dans le projet d'articles, d'autant que certains d'entre eux ne sont pas prévus par la législation de certains États ou qu'ils peuvent avoir une portée différente selon les procédures d'expulsion.

3. Par ailleurs, la question se pose de savoir s'il est souhaitable d'invoquer la sécurité nationale et l'ordre public comme motifs d'expulsion compte tenu du flou entourant ces deux notions juridiques. Cette difficulté a même été reconnue par le Rapporteur spécial en ces termes:

Il se pose ensuite le problème de la détermination du contenu précis des deux principaux motifs que sont l'ordre public et la sécurité publique, problème d'autant plus malaisé que l'appréciation de la menace à l'ordre public ou à la sécurité publique relève de chaque État, en l'occurrence l'État expulsant, et que le contenu de ces deux notions est essentiellement fluctuant. Ces notions figurent dans la plupart des systèmes juridiques sans avoir de sens précis, encore moins un contenu déterminable¹.

4. À la lumière de ce qui précède, El Salvador recommande de garder tels quels les premier, troisième et quatrième paragraphes du projet d'article 5, mais de supprimer la dernière proposition du deuxième paragraphe invoquant «la sécurité nationale» et «l'ordre public», pour que ne reste que l'obligation de consacrer le motif d'expulsion par la loi:

«2. Un État ne peut expulser un étranger que pour un motif prévu par la loi.»

¹ *Annuaire...* 2010, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/625 et Add.1 et 2, p. 165, par. 77.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Les États-Unis comprennent que le projet d'article 5 permet l'expulsion d'un étranger pour l'un quelconque

des motifs prévus par la loi, y compris le renvoi régulier d'une personne pour violation de la loi des États-Unis sur l'immigration.

2. Au paragraphe 3 du projet d'article 5, les clauses indiquées après le mot «circonstances» sont inutiles et prêtent quelque peu à confusion dans la mesure où la clause relative à la procédure indique déjà que toutes les circonstances doivent être prises en considération. La clause «l'actualité de la menace», bien que précédée par «lorsque cela est pertinent», pourrait notamment sous-entendre qu'une «menace» quelconque est nécessaire pour appuyer un motif valable d'expulsion. Les États-Unis recommandent de mettre fin à la phrase après «concerné» ou d'introduire le mot «notamment» après «y compris», et les mots «ou d'autres conditions» après «menace» afin d'élargir l'applicabilité de cette clause.

3. Au paragraphe 4 du projet d'article 5, les mots «à ses obligations en vertu du» devraient remplacer la préposition «au» avant «droit international» pour éviter toute ambiguïté quant au sens de «contraire au droit international». Cela permettrait d'être en conformité avec le projet d'article 25, qui utilise à juste titre les termes «ses obligations en vertu du droit international».

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

Voir les observations formulées ci-dessus au titre des observations générales.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE
ET D'IRLANDE DU NORD

1. Le Royaume-Uni propose que le projet d'article 5 soit modifié. Il trouve problématique qu'il fasse spécifiquement référence à «la sécurité nationale et l'ordre public» et à l'immédiateté de la menace, à savoir «l'actualité de la menace que les faits génèrent». En l'état, l'article aurait pour effet de limiter les motifs d'expulsion, ce que le Royaume-Uni ne saurait accepter. Le Royaume-Uni propose donc que le passage suivant soit supprimé de manière à ne pas restreindre les pouvoirs des autorités: «et, lorsque cela est pertinent, l'actualité de la menace que les faits génèrent».

2. Il propose aussi que le paragraphe 3 soit reformulé de la manière suivante:

«Le motif d'expulsion de ceux qui se trouvent légalement sur le territoire de l'État doit être apprécié de bonne foi et de manière raisonnable, en tenant compte de la gravité des faits et à la lumière de toutes les circonstances, y compris le comportement de l'étranger concerné.»

3. Le Royaume-Uni légifère actuellement pour supprimer la nécessité des décisions d'expulsion dans le cas spécifique des migrants clandestins. Il estime que ceux-ci doivent partir du principe qu'ils seront expulsés à moins qu'ils ne demandent à ce que leur situation soit régularisée. Les nouvelles procédures prévoient qu'une seule décision portant expulsion et obligation de quitter le territoire sera notifiée au migrant clandestin et qu'elle sera motivée, c'est-à-dire qu'elle précisera que l'intéressé est expulsé parce qu'il se trouve dans le pays de manière illégale.

DEUXIÈME PARTIE

CAS D'EXPULSIONS INTERDITES

Article 6. Interdiction de l'expulsion des réfugiés

AUSTRALIE

L'Australie relève également l'interdiction, prévue au paragraphe 2 du projet d'article 6, de l'expulsion de tout étranger se trouvant irrégulièrement sur le territoire de l'État et ayant demandé qu'on lui reconnaisse le statut de réfugié, pendant que cette demande est à l'examen. Cette disposition alourdit sensiblement les obligations prévues à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 32 de la Convention relative au statut des réfugiés, qui s'appliquent exclusivement aux étrangers se trouvant légalement sur le territoire de l'État.

CANADA

1. Au paragraphe 2 du projet d'article 6, il est question de « tout réfugié qui [...] a demandé qu'on lui reconnaisse le statut de réfugié ». Par souci de clarté, si le projet d'articles vise bien à protéger de l'expulsion les personnes dont la demande d'obtention du statut de réfugié est à l'examen, il conviendrait de substituer, au paragraphe 2, « tout étranger » à « tout réfugié ».

2. Le Canada recommande de regrouper et de remanier les projets d'articles 6, 23 et 24 de façon que le projet d'articles se conforme davantage aux normes existantes du droit international. Aussi bien le projet d'article 6, en son paragraphe 3, que les projets d'articles 23 et 24 interdisent l'expulsion d'un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des traitements cruels et inhumains. Il y a toutefois entre eux une différence notable : alors que le projet d'article 6, en son paragraphe 3, autorise une telle expulsion s'il y a des raisons sérieuses de considérer la personne en question comme un danger pour la sécurité du pays où elle se trouve ou si l'intéressé, ayant été l'objet d'une condamnation pour un crime ou délit grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays, les projets d'articles 23 et 24 l'interdisent de façon inconditionnelle.

3. Le Canada approuve le libellé du paragraphe 3 du projet d'article 6 quant à l'expulsion des réfugiés en l'absence de menace sur la vie ou de risque de torture.

4. Le Canada a pris note des différences entre le paragraphe 2 du projet d'article 5 et le paragraphe 1 du projet d'article 6. Tandis que le premier autorise l'expulsion des étrangers pour des motifs prévus par la loi, y compris la sécurité nationale et l'ordre public, le second dispose que la sécurité nationale et l'ordre public sont les seuls motifs possibles d'expulsion des réfugiés. Le Canada souhaite permettre toutefois l'expulsion des étrangers coupables de violations graves ou systématiques des droits de l'homme, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, y compris ceux considérés par d'autres pays comme des réfugiés au sens de la Convention relative au statut des réfugiés. Comme l'indique le commentaire, le paragraphe 2 du projet d'article 6 ne découle pas de cette

dernière convention mais de la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique. Le Canada, tout en indiquant que les motifs d'expulsion de réfugiés prévus au paragraphe 1 du projet d'article 6 ne sauraient se limiter aux seules raisons de sécurité nationale et d'ordre public, souhaite que les paragraphes du projet d'article 6 se conforment à la Convention relative au statut des réfugiés.

DANEMARK (AU NOM DES PAYS NORDIQUES)

1. Il importe de maintenir la possibilité d'exécuter une décision d'expulsion dans certains cas même lorsqu'un recours a été formé, par exemple lorsqu'une demande d'asile est manifestement sans fondement.

2. La suspension obligatoire de toutes les décisions d'expulsion jusqu'à ce qu'une décision finale ait été arrêtée en recours (et non seulement jusqu'à ce qu'une cour ou un tribunal ait décidé que le recours aurait un effet suspensif ou non) accroîtrait le risque d'abus et porterait atteinte à la légitimité des systèmes d'asile des États membres de l'Union européenne, étant donné que le ressortissant d'un pays tiers qui a demandé l'asile dans un État membre ne devrait être considéré comme étant en séjour irrégulier sur le territoire de cet État membre avant qu'une décision négative sur sa demande ou une décision mettant fin à son droit de séjour en tant que demandeur d'asile soit entrée en vigueur¹.

3. Voir également les observations formulées ci-dessus au titre des commentaires généraux.

¹ Voir le neuvième alinéa du préambule de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 348, 24 décembre 2008, p. 98 à 107).

EL SALVADOR

1. On observe que le paragraphe 3 du projet d'article 6 renvoie à l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés, qui consacre la défense d'expulsion et de refoulement tout en prévoyant des exceptions si le réfugié est considéré comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou s'il constitue une menace pour la communauté dudit pays en raison de la commission d'un crime ou délit particulièrement grave.

2. El Salvador est d'avis que si cet article a constitué une étape importante pour la protection des réfugiés au XX^e siècle, le principe de non-refoulement a continué d'évoluer depuis, jusqu'à devenir un impératif du droit international¹.

¹ Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, adoptée lors du Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama, tenue à Carthagène des Indes (Colombie), 22 novembre 1984, cinquième conclusion : « Réaffirmer l'importance et la signification du principe du non-refoulement (y compris l'interdiction du refoulement à la frontière) comme pierre angulaire de la protection internationale des réfugiés. Ce principe impératif à l'égard des réfugiés doit être reconnu et respecté, dans l'état actuel du droit international, en tant que principe de *jus cogens* » (Genève, Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, 2006).

3. Par conséquent, les exceptions faites à ce principe il y a soixante ans ne devraient pas être reproduites dans un projet international élaboré aujourd'hui sans que soient pris en compte les grands progrès accomplis en la matière, en particulier l'existence d'autres instruments internationaux qui renforcent la protection des réfugiés.

4. Au niveau interaméricain, par exemple, l'article 22, paragraphe 8, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme dispose qu'

[e]n aucun cas l'étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risque de faire l'objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques.

5. De même, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants limite clairement les possibilités de refoulement, en prévoyant dans son article 3 qu'

[a]ucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.

6. Ainsi, aucune exception à l'interdiction de refoulement n'est recevable en cas de torture, même si l'intéressé a commis des infractions, l'article faisant d'ailleurs expressément référence à la procédure d'extradition sans réduire la protection de la personne ni limiter d'aucune manière la portée du principe de non-refoulement.

7. Ce point a été corroboré par le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui a adressé aux États la recommandation suivante :

La législation et la pratique nationales devraient être conformes au principe énoncé à l'article 3 de la Convention contre la torture, à savoir l'interdiction d'expulser, de refouler ou d'extrader une personne vers un autre État « où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». Le principe de non-refoulement doit être respecté en toute circonstance même si l'individu concerné a commis un crime et quelles que soient la gravité et la nature de ce crime².

8. Sur le plan intérieur, et conformément à ces instruments internationaux, l'article 46 de la loi de la République d'El Salvador portant détermination de la situation des personnes réfugiées en Salvador³ se lit comme suit :

Une personne réfugiée ne peut être expulsée ou refoulée vers un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, si l'exercice de son droit à la vie, l'intégrité personnelle, la liberté et la sécurité y sont menacés pour des raisons liées à sa race ou son ethnie, son sexe, sa religion ou sa confession, sa nationalité, son appartenance à un certain groupe social, ses opinions politiques, ou en raison d'une situation de violence généralisée, d'agression étrangère, de conflits internes, de violation systématique des droits de l'homme et autres circonstances troublant l'ordre public.

En aucun cas, une personne réfugiée ne peut être déplacée contre son gré vers un pays tiers, même en cas de décision d'expulsion adoptée par la Commission [chargée de déterminer la situation des personnes réfugiées]. Dans ce cas, la Commission accorde un délai d'un mois afin de coordonner avec le HCR l'admission de la personne concernée dans un autre pays.

² E/CN.4/2003/68, par. 26 o.

³ El Salvador, *Diario Oficial*, vol. 356, n° 148, 14 août 2002, p. 3.

9. Au vu de ce qui précède, El Salvador recommande à la Commission du droit international de tenir compte de l'évolution indéniable du principe de non-refoulement qui est devenu une norme impérative du droit international. El Salvador propose par conséquent de supprimer de l'article toutes les exceptions qui, prises isolément des autres traités relatifs aux droits de l'homme, risqueraient de se solder par un recul des droits des réfugiés.

10. Par ailleurs, si ce projet d'article octroie une protection aussi bien aux réfugiés qu'aux personnes qui ont fait une demande de refuge, indépendamment de leur statut migratoire, El Salvador ne voit pas de raison de formuler l'interdiction de refoulement les concernant dans deux paragraphes distincts.

11. Il convient, en particulier, de noter que sous sa forme actuelle le libellé du projet d'article 6 est incomplet, car le premier paragraphe traite des réfugiés en situation migratoire régulière, tandis que le deuxième paragraphe concerne les demandeurs de refuge en situation migratoire irrégulière, ce qui pourrait laisser penser que la régularité migratoire est assujettie à l'octroi du refuge et par là même dénaturer la raison d'être du statut de réfugié. Ce libellé ne tient pas non plus compte de tous les cas possibles dans la pratique, puisqu'il peut arriver, par exemple, que des demandeurs de refuge se trouvent en situation migratoire régulière.

12. Au vu de ce qui précède, le libellé suivant est proposé pour le projet d'article 6 :

« 1. Un État ne peut expulser un réfugié ou une personne dont la demande de refuge est en cours d'examen que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

« 2. Le paragraphe 1 s'applique indépendamment de la régularité ou de l'irrégularité de la situation migratoire de la personne réfugiée ou ayant demandé le refuge.

« 3. Un État ne peut expulser ou refouler, de quelque manière que ce soit, un réfugié vers un État ou sur les frontières des territoires où sa vie, son intégrité personnelle ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de son sexe, de sa nationalité, de ses opinions politiques ou d'autre ordre, de son appartenance à un certain groupe, ou de toute autre situation sociale. »

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Contrairement au paragraphe 1 du projet d'article 6, qui reprend le paragraphe 1 de l'article 32 de la Convention relative au statut des réfugiés, le paragraphe 2 du projet d'article 6 ne trouve aucun fondement dans cette Convention et, tel qu'il est rédigé, son objectif précis est difficile à comprendre parce qu'il s'applique à un « réfugié » dont le statut de réfugié a fait l'objet d'une demande encore à l'examen. L'explication relative à cette disposition fournie dans le commentaire n'est pas satisfaisante, dans la mesure où le commentaire indique que la disposition ne vise que des individus qui répondent à la définition de « réfugié » conformément au droit international ; cependant, la disposition part du principe que le statut de réfugié de l'individu est encore à l'examen. Parallèlement, afin de réviser ou d'étendre cette disposition, il faudrait

tenir compte de la pratique existante des États et répondre aux problèmes d'abus liés aux demandes manifestement dénuées de fondement. Les États-Unis suspendent généralement le renvoi des étrangers qui ont déposé une demande d'asile ou le reportent au moins jusqu'à ce que ces demandes aient fait l'objet d'une décision administrative; il existe toutefois certaines exceptions limitées, voir par exemple l'accord sur le pays tiers sûr entre le Canada et les États-Unis¹. Par conséquent, les États-Unis recommandent la révision de cette disposition afin de répondre à ces préoccupations, sinon sa suppression.

2. Comme indiqué ci-dessus dans leurs observations sur le projet d'article 2, les États-Unis pensent que les termes «ou refouler» devraient être supprimés du paragraphe 3 du projet d'article 6. Si le paragraphe 3 du projet d'article 6 est tiré de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés, la mention «refouler» dépasse la portée du présent projet d'articles, qui est par ailleurs strictement axé sur l'expulsion. Aucune raison précise ne permet de justifier l'inclusion de «refouler» dans cette disposition et non dans le projet d'article 24, dans la mesure où l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants couvre également les «refoulements». Les États-Unis recommandent la suppression de «refouler» du projet d'article 6, ainsi que du projet d'article 24.

¹ Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers (Washington, 5 décembre 2002), *Treaties and Other International Acts Series* 04-1229 (TIAS04-1229).

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

1. Même si une personne est considérée comme un réfugié au sens du paragraphe A de l'article premier de la Convention relative au statut des réfugiés, elle peut toujours être expulsée en application du paragraphe F de ce même article (si, par exemple, elle a commis un crime contre la paix). De telles dispositions pourraient être incorporées dans le texte du présent projet d'article, sous la forme d'une réserve.

2. L'obligation faite à l'État au paragraphe 1 du projet d'article 6 ne doit pas s'appliquer aux personnes ayant demandé qu'on leur reconnaisse le statut de réfugié sur la base de fausses déclarations. Le paragraphe 2 du projet d'article 6 pourrait être révisé comme suit :

«Le paragraphe 1 ne s'applique pas à tout réfugié qui, se trouvant irrégulièrement sur le territoire de l'État, a demandé qu'on lui reconnaisse le statut de réfugié aux seules fins de faire cette demande, pendant que celle-ci est à l'examen.»

3. Voir aussi les observations formulées ci-dessus au titre des observations générales.

Article 7. Interdiction de l'expulsion des apatrides

CANADA

1. La définition d'«étranger» englobe les apatrides, selon le commentaire relatif au projet d'article 2. Le

projet d'article 7, qui vise spécifiquement les apatrides, est donc superflu, sauf s'il est jugé nécessaire d'accorder aux apatrides une protection supplémentaire particulière dans le projet d'articles.

2. Le Canada s'interroge sur le projet d'article 7, qui n'autorise l'expulsion des apatrides se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. L'emploi ici de «régulièrement» surprend. Dès lors qu'une personne est visée par une procédure d'expulsion, elle ne se trouve plus régulièrement sur le territoire de l'État, les décisions d'expulsion étant prises conformément à la loi. Si l'on supprime le mot «régulièrement», les motifs d'expulsion seront trop limités. Selon le Canada, ses obligations à l'égard des apatrides ne sauraient lui imposer en matière d'expulsion des conditions plus restrictives que celles qui s'appliquent aux personnes dotées d'une nationalité.

CUBA

D'après le projet d'article 7, un apatride ne peut être expulsé «que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public». Toutefois, eu égard à ce que dispose le paragraphe 2 du projet d'article 5 pour le cas des étrangers, il convient, pour assurer l'uniformité du texte, d'inclure, parmi les motifs d'expulsion, tout motif d'expulsion légal prévu par le droit interne de l'État expulsant.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Les États-Unis ne pensent pas que le projet d'article 7 reflète le droit établi. Le projet d'article 7 est fondé sur le paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention relative au statut des apatrides. À ce jour, moins de 80 États sont parties à cette Convention, et la pratique de nombreux États non parties n'est pas conforme au paragraphe 1 de l'article 31. À titre d'exemple, les États-Unis, État non partie, ne prévoient aucune interdiction de la sorte dans le droit national. Un apatride qui viole la loi des États-Unis sur l'immigration est renvoyé même en l'absence de raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. La mise en œuvre du renvoi est souvent difficile, mais les États-Unis peuvent chercher à procéder au renvoi de l'apatride vers le pays de son dernier lieu de résidence habituelle ou vers un autre pays adapté conformément à la loi des États-Unis.

Article 8. Autres règles spécifiques à l'expulsion des réfugiés et des apatrides

EL SALVADOR

1. Le projet d'article 8 est une clause de sauvegarde très utile car elle permet de préciser que le projet n'a pas d'incidence sur les obligations découlant d'autres normes du droit international en la matière.

2. Cependant, de l'avis d'El Salvador, cette clause ne saurait annuler les considérations exposées plus haut relativement au principe de non-refoulement des réfugiés et à la nécessité de restituer son évolution dans le projet d'articles, en vue de s'assurer que les États offrent la protection voulue à ce groupe vulnérable.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Si le projet d'article 3 est modifié conformément aux recommandations des États-Unis qui précèdent, le présent projet d'article peut être supprimé. Si le projet d'article 3 n'est pas modifié, le projet d'article 8 doit également être élargi comme suit :

« Les règles applicables à l'expulsion des étrangers prévues dans le présent projet d'articles sont sans préjudice d'autres règles applicables du droit international concernant l'expulsion des étrangers, en particulier les règles relatives aux droits de l'homme. »

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

Voir les observations formulées ci-dessus au titre des observations générales.

Article 9. Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Les États-Unis comprennent que le projet d'article 9 ne vise pas les situations dans lesquelles un individu renonce volontairement et intentionnellement à sa nationalité, et estiment qu'il serait utile de l'indiquer dans le commentaire, peut-être au paragraphe 3.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE
ET D'IRLANDE DU NORD

1. Le projet d'article 9 gagnerait à être clarifié. Le Royaume-Uni utilisera la déchéance de nationalité en cas de fraude ou pour protéger la population, même si les motifs de déchéance peuvent aussi être des motifs d'expulsion en tant que tels.

2. Le Royaume-Uni propose que le texte de l'article soit reformulé comme suit :

« Un État ne peut faire de son national un étranger, par déchéance de sa nationalité, aux seules fins de l'expulser ; il n'en reste pas moins que les motifs de déchéance, qui sont prévus par la loi, peuvent aussi être des motifs d'expulsion en tant que tels. »

Article 10. Interdiction de l'expulsion collective

ALLEMAGNE

Le paragraphe 2 du projet d'article 10 pose l'interdiction de l'expulsion collective des étrangers. Étant donné qu'il s'agit là d'une règle générale applicable à tous les étrangers quel que soit le groupe auquel ils appartiennent, il est superflu, selon l'Allemagne, de mentionner expressément un groupe particulier (les travailleurs migrants).

AUSTRALIE

L'Australie relève également que d'autres articles du projet, comme le projet d'article 10 relatif à l'interdiction de l'expulsion collective, codifient des droits consacrés par des instruments universels (en l'occurrence, la

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille) auxquels elle n'est pas partie. Étant donné l'appui limité dont bénéficie cette convention auprès des États d'accueil, l'Australie considère qu'elle ne représente pas le droit international coutumier et recommande à la Commission de faire preuve de prudence en ce qui concerne sa codification dans le projet d'articles.

EL SALVADOR

1. Au paragraphe 1 du projet d'article 10, l'« expulsion collective » est définie comme l'expulsion d'étrangers en tant que groupe. Cette formulation pourrait prêter à confusion car elle englobe tous les étrangers dans une seule entité collective.

2. Les problèmes d'interprétation qu'elle pourrait entraîner apparaissent évidents car le projet d'article 10 ne devrait pas seulement interdire l'expulsion des étrangers comme un seul groupe mais également la sélection arbitraire de petits groupes de personnes étrangères en vue de les expulser sans procédure de décision individuelle conforme à la loi.

3. Au paragraphe 3, l'expulsion « concomitamment » des membres d'un groupe d'étrangers est autorisée à condition que la mesure d'expulsion soit prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des membres qui forment le groupe. Ce paragraphe fait assurément référence à divers instruments relatifs aux droits de l'homme, mais il faudrait en modifier quelque peu le libellé pour le rendre plus intelligible.

4. Premièrement, il faut remplacer l'adverbe « concomitamment » par « simultanément », qui exprime avec plus d'exactitude l'idée que si les expulsions se produisent au même moment, elles succèdent néanmoins à des examens distincts de chaque cas individuel.

5. Deuxièmement, bien que le troisième paragraphe dispose que l'examen doit être effectué en fonction de la situation particulière de chaque personne, il convient de choisir des termes plus précis pour indiquer que cet examen doit être individuel et conforme à une procédure prévue par la loi.

6. Par ailleurs, le quatrième paragraphe devrait seulement renvoyer aux règles applicables en cas de conflit armé. Il est particulièrement problématique de spécifier « impliquant l'État expulsant » car, dans ce domaine, il convient également de déterminer quel est l'autre État impliqué dans le différend. Il est donc recommandé d'adopter une formulation plus générale pour que le paragraphe puisse véritablement servir sa fonction de clause de sauvegarde.

7. Il est proposé d'adopter le libellé suivant pour le projet d'article 10 :

« 1. Aux fins du présent projet d'articles, l'expulsion collective s'entend de tout acte consistant à obliger un groupe de personnes étrangères à quitter le territoire d'un État.

«2. L'expulsion collective des étrangers, y compris des travailleurs migrants et des membres de leur famille, est interdite.

«3. Un État peut expulser simultanément les membres d'un groupe d'étrangers, à condition que leur expulsion soit décidée en application de la loi et au terme de procédures individuelles.

«4. Le présent projet d'articles est sans préjudice des règles de droit international applicables à l'expulsion des étrangers en cas de conflit armé.»

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Même si ni le projet d'article 10 ni le commentaire ne définissent le terme «groupe», les États-Unis comprennent que le projet d'article renvoie aux situations dans lesquelles plus d'un étranger est expulsé sans déterminer individuellement si la situation de chacun des étrangers concernés justifie l'expulsion. Ainsi, tant que chaque étranger au sein d'un groupe reçoit une évaluation individualisée, l'expulsion peut se poursuivre, même si elle entraîne l'expulsion de plusieurs étrangers à la fois ou d'un groupe d'étrangers.

2. D'autre part, les États-Unis comprennent que, conformément au projet d'article 2 a, ce projet d'articles ne vise pas la décision d'un État de ne pas admettre des étrangers d'une certaine nationalité ou originaires d'un certain pays, ou de leur refuser l'entrée.

3. Les États-Unis reconnaissent que l'identification expresse des «travailleurs migrants et des membres de leur famille» dans le paragraphe 2 du projet d'article 10 vise probablement à souligner la vulnérabilité de ce groupe particulier. Toutefois, compte tenu des groupes nombreux et variés susceptibles de relever du champ d'application de ce projet d'articles, tous ayant vraisemblablement droit à la même protection, les États-Unis proposent de supprimer les mots «y compris des travailleurs migrants et des membres de leur famille» pour éviter toute conséquence dommageable pour d'autres groupes.

4. Si les termes «examen raisonnable et objectif» ne sont pas en soi contestables, ils introduisent un critère qui ne figure dans aucune autre disposition du projet d'articles. Dans la mesure où le paragraphe 3 du projet d'article 5 établit déjà des principes similaires applicables à l'examen de toute expulsion, la Commission devrait envisager de renvoyer à ce projet d'article et de reformuler la phrase comme suit :

«et sur la base d'un examen de la situation particulière de chacun des membres qui forment le groupe conformément aux critères énoncés au paragraphe 3 du projet d'article 5».

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

1. Il est possible d'interpréter l'expression «expulsion collective» comme l'expulsion d'un groupe de personnes dont chacune a vu son cas particulier faire l'objet d'un examen raisonnable et objectif mais qui se trouvent expulsées ensemble à bord d'un même avion ou navire. Une telle situation doit être distinguée de l'expulsion

collective envisagée au projet d'article 10. Dans ces conditions, le projet d'article pourrait être révisé pour contenir la réserve suivante: «l'expulsion n'est pas considérée comme collective si chaque étranger du groupe considéré a fait l'objet d'un examen raisonnable et objectif de son cas particulier préalablement à son expulsion».

2. Le paragraphe 2 a pour objet de protéger les droits des travailleurs migrants et de leur famille mais il limite excessivement la souveraineté de l'État territorial. Il convient également de mentionner que seuls 47 pays avaient ratifié, en janvier 2014, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. Dans ces conditions, il serait souhaitable de supprimer ce paragraphe.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

1. Le Royaume-Uni suggère que le texte de ce projet d'article soit modifié. Il est entièrement d'accord avec le fait que les expulsions collectives devraient être interdites. Cela étant, la législation britannique autorise expressément l'expulsion ou le renvoi de membres de la famille. Les droits individuels de chaque personne faisant l'objet d'une mesure d'expulsion sont examinés au cas par cas.

2. Le Royaume-Uni propose que le paragraphe 2 du projet d'article soit reformulé comme suit :

«L'expulsion collective des étrangers, y compris des travailleurs migrants, est interdite sauf dans les conditions prévues au paragraphe 3.»

Article 11. Interdiction de l'expulsion déguisée

ALLEMAGNE

1. L'Allemagne avait précédemment indiqué qu'à son avis, le champ d'application du projet d'article 11 n'était pas précisément délimité et, en particulier, que la définition de l'«expulsion déguisée» en son paragraphe 2 risquait de donner lieu à des interprétations trop générales. L'Allemagne accueille donc avec satisfaction la clarification apportée au paragraphe 2 du projet d'article 11.

2. Elle souhaite cependant rappeler qu'à son avis, il conviendrait d'inclure dans le projet d'article 11 une autre clarification, précisant que les actes que prend l'État conformément à ses propres lois, pour autant qu'ils soient raisonnables, ne peuvent être interprétés comme des actions donnant lieu à une expulsion déguisée.

AUTRICHE

Comme elle l'a indiqué dans ses observations concernant le projet d'article 2, l'Autriche estime que l'expulsion ne peut résulter que d'un acte juridique de l'État. Le projet d'article 11 doit être modifié en conséquence.

CANADA

1. Le projet d'article 11 dispose que

l'expulsion déguisée s'entend du départ forcé d'un étranger d'un État, résultant indirectement d'actions ou d'omissions dudit État, y compris

les situations où cet État *appuie ou tolère** des actes commis par ses nationaux ou d'autres personnes, avec l'intention de provoquer le départ d'étrangers de son territoire.

2. Tel qu'il est rédigé, le projet d'article 11 élargit les conditions d'engagement de la responsabilité de l'État à des situations où le comportement d'un individu n'est pas attribuable à l'État ni ne constitue un manquement à une obligation internationale. Concernant tous deux l'expulsion attribuable à l'État, les projets d'articles 2 et 11 devraient prévoir les mêmes critères d'attribution que ceux définis dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹.

¹ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Comme indiqué précédemment, les États-Unis ont des préoccupations importantes quant au concept de l'«expulsion déguisée», tel qu'énoncé dans le projet d'article 11. Les États-Unis estiment que la nature et les contours de l'«expulsion déguisée» n'ont pas été suffisamment abordés et définis dans la pratique et la jurisprudence existantes des États pour permettre la codification de la question, comme dans ce projet d'article. Dans la mesure où celui-ci reflète davantage une proposition de développement progressif du droit, le texte qui y figure est inacceptable car trop large et ambigu.

2. Le commentaire est essentiellement fondé sur la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains et de la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie. Comme le reconnaît le commentaire, «un seuil particulièrement élevé» doit être exigé pour établir un cas d'expulsion déguisée et, de fait, la jurisprudence est très limitée dans la mesure où peu de cas d'expulsion déguisée ont été établis. Ainsi, les États ou les tribunaux internationaux doivent procéder à un examen approfondi de questions importantes concernant les différents éléments nécessaires pour établir un cas d'expulsion déguisée.

3. Les États-Unis pensent que le projet d'article 11, même lorsqu'il est lu conjointement avec le commentaire, présente de nombreuses failles en raison de ce manque de clarté et de consensus. Par exemple, en utilisant les termes «actions ou [...] omissions», comme dans le projet d'article 2 *a*, ce projet d'article semble s'inspirer des principes de la responsabilité étatique. Voir l'article 2 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹. Toutefois, dans la mesure où le projet d'article engagerait la responsabilité de l'État en raison des actions de ses nationaux ou d'autres personnes, on est en droit de se demander, notamment dans le cadre d'«omissions», quelles obligations internationales un État aurait envers ses nationaux ou d'autres personnes dans le cadre de l'expulsion d'étrangers. De plus, le projet d'article 11 ne prévoit pas de critère d'attribution à l'État, bien que cet élément soit présent dans le projet d'article 2 *a* et dans le commentaire. En outre, il est évident que le terme «tolère» est excessivement large compte tenu du «seuil élevé» susmentionné; ce terme

¹ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

pourrait entraîner des réclamations en responsabilité de l'État pour une large gamme d'actions commises par des tiers sur lesquels l'État a peu de moyen de contrôle voire aucun. Le texte ne précise pas non plus suffisamment que l'élément essentiel de l'intention s'applique à l'État et non à «ses nationaux ou [à] d'autres personnes». Enfin, comme indiqué précédemment, ce projet d'article emploie l'expression «départ forcé» tandis que le projet d'article 2 *a* utilise les termes «contraint de quitter».

4. Si l'on tient particulièrement compte des incidences potentielles sur la responsabilité de l'État et sur les obligations d'un État en ce qui concerne le comportement de ses nationaux, d'autres personnes, et même d'entités gouvernementales infranationales, les États devraient soigneusement et consciencieusement envisager une formulation définitive du concept d'«expulsion déguisée» avant qu'il ne soit admis comme règle du droit international d'application générale. Par conséquent, les États-Unis recommandent la suppression de ce projet d'article.

PAYS-BAS

Les Pays-Bas estiment que le projet d'article 11, portant interdiction de l'expulsion déguisée, manque de clarté quant à son champ d'application et ils demandent instamment à la Commission de ne pas l'adopter en l'état. Par ailleurs, le projet d'article n'est pas conforme au principe néerlandais qui subordonne le droit aux prestations sociales à la situation au regard du séjour. Selon ce principe, introduit par la loi sur le droit aux prestations sociales (situation au regard du séjour)¹ [*Koppelingswet*], les étrangers qui ne séjournent pas régulièrement dans le pays ne sauraient prétendre aux prestations et aux aides sociales. Cette loi répond à un objectif politique, qui est de dissuader les étrangers de séjourner irrégulièrement aux Pays-Bas et d'éviter que les autorités néerlandaises ne facilitent le séjour des étrangers en situation irrégulière en leur permettant de bénéficier des prestations et des aides sociales. Les Pays-Bas accordent une importance cruciale au principe subordonnant le droit aux prestations sociales à la situation au regard du séjour.

¹ Adoptée le 26 mars 1998.

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

La définition de l'expulsion déguisée manque de précision, ce qui revient à limiter excessivement le droit de l'État en ce qui concerne l'expulsion. Cette disposition gagnerait en précision si la réserve ci-après était ajoutée: «l'expulsion n'est pas considérée comme déguisée si l'État exerce son droit d'expulser l'étranger conformément à sa législation interne et si l'exercice de ce droit est raisonnable».

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

1. Le Royaume-Uni trouve que ce projet d'article est particulièrement problématique et le trouve inacceptable en l'état. Il estime qu'il devrait être modifié de manière qu'il fasse spécifiquement référence aux mesures prises contre les étrangers qui se trouvent légalement sur son territoire. Il craint que cet article ne soit invoqué à l'encontre

de certaines mesures prises pour faciliter l'expulsion des étrangers en situation irrégulière, par exemple les mesures d'aide à la réintégration pour ceux qui ne font pas appel. De même, la mise en détention, qui est déterminante pour que le Royaume-Uni puisse établir l'identité d'une personne ou pour protéger l'ordre public, pourrait être qualifiée d'action ou omission indirecte. Le projet d'article risque aussi d'entrer en conflit avec la législation en vigueur, ou en cours d'élaboration, qui vise à empêcher les migrants clandestins d'obtenir un emploi, des prestations sociales, un logement social, un permis de conduire et des services financiers, dans l'optique de dissuader l'immigration clandestine, d'encourager les départs volontaires par ceux qui seraient tentés d'étendre leur séjour de manière illicite et de faire en sorte que les ressources publiques soient, comme il se doit, allouées uniquement à ceux qui sont légalement autorisés à vivre dans le pays. Le Royaume-Uni craint également que ce projet d'article n'entrave directement les mesures qu'il prend en rapport avec ceux qui font l'objet d'une enquête judiciaire et dont les avoirs ont été gelés pendant la durée de l'enquête. De même, le Royaume-Uni impose des restrictions aux activités de certains individus à haut risque, en leur octroyant des autorisations restreintes, et peut également prendre à leur encontre des mesures liées à la prévention du terrorisme, indépendamment de leur statut au regard de l'immigration.

2. Le Royaume-Uni propose que le projet d'article soit reformulé comme suit :

« 1. Toute forme d'expulsion déguisée et arbitraire d'un étranger est interdite.

« 2. Au sens du présent projet d'articles, l'expulsion déguisée s'entend du départ forcé d'un étranger d'un État, résultant indirectement d'actions ou d'omissions dudit État, lorsque cet État appuie ou tolère des actes illicites commis par ses nationaux ou d'autres personnes, avec l'intention de provoquer le départ d'étrangers de son territoire.

« 3. Les actions ou omissions de l'État ne sont pas considérées arbitraires si, pour autant qu'elles répondent aux dispositions du droit interne, elles sont dans l'intérêt légitime du contrôle de l'immigration ou visent à expulser des étrangers se trouvant illégalement sur le territoire. »

Article 12. Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation de biens

FÉDÉRATION DE RUSSIE

1. Des doutes subsistent au sujet du projet d'article 12.

2. En premier lieu, si l'idée qui le sous-tend mérite appui, l'on ne peut s'empêcher de noter que le fait d'évaluer les buts et intentions des États peut, en pratique, être une tâche très complexe. En outre, de l'avis de la Fédération de Russie, il pourrait bien y avoir des situations où les actes commis par une personne dans un État donné pourraient, lorsqu'ils sont pris ensemble, conduire, selon la loi de l'État, à une expulsion et à la confiscation de biens en tant que sanctions distinctes. On ne peut guère justifier une non-application des dispositions relatives à la confiscation au seul motif que l'intéressé fait également

l'objet d'expulsion. Dans ce cas, les étrangers seraient dans une situation privilégiée par rapport aux nationaux de l'État, auxquels la mesure de confiscation pourrait toujours s'appliquer pour les mêmes actes.

3. En deuxième lieu, le libellé actuel du projet d'article 12 pourrait, semble-t-il, exiger plus de nuances.

4. D'une part, l'interdiction en question ne devrait peut-être viser que les actes susceptibles de priver illégalement un étranger de ses biens. Cette approche est reflétée dans les commentaires, où il est indiqué à juste titre que « [l]e projet d'article 12 énonce l'interdiction des expulsions confiscatoires, à savoir celles qui ont pour objectif de priver illégalement un étranger de ses biens ». Dans le même temps, il s'ensuit du libellé actuel du projet d'article que l'interdiction d'expulser est absolue, c'est-à-dire qu'elle vise également les cas où l'expulsion et la confiscation sont nécessaires dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, lorsqu'il s'agit de confisquer des biens illégalement acquis, etc.

5. D'autre part, ce projet d'article doit assurer un niveau de protection suffisant aux droits de propriété des étrangers objets de l'expulsion, d'autant que l'expression utilisée dans le libellé du projet d'article – « confiscation des biens » – soulève certaines questions (au passage, le terme *собственность* [*property*] est utilisé dans la traduction du projet d'article en russe au lieu du terme *активы* [*assets*]; il faudra probablement apporter une correction). Même si le libellé, pour autant qu'on puisse le dire, est emprunté à l'article 9 de la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent¹, il ne couvre pas, de manière textuelle, les actes de l'État qui ne sont pas directement liés à la confiscation elle-même, mais qui conduisent néanmoins à restreindre certains droits de propriété de l'étranger objet de l'expulsion.

6. Dans ce contexte, la Fédération de Russie appelle de nouveau l'attention sur l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*², dans le cadre de laquelle la Guinée a présenté des requêtes contre la République démocratique du Congo en rapport avec, entre autres, le fait que l'expulsion violait les droits de M. Diallo de contrôler et de gérer les entreprises commerciales Africom-Zaire et Africontainers-Zaire et, en conséquence, portait préjudice aux entreprises et à M. Diallo lui-même en tant que propriétaire. En d'autres termes, les actes illicites – de l'avis de la Guinée – de la République démocratique du Congo n'étaient pas directement associés à la « confiscation des biens » (« avoirs ») dans le sens du projet d'article 12. Cette prétention de la Guinée a été en fin de compte rejetée par la Cour internationale de Justice, car elle n'a pas trouvé de raisons permettant d'affirmer que l'expulsion en soi créait des obstacles réels empêchant M. Diallo de gérer depuis l'étranger les entreprises qui lui appartenait. Dans le même temps, selon la Fédération de Russie, il s'ensuit de la logique de cet arrêt que si l'expulsion, pour une raison ou une autre, devait créer de tels obstacles, la question qui se poserait serait

¹ Résolution 40/144 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 1985.

² *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639.

la violation par la République démocratique du Congo de ses obligations internationales.

7. La Cour européenne des droits de l'homme a, à plusieurs reprises, énoncé une position juridique complexe dans ses arrêts¹.

8. Compte tenu de ce qui précède, la Fédération de Russie pense qu'il faudrait, dans le libellé définitif du projet d'article 12, trouver un équilibre entre, d'une part, les intérêts de l'État et, d'autre part, les intérêts associés à la protection des droits de propriété des étrangers faisant l'objet d'expulsion. En outre, la Fédération de Russie part du fait que le projet d'article 12 doit être examiné en parallèle avec le projet d'article 30, qui prévoit des garanties pour la protection des intérêts des étrangers dans l'État expulsant, étant entendu notamment que, à l'ère de la mondialisation, le fait qu'un étranger se retrouve hors d'un État ne doit pas être considéré comme un obstacle à l'exercice de ses droits de propriété dans cet État.

¹ Voir, par exemple, les affaires *Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, par. 35, CEDH 2004-IX; et *Slivenko et autres c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, par. 121, CEDH 2003-X.

Article 13. Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition

CANADA

Le projet d'article 13 interdit de recourir à l'expulsion aux fins de «contourner» les procédures d'extradition. Le Canada craint que le mot «contourner» n'évoque pas comme il conviendrait l'idée de but illégitime ou de mauvaise foi que suggère la disposition. Ce que signifie le projet d'article, c'est qu'un État ne saurait utiliser la procédure d'expulsion à seule fin d'éviter une procédure d'extradition quand aucun but légitime en matière d'immigration ne justifie par ailleurs l'expulsion. Le Canada préférerait que l'article soit libellé comme suit: «Un État ne doit pas recourir à l'expulsion, en l'absence de but légitime en matière d'immigration, à seule fin d'éviter l'extradition.»

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Les États-Unis pensent que ce projet d'article souffre d'un manque de clarté quant au préjudice précis qu'il entend écarter, compte notamment tenu de la prérogative qu'ont les États de recourir à un ensemble de mécanismes légaux pour faciliter le transfert d'un individu vers un autre État lorsqu'il est recherché dans le cadre de procédures pénales.

2. Premièrement, les États-Unis supposent, à des fins d'analyse, que l'emploi du terme «en cours» signifie que cette disposition ne s'applique pas aux situations dans lesquelles aucune demande d'extradition n'a été présentée, ni aux situations dans lesquelles une demande d'extradition a été rejetée ou résolue d'une autre manière. Toutefois, la Commission ne présente pas le fondement de son affirmation au paragraphe 1 du commentaire en ce qui concerne le principe de la procédure «en cours» et les États-Unis se demandent s'il existe un consensus international sur cette question. À tout le moins, le titre du projet d'article devrait inclure la mention «en cours» pour faire pendant au texte du projet d'article.

3. Plus important encore, on ne sait pas du tout quel comportement sera considéré par la Commission comme constituant un «contournement» d'une procédure d'extradition. Comme il ressort du commentaire, un État peut légitimement recourir à une large gamme de bases légales, notamment des atteintes à la sécurité nationale ou à la loi sur l'immigration, pour justifier le transfert d'un individu recherché par un autre État dans le cadre de procédures pénales. Si l'on tient particulièrement compte de l'augmentation des activités criminelles transnationales, les États-Unis pensent qu'il est essentiel de donner un sens suffisamment précis au concept de «contournement» de manière à ne pas décourager ou entraver la coopération entre les États dans ce domaine. Pour finir, une règle relative à cette question devrait indiquer plus clairement le préjudice qu'elle entend écarter, et tenir compte davantage des pratiques étatiques en la matière.

4. Les États-Unis proposent la révision de ce projet d'article afin de répondre à ces préoccupations, sinon sa suppression.

RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

1. La République tchèque souhaite faire part des craintes que lui inspire le projet d'article 13 portant interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition. Tout en n'utilisant pas ces méthodes, elle est d'avis, confortée en cela par la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, que, dans le cas où l'étranger faisant l'objet d'une procédure d'extradition est également en situation irrégulière sur le territoire national, il appartient à l'État de décider des moyens propres à régler la question du séjour irrégulier de cette personne.

2. La République tchèque estime par ailleurs que le libellé du projet d'article 13 n'est pas clair. On ne sait pas quelles phases de la procédure d'extradition sont visées par les mots «en cours», étant donné que les procédures s'ouvrent de façon différente d'un État à l'autre. La procédure peut en effet commencer au moment même où l'étranger est arrêté, au moment où est émise la demande d'extradition ou encore, dans les pays de *common law*, lorsque est délivré l'«arrêté introductif d'instance». En raison des différences qui existent entre les systèmes juridiques nationaux, le projet d'article reste flou.

TROISIÈME PARTIE

PROTECTION DES DROITS DES ÉTRANGERS OBJETS DE L'EXPULSION

CHAPITRE I

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 14. Obligation de respecter la dignité humaine et les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion

CANADA

Le projet d'articles, n'étant pas un accord relatif aux droits de l'homme, ne saurait «énoncer» des droits de

l'homme. Le Canada recommande donc la suppression du membre de phrase «notamment ceux énoncés dans le présent projet d'articles» figurant au paragraphe 2 du projet d'article 14.

EL SALVADOR

1. Le paragraphe 1 du projet d'article 14 revêt une importance cruciale et il est donc proposé d'en renforcer la teneur en énonçant les différents principes relatifs à la dignité humaine, tels que ceux de l'humanité, de la légalité et d'une procédure régulière, qui doivent être respectés à toutes les étapes de la procédure d'expulsion, y compris au moment de l'expulsion proprement dite, et pas seulement au stade de l'adoption de la décision.

2. Quant au paragraphe 2, il doit être libellé sans ambiguïté possible, et l'expression «il a droit» n'est pas satisfaisante, dans la mesure où on risque d'y lire la concession d'une simple prérogative alors qu'il s'agit en fait d'une obligation préexistante et incontournable pour tous les États, à savoir le respect et la garantie des droits de l'homme de tout un chacun.

3. Il est donc suggéré de remplacer l'expression susmentionnée par une formulation qui dénote mieux le caractère obligatoire du respect des droits de l'homme et le fait que leur rôle central a été largement consacré.

4. Le libellé suivant est proposé:

«1. Tout étranger objet d'une expulsion est traité conformément aux principes de légalité, de procédure régulière, d'humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine pendant toutes les étapes de la procédure d'expulsion.

«2. On respectera tous les droits de l'homme de la personne objet de l'expulsion, notamment ceux énoncés dans le présent projet d'articles.»

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Le membre de phrase «objet de l'expulsion», employé dans ce projet d'article et tout au long de la troisième partie, reste vague quant à la question de savoir s'il couvre les étrangers qui sont véritablement en cours d'expulsion ou tous les étrangers qui sont sans statut d'immigrant légal ou qui pourraient par ailleurs faire l'objet de procédures de renvoi. Compte tenu du contexte de cette section et des versions antérieures de ce projet d'articles, il semble que le sens visé est le premier sens; cependant, le sens de cette phrase doit être précisé dans le commentaire.

PAYS-BAS

Le premier paragraphe du projet d'article 14 fait du respect de la dignité inhérente à la personne humaine un droit de l'homme à part entière, sans toutefois définir précisément la teneur de ce droit. Le second paragraphe de l'article, qui prescrit le respect des droits de l'homme en général, suffirait à garantir lesdits droits et rend donc inutile le premier paragraphe. De plus, le fait d'inclure le paragraphe 1 du projet d'article 14 et le projet d'article 18 dans le même projet d'article pourrait laisser penser que le paragraphe 1 du projet d'article 14 ajoute quelque chose

de plus, ce qui n'est pas le cas. Selon les Pays-Bas, il serait inacceptable d'élargir davantage la portée de la prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants énoncée au projet d'article 18.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE
ET D'IRLANDE DU NORD

1. À ce stade, le Royaume-Uni n'a pas de commentaires à formuler sur ce projet d'article.

2. Toutefois, le Royaume-Uni a pris note de la déclaration faite par l'Union européenne et des modifications proposées au projet d'article 14¹. Il encourage activement les départs volontaires, mais se refuse à fixer un délai. Le laps de temps octroyé dépend de chaque cas d'espèce, ainsi a-t-il adopté des directives sur le fait de ne pas procéder à l'expulsion lorsque des enfants sont en train de préparer des examens importants.

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

Article 15. Obligation de non-discrimination

CANADA

Le Canada recommande d'inclure l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination énumérés au projet d'article 15.

DANEMARK (AU NOM DES PAYS NORDIQUES)

Les pays nordiques souscrivent pleinement au commentaire de l'Union européenne¹ tendant à inclure l'orientation sexuelle dans le projet d'article 15.

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

EL SALVADOR

1. Comme le projet d'article 15 est consacré à l'un des droits de l'homme, il ne serait pas bon de l'ouvrir sur l'affirmation d'un droit de l'État, car cela risquerait de conduire à des interprétations erronées.

2. Par ailleurs, le paragraphe 2 doit être plus précis et contraignant, puisqu'il a été largement reconnu en droit international que la non-discrimination est un principe de *ius cogens* qui s'applique à tous les droits de l'homme.

3. Ainsi, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a déclaré dans son avis consultatif sur le statut juridique et les droits des migrants sans papiers que

[L]e principe de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination imprègne tous les actes du ressort de l'État, quelles qu'en soient les manifestations, dans le cadre du respect et de la garantie des droits de l'homme. Ce principe peut être considéré comme une norme impérative du droit international général, en ce qu'il s'applique à tous les États, qu'ils soient ou non parties à un traité, et qu'il a des effets sur des tiers, y compris les particuliers. Ainsi, tant à l'échelle internationale que sur le plan interne, l'État ne saurait contrevenir au principe de l'égalité et de la non-discrimination au détriment d'un groupe de personnes donné,

que ce soit dans l'exercice de l'un de ses pouvoirs ou par l'intermédiaire de tiers agissant sous sa tolérance, avec son assentiment ou par suite de sa négligence¹.

4. Compte tenu de ce qui précède, le libellé suivant est proposé :

« 1. L'État ne procédera à aucune expulsion pour des raisons discriminatoires fondées notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, ou sur tout autre motif non admis en droit international.

« 2. Toute personne faisant l'objet d'une mesure d'expulsion jouira de ses droits de l'homme sans discrimination. »

¹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (« Statut juridique et droits des migrants sans papiers »), avis consultatif OC-18/03 du 17 septembre 2003, sollicité par les États-Unis du Mexique, série A n° 18, par. 100.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Les États-Unis comprennent que, conformément au projet d'article 2 *a*, le présent projet d'articles ne vise pas la décision d'un État de ne pas admettre des étrangers ou de leur refuser l'entrée en se fondant, par exemple, sur leur nationalité.

2. S'agissant des étrangers qui se trouvent sur le territoire d'un État, l'ampleur du projet d'article 15 ne trouve pas de fondement dans les traités existants portant sur l'expulsion ou le non-refoulement. Si le principe général de non-discrimination existe en droit des droits de l'homme, le principe s'applique uniquement à certains types de comportement d'un État, non à tous ses comportements, et le commentaire n'établit pas que, en application du droit international en vigueur, ce principe s'applique en particulier au comportement d'un État dans le cadre de l'expulsion d'étrangers.

3. De plus, le projet d'article 15 s'oppose clairement au projet d'article 3, lequel reconnaît le droit général d'un État d'expulser un étranger pour diverses raisons. Par exemple, le projet d'article 15 semble interdire à un État d'expulser les étrangers ennemis en temps de guerre, dans la mesure où il s'agirait d'un acte discriminatoire fondé sur la nationalité, même si le projet d'article 10, paragraphe 4, semble autoriser une telle expulsion. De façon plus générale, la loi et la politique des États-Unis sur l'immigration – que les États-Unis estiment conformes à des politiques similaires d'autres États – autorisent la classification fondée sur la nationalité, pour autant qu'un fondement rationnel justifie la classification [voir, par exemple, *Kandamar v. Gonzales*, 464 F.3d 65, 72-74 (1st Cir. 2006); *Narenji and others v. Civiletti*, 617 F.2d 745,747 (D.C. Cir. 1979)].

4. Même l'interdiction de discrimination fondée sur la « fortune » est problématique. Par exemple, conformément au droit des États-Unis, certains motifs d'inadmissibilité prévus au paragraphe 1182 *a* du titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.), tels que le motif de la

charge publique, exigent que le Gouvernement examine les biens, les ressources et le statut financier d'un étranger afin de se prononcer sur son admissibilité. De plus, la législation des États-Unis permet l'admission d'entrepreneurs étrangers dont le statut de résident permanent est « conditionnel », mais ces étrangers peuvent être renvoyés en cas de non-respect des conditions de leur statut, notamment l'investissement d'une quantité précise de capitaux (ibid., par. 1186 *b*). L'interdiction de discrimination prévue dans le projet d'article 15 et fondée sur la « situation » est particulièrement problématique, dans la mesure où la décision de renvoyer un étranger, et le nombre de procédures et de recours potentiels autorisés pendant la procédure de renvoi dépendent notamment en grande partie de la question de savoir si l'étranger a été admis aux États-Unis ou s'il est un résident permanent en toute légalité. Ce projet d'articles introduit une discrimination entre les étrangers en fonction de leur « situation » et dans certains cas, accorde moins de droits aux étrangers en situation irrégulière sur le territoire d'un État.

5. Enfin, compte tenu particulièrement de l'affirmation figurant au paragraphe 2 du commentaire, selon laquelle cette disposition couvre à la fois « la décision d'expulser ou de ne pas expulser », ce projet d'article risque de porter gravement atteinte à la prérogative – et à la nécessité, en raison des ressources limitées – qu'a un État d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer quelles procédures d'expulsion doivent être exécutées. L'exercice d'un tel pouvoir discrétionnaire implique souvent un ou plusieurs facteurs parmi ceux que ce projet d'article énumère, notamment en raison de l'ampleur potentielle des termes « toute autre situation ».

6. Les États-Unis considèrent que ce projet d'article n'est pas fondé sur le droit international ou la pratique internationale existants, qu'il a été mal conçu comme outil de développement progressif et qu'il doit donc être supprimé. S'il est retenu, le projet d'article doit être axé sur un volet particulier de la procédure d'expulsion dans le cadre duquel la discrimination doit être évitée, comme l'octroi de droits procéduraux conformément au projet d'article 26.

PAYS-BAS

Les Pays-Bas recommandent d'inclure spécifiquement l'« orientation sexuelle » parmi les motifs de discrimination énumérés au paragraphe 1 du projet d'article 15, comme l'a déjà proposé l'Union européenne¹. À défaut, le commentaire de ce paragraphe devrait expressément indiquer que, conformément à l'interprétation qu'en donne le Comité des droits de l'homme, ce motif est déjà couvert par la discrimination fondée sur le « sexe ».

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

1. Le Royaume-Uni objecte à ce projet d'article.
2. Le Royaume-Uni est favorable à l'objectif d'éliminer des discriminations illicites, mais trouve ce projet

d'article particulièrement problématique en ce qu'il est contraire à la législation et à la pratique britanniques en vigueur. L'annexe 3, paragraphe 17, de la loi sur l'égalité de 2010 autorise les discriminations fondées sur la nationalité ou l'origine ethnique lorsqu'il existe une autorisation en bonne et due forme. Le Royaume-Uni doit pouvoir prendre des mesures ciblées contre les groupes qui se trouvent illégalement sur son territoire et qui présentent une menace particulière pour son système migratoire, notamment en ayant la possibilité de décider de l'affectation des ressources des services de l'immigration en fonction de l'évolution des risques déterminés sur la base des renseignements recueillis et des informations statistiques disponibles.

Article 16. Personnes vulnérables

CUBA

1. En ce qui concerne le projet d'article 16, il est nécessaire de définir les concepts d'«enfants» et de «personnes âgées». Il y a là une imprécision et une ambiguïté, car on ne définit pas non plus une gamme d'âges dans chacun de ces cas, par rapport à laquelle la vulnérabilité de ces personnes peut être appréciée.

2. Cuba estime que la protection des femmes enceintes, prévue au projet d'article 16, doit être étendue à toutes les femmes, ainsi qu'aux enfants de sexe féminin. Elle doit aussi porter sur le processus d'expulsion tout entier. En conséquence il est proposé que le paragraphe 1 du projet d'article 16 commence par: «Les enfants des deux sexes, les femmes, les personnes âgées, les personnes handicapées, les femmes enceintes et d'autres personnes vulnérables faisant l'objet d'une expulsion ou en cours d'expulsion doivent [...]». Il est proposé également qu'au paragraphe 2 du projet d'article 16 mention soit faite aussi des enfants de sexe féminin.

EL SALVADOR

1. Au paragraphe 1, l'expression *personas de edad* («personnes d'un certain âge») dans la version espagnole manque de précision, car elle peut renvoyer à des personnes de n'importe quel âge, c'est-à-dire à n'importe laquelle des périodes dans lesquelles on subdivise la vie humaine. Il est donc proposé de la remplacer par *los adultos mayores* («les personnes âgées») dans un souci de clarté.

2. De même, le libellé du paragraphe 2 sur l'intérêt supérieur de l'enfant manque de clarté, par suite des difficultés de traduction de la Convention relative aux droits de l'enfant, et El Salvador propose d'utiliser dans la version espagnole la formulation *se atenderá primordialmente al interés superior del niño*.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Dans le cadre des procédures de renvoi, les États-Unis accordent aux enfants une protection et des soins extraordinaires, en particulier aux enfants étrangers non accompagnés [voir, par exemple, le paragraphe 1158 a 2 E et b 3 C (asile – compétence initiale), et le paragraphe 1232 (renforcement de la lutte contre

la traite des enfants) du titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.); voir également Guidelines for Immigration Court Cases Involving Unaccompanied Alien Children¹. Parallèlement, dans le cadre des questions relatives à l'expulsion, la législation des États-Unis n'impose pas la primauté de «l'intérêt supérieur» de l'enfant. Ainsi, les États-Unis proposent que le terme «primordiale» soit remplacé par «importante», ou que les termes «une considération primordiale» soient remplacés par «dûment pris en considération».

¹ États-Unis, Département de la justice, Executive Office for Immigration Review, Guidelines for Immigration Court Cases Involving Unaccompanied Alien Children, 22 mai 2007.

MAROC

Le projet d'article 16 énumère les sujets qui composent cette catégorie, à savoir les enfants, les femmes enceintes, les personnes âgées et les personnes handicapées. Mais bien qu'il fasse preuve de prévoyance, en étendant cette protection à «d'autres personnes vulnérables» pourvu qu'elles «soient considéré[e]s comme tel[le]s», il n'en reste pas moins qu'il soulève la question de savoir qui peut être considéré comme étant une personne vulnérable et selon quels critères.

CHAPITRE II

PROTECTION REQUISE DANS L'ÉTAT EXPULSANT

Article 17. Obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion

AUTRICHE

Cette disposition semble superflue étant donné que le devoir de protéger la vie de l'étranger découle déjà des obligations afférentes aux droits de l'homme.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Compte tenu de l'emplacement du projet d'article 17 au chapitre II de la troisième partie, les États-Unis comprennent que ce projet d'article porte essentiellement sur la protection de l'étranger pendant qu'il se trouve sur le territoire de l'État expulsant, tandis que les questions relatives au traitement de l'étranger sur le territoire de l'État de destination sont abordées au chapitre III de la troisième partie.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

À ce stade, le Royaume-Uni n'a pas de commentaire à formuler sur ce projet d'article. Il serait toutefois opposé à une interprétation extensive de ce projet d'article qui aurait pour effet d'imposer une obligation inconditionnelle de fournir des services de santé gratuits aux migrants clandestins ou d'accepter que les migrants clandestins ayant de graves problèmes de santé puissent invoquer la nécessité de continuellement recevoir des soins pour rester au Royaume-Uni en violation des lois sur l'immigration.

Article 18. Prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

AUTRICHE

Le libellé de ce projet d'article risque de porter à conclure qu'il n'y a pas lieu de respecter d'autres droits de l'homme que ceux qui sont présentement mentionnés.

Article 19. Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion

ALLEMAGNE

Le paragraphe 1 *b* du projet d'article 19 prescrit les conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion. De l'avis de l'Allemagne, le commentaire devrait poser en termes généraux la règle selon laquelle les étrangers devraient être détenus séparément des personnes condamnées à des peines privatives de liberté, sans prescrire des mesures concrètes à cet effet. En particulier, la condition relative au placement dans une « section séparée », selon les termes du paragraphe 3 du commentaire, risque d'être difficile à appliquer en pratique.

AUTRICHE

Le libellé du paragraphe 3 *a* du projet d'article 19 devrait être précisé pour faire ressortir l'idée exprimée dans le commentaire selon laquelle la détention est légale tant qu'on peut raisonnablement envisager la possibilité de l'expulsion, par exemple pendant la période d'examen de la nationalité de l'étranger ou pendant l'établissement des documents de voyage le concernant.

BELGIQUE

1. Il est demandé d'ajouter, après l'expression « ou par une personne exerçant les fonctions judiciaires », les mots « ou administratives ».

2. En effet, l'article 7, paragraphes 4 et 5, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers prévoit que le Ministre ou son délégué peut prolonger la détention de l'étranger. Une telle décision est passible d'un recours auprès de la Chambre du Conseil (article 72 de la loi).

CANADA

1. En ce qui concerne le projet d'article 19, le Canada exprime sa préoccupation quant à l'obligation de détenir les étrangers faisant objet d'une expulsion séparément des autres personnes incarcérées, « sauf dans des circonstances exceptionnelles ». La séparation des deux groupes de détenus étant parfois impossible à réaliser, le Canada préférerait que le paragraphe 1 *b* du projet d'article 19 soit libellé comme suit : « *Dans toute la mesure possible**, un étranger objet d'une expulsion doit être détenu séparément des personnes condamnées à des peines de privation de liberté. »

2. Le Canada reconnaît que la durée de détention ne doit pas être illimitée ou excessive. Par souci de clarté,

le Canada propose que le paragraphe 2 *a* du projet d'article 19 interdise toute détention d'une durée « indéfinie », au lieu d'« excessive ». De même, la détention devrait faire l'objet d'un examen à échéances « fixes » ou « prédéfinies », et non pas simplement « régulières ». Le Canada souhaite que le paragraphe 3 *a* du projet d'article 19 reprenne ces termes.

3. Par ailleurs, le paragraphe 2 *b* du projet d'article 19 ne devrait pas reconnaître aux seules juridictions le pouvoir de prendre des décisions en matière de détention. En droit canadien, les autorités administratives sont habilitées à prolonger la durée de détention. Les décisions en matière de détention ne sont donc pas du ressort exclusif des « juridiction[s] ou [des] personne[s] pouvant exercer les fonctions judiciaires ». Le Canada propose que le paragraphe 2 *b* du projet d'article 19 comprenne les mots « fonctions judiciaires ou parajudiciaires* ».

CUBA

Aux termes du paragraphe 1 *b* du projet d'article 19, à quelques exceptions près, l'étranger objet d'une expulsion doit être détenu séparément des personnes condamnées à des peines de privation de liberté. À cet égard, Cuba estime que la détention des étrangers qui font l'objet d'une expulsion doivent être détenus séparément non seulement des personnes condamnées, mais aussi des personnes détenues en application de mesures de prison préventive fondées sur une présomption de commission d'actes délictueux.

DANEMARK (AU NOM DES PAYS NORDIQUES)

1. Les pays nordiques souscrivent aux commentaires de l'Union européenne¹ concernant le projet d'article 19.

2. En outre, pour ce qui est de séparer les étrangers faisant l'objet d'expulsion des personnes condamnées à des peines privatives de liberté, les pays nordiques estiment qu'il devrait être possible de détenir les étrangers qui font l'objet d'expulsion pour avoir commis un crime et qui ont purgé une peine d'emprisonnement dans la prison où ils ont purgé leur peine.

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

EL SALVADOR

1. El Salvador note avec beaucoup de préoccupation que dans le projet d'article 19, la détention de la personne objet de l'expulsion est présentée comme la règle générale, et non comme une mesure à caractère exceptionnel, ce qui risque de se traduire par des actes en violation des droits fondamentaux de la personne, comme la liberté, l'intégrité et la présomption d'innocence.

2. À cet égard, il convient de rappeler que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ainsi que le droit interne de la plupart des États consacrent l'obligation de garantir le droit à la liberté de tous les

individus¹. À cet égard, il est indispensable que le projet d'articles consacre cette norme pour éviter toute détention arbitraire des étrangers², tant lors des procédures conventionnelles d'expulsion, que lors de pratiques qui peuvent potentiellement ou concrètement porter atteinte à la liberté de mouvement des étrangers, par exemple dans des salles de transit et d'identification, des centres de détention et des centres d'internement de diverse nature.

3. À cet égard, le document approuvé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme sur les Principes et bonnes pratiques de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques³ est particulièrement éclairant. Il consacre le droit fondamental de toutes les personnes privées de liberté d'être traitées humainement, dans le respect et la garantie de leur dignité, de leur vie et de leur intégrité physique, psychologique et morale.

4. Dans le document susmentionné, on entend par privation de liberté

une forme quelconque de détention, d'emprisonnement, d'institutionnalisation ou de garde d'une personne, pour des raisons d'assistance humanitaire, de traitement, de tutelle, de protection ou par cause de délits et d'infractions à la loi, ordonnée ou contrôlée *de facto* par une autorité judiciaire, administrative ou toute autre autorité, dans une institution publique ou privée, dans laquelle cette personne ne peut disposer de sa liberté ambulatoire. Sont censées entrer dans cette catégorie de personnes non seulement les personnes privées de liberté pour cause de délits ou des infractions ou pour cause d'infractions et de manquements à la loi, que celles soient mises en examens ou condamnées, mais aussi les personnes qui sont sous la surveillance et la responsabilité de certaines institutions telles que : [...] les centres pour migrants, réfugiés, demandeurs d'asile ou du statut de réfugié, apatrides et sans papiers ; ou toute autre institution analogue destinée à la privation de liberté des personnes⁴.

5. Par ailleurs, El Salvador ne voit pas pourquoi la Commission inclut dans le projet d'articles des droits comme le droit à la vie, à l'intégrité personnelle, à la vie de famille ou à l'égalité, alors qu'elle en exclut manifestement la reconnaissance de la liberté de la personne expulsée, bien qu'il s'agisse d'un droit fondamental dans ce type de processus.

¹ Ainsi, il est établi au paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que « [t]out individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi ». L'article 7 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme consacre ce droit sur le plan régional : « 1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. 2. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et dans des conditions déterminées à l'avance par les constitutions des États parties ou par les lois promulguées conformément à celles-ci. »

² À cet égard, au paragraphe 4 de son observation générale n° 21 relative à l'article 10, le Comité des droits de l'homme a interprété l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques comme voulant dire que « [t]raiter toute personne privée de liberté avec humanité et en respectant sa dignité est une règle fondamentale d'application universelle, application qui, dès lors, ne saurait dépendre des ressources matérielles disponibles dans l'État partie. Cette règle doit impérativement être appliquée sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinions politiques ou autres, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation », Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 40 (A/47/40), annexe VI, B.*

³ Adoptés par la Commission interaméricaine des droits de l'homme lors de sa 131^e période ordinaire de session, du 3 au 14 mars 2008.

⁴ Disposition générale.

6. Compte tenu de ce qui précède, il est suggéré d'ouvrir l'article par un nouveau paragraphe établissant que la liberté est la règle générale et que la détention ne doit être qu'une mesure strictement exceptionnelle à caractère provisoire, comme indiqué ci-après :

« 1. a) L'État expulsant respectera et garantira la liberté de la personne expulsée. Il ne saurait y avoir de détention qu'à titre exceptionnel et provisoire.

« b) La détention d'un étranger objet d'une expulsion ne doit pas avoir un caractère punitif.

« c) Lorsqu'un étranger objet d'une expulsion est détenu à titre provisoire, il doit l'être séparément des personnes condamnées à des peines de privation de liberté.

« 2. a) La durée de la détention ne peut être illimitée. Elle doit être limitée à un laps de temps qui est raisonnablement nécessaire à l'exécution de l'expulsion. Toute détention d'une durée excessive est interdite.

« b) La prolongation de la durée de la détention ne peut être décidée que par une juridiction ou par une personne pouvant exercer les fonctions judiciaires et pour une période définie.

« 3. a) La détention d'un étranger objet d'une expulsion doit faire l'objet d'un examen à échéances régulières fondé sur des critères précis définis par la loi. La personne détenue objet de l'expulsion a le droit de demander à tout moment le réexamen de la mesure de détention.

« b) Il est mis fin à la détention lorsque l'expulsion ne peut pas être mise à exécution, sauf lorsque les raisons en sont imputables à la personne objet de l'expulsion. »

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Les États-Unis pensent que les critères énoncés dans le projet d'article 19 sont généralement raisonnables, même s'ils aimeraient proposer quelques modifications. D'une manière générale, les États-Unis attachent une grande importance à des conditions de détention sûres, humaines et appropriées pour les individus placés en détention en vue de leur renvoi des États-Unis. Le Département de la sécurité intérieure est chargé de gérer la détention des étrangers (autres que les enfants étrangers non accompagnés) qui font l'objet d'une expulsion, y compris les conditions de détention, l'accès à une représentation juridique, et la sûreté et la sécurité des opérations dans l'ensemble des centres de détention du pays. Si, dans le cadre d'une procédure administrative, un étranger est déclaré coupable d'une violation de la loi des États-Unis sur l'immigration et fait l'objet d'un arrêté définitif de renvoi, il peut être détenu jusqu'à son renvoi, qui est généralement exécuté dans un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la conclusion de la procédure administrative. Voir le titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.), paragraphe 1231 a 1 A et 2. Toutefois, le maintien en détention d'étrangers pendant une période de cent quatre-vingts jours après un arrêté de renvoi est présumé raisonnable¹.

¹ *Zadvydas v. Davis et al., United States Reports*, vol. 533 (2001), p. 701.

2. Au paragraphe 1 *a* du projet d'article 19, les termes «pour cette seule raison» doivent être insérés après «pas» afin de tenir compte des étrangers qui font l'objet d'une expulsion et qui sont simultanément incarcérés en tant que criminels présumés.

3. Les États-Unis pensent que la formulation du paragraphe 1 *b* du projet d'article 19 est imprécise en ce sens qu'elle ne permet pas de déterminer si le projet d'article vise à empêcher les étrangers pouvant faire l'objet d'une détention dans le cadre de l'immigration d'être placés en détention pénale, ou à imposer une séparation entre les étrangers qui n'ont pas commis de crime et les étrangers qui en ont commis dans un centre de détention d'immigrants. Le commentaire indique que les étrangers peuvent être placés en détention pénale et que les étrangers qui n'ont pas commis de crime et qui font l'objet d'une expulsion peuvent être détenus dans le même centre que les étrangers qui ont commis un crime et qui font l'objet d'une expulsion. Cette disposition doit être révisée afin de correspondre plus précisément au préjudice qu'elle entend empêcher et en vue d'indiquer clairement que les étrangers détenus à des fins de renvoi, qu'ils aient ou non commis un crime, peuvent être détenus dans le même centre de détention que des individus détenus en application du droit pénal de l'État.

4. S'agissant du paragraphe 2 *b* du projet d'article 19, la prolongation de la durée de détention des immigrants ne doit pas nécessairement être décidée par une autorité judiciaire, en particulier s'il s'agit d'une prolongation de courte durée. Conformément au droit des États-Unis, par exemple, l'Executive Office for Immigration Review du Département de la justice examine les décisions de détention dans certaines situations, notamment pour les personnes qui ne font pas l'objet d'une détention obligatoire [voir le titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.), paragraphe 1226; et le titre 8 du *Code of Federal Regulations* (8 C.F.R.), par. 1003.19]. Par conséquent, les États-Unis recommandent de remplacer «les fonctions judiciaires» par «ces fonctions», ou de remplacer le membre de phrase «ne peut être décidée que par» par «doit être réexaminée par». Le cas échéant, une phrase supplémentaire, telle que la suivante, peut être ajoutée: «La prolongation de la durée de détention d'un étranger après qu'un arrêté de renvoi a été prononcé à son encontre doit faire l'objet d'un réexamen judiciaire.»

5. Le droit des États-Unis permet le maintien en détention d'étrangers expulsables dans des «circonstances particulières» (par exemple, maladie hautement contagieuse, terrorisme ou autres préoccupations liées à la sécurité, danger particulier pour le public) [voir le titre 8 du *Code of Federal Regulations* (8 C.F.R.), paragraphe 241.14; voir également le titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.), par. 1226a]. Par conséquent, les États-Unis insistent pour que le mot «généralement» soit inséré après «doit» au paragraphe 1 *b* du projet d'article 19, et après «peut» et «doit» au paragraphe 2 *a* du projet d'article 19, et pour que les termes «ou lorsqu'elle est nécessaire pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public» soient insérés à la fin du paragraphe 3 *b* du projet d'article 19.

PAYS-BAS

1. Eu égard au paragraphe 1 *a*, les Pays-Bas soulignent qu'en droit néerlandais la détention d'étrangers encourant

une expulsion n'a pas de caractère punitif. Toutefois, lorsque toutes les mesures administratives (dont la mise en détention) prises pour préparer et exécuter l'opération d'éloignement n'ont produit aucun résultat et que l'étranger se trouve toujours sur le territoire néerlandais sans motif légitime, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne autorise l'adoption de mesures à caractère punitif¹. L'adoption de mesures à caractère punitif n'est pas contraire aux droits de l'homme, pour autant qu'elles soient appliquées de façon proportionnée, et devrait toujours rester possible en dernier recours. Le projet d'article, dans sa forme actuelle, ne tient pas compte suffisamment de cet aspect de la question.

2. Les Pays-Bas recommandent d'ajouter à la fin du paragraphe 2 *b* du projet d'article 19 les mots «ou par une autorité administrative dont la décision peut faire l'objet d'un recours judiciaire effectif», comme le propose également l'Union européenne². Cet ajout est indispensable pour les États dont le droit des étrangers relève exclusivement du droit administratif, comme c'est le cas des Pays-Bas.

3. Les Pays-Bas font objection au paragraphe 3 *a*, car il est trop contraignant pour être appliqué strictement dans les ordres juridiques des différents pays. Par exemple, aux Pays-Bas, la détention de l'étranger fait l'objet d'un examen après la mise en détention et au bout de six mois, ainsi qu'à la demande de l'étranger. L'essentiel est que l'étranger ait la possibilité de voir sa détention examinée régulièrement par une juridiction indépendante. Les Pays-Bas s'interrogent en outre sur le paragraphe 3 *b*. Le membre de phrase «sauf lorsque les raisons en sont imputables à l'étranger concerné» semble indiquer que la détention pourrait durer indéfiniment. On pourrait croire également que l'étranger est détenu pour s'être soustrait à la mesure d'expulsion et que la détention a pour but de le contraindre à s'y plier. Il convient d'améliorer la formulation de l'article en vue d'assurer la protection juridique de l'étranger.

¹ *Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne*, affaire C-329/11, arrêt de la Cour (Grande Chambre) du 6 décembre 2011, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 32, 4 février 2012, p. 12.

² Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

Aux termes de la loi coréenne sur le contrôle de l'immigration, la prolongation de la durée de détention est décidée par le chef des services centraux ou locaux de l'immigration ou par le chef des centres de détention des étrangers. Ces derniers devraient donc faire partie de l'ensemble des personnes autorisées à se prononcer sur l'expulsion des étrangers.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

1. Le Royaume-Uni trouve ce projet d'article particulièrement problématique et propose d'y apporter un certain nombre de modifications.

2. Au paragraphe 1 du projet d'article 19, il trouve que l'alinéa *a* est acceptable mais que l'alinéa *b* est

complètement inadmissible. Les étrangers qui ont été condamnés et qui ont purgé leur peine, mais qui doivent malgré tout rester en prison pour infraction à la législation sur l'immigration, sont considérés être en détention provisoire et se trouvent donc dans les mêmes établissements pénitentiaires que les condamnés. Il n'existe pas de séparation entre les deux catégories de détenus au sein d'un même établissement. Il en va de même des détenus condamnés pour infraction à la législation sur l'immigration qui sont transférés d'un centre de détention des migrants à un établissement pénitentiaire pour des raisons de sécurité ou de contrôle.

3. De même, les alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 du projet d'article 19 sont inacceptables en l'état pour les raisons suivantes. Le Royaume-Uni trouve inadmissible que le droit international impose un laps de temps ou un délai maximum pour la détention. Il considère également que l'interdiction de la détention pour une «durée excessive» est une formulation trop vague. La durée de la détention est déjà strictement encadrée en droit, qu'il s'agisse de la *common law* britannique ou de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La pratique du Royaume-Uni est de prolonger la détention pendant une durée raisonnable jusqu'à ce que le retour de l'intéressé puisse être envisagé dans de bonnes conditions, sachant que la durée en question dépend des circonstances de l'affaire, par exemple la menace que représente l'individu concerné, le risque qu'il s'enfuit et, dans certains cas, l'obtention de garanties auprès d'autres États quant au sort réservé à l'intéressé lors de son retour. L'intervention d'une autorité judiciaire chargée d'autoriser le maintien en détention, comme il est proposé, est inacceptable et contraire à la législation britannique, qui se conforme à cet égard à l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et aux principes de droit établis. Fondamentalement, la détention administrative est prescrite par la loi et soumise à un contrôle juridictionnel.

4. Le Royaume-Uni propose que le projet d'article soit reformulé comme suit :

«2. *a*) La durée de la détention ne peut être arbitraire. Elle doit être uniquement limitée au laps de temps raisonnablement nécessaire, au vu des circonstances de l'affaire, à l'exécution de l'expulsion, dans les formes prescrites par la loi.

«*b*) La prolongation de la durée de la détention ne peut être décidée que par une juridiction ou par une personne que la loi investit d'un tel pouvoir, sous réserve d'un contrôle juridictionnel.»

5. Le Royaume-Uni estime que l'alinéa *a* du paragraphe 3 est acceptable, mais que l'alinéa *b* devrait être reformulé comme suit afin de l'harmoniser avec l'alinéa *a* du paragraphe 2 :

«3. *b*) Sous réserve du paragraphe 2, il est mis fin à la détention lorsque l'expulsion ne peut pas être mise à exécution dans un laps de temps raisonnable, sauf lorsque les raisons en sont imputables à l'étranger concerné.»

Article 20. Obligation de respecter le droit à la vie familiale

AUSTRALIE

L'Australie relève qu'un certain nombre d'articles du projet sont tirés d'instruments régionaux et non d'instruments universels. Par exemple, dans le projet d'article 20, il est question de l'obligation de respecter le droit à la vie familiale, ce qui reprend le libellé de la disposition pertinente de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et non de l'interdiction des «immixtions arbitraires ou illégales» dont l'intéressé serait l'objet dans sa famille, aux termes de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'Australie recommande de modifier le projet d'articles afin qu'il reflète mieux les droits et obligations énoncés dans les instruments universels. Le droit international y gagnerait en clarté.

CANADA

Le Canada respecte la cellule familiale et reconnaît son importance, conformément à ses engagements au titre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Toutefois, le «droit à la vie familiale» énoncé dans le projet d'article 20 appelle des éclaircissements. Le Canada est d'avis qu'un État est en droit d'expulser un étranger même dans le cas où l'expulsion entrave le droit à la protection de la vie familiale. Le Canada fait d'ailleurs observer que le droit en cette matière n'est pas figé. Il faut prendre garde à ne pas restreindre excessivement le droit des États à expulser des étrangers. L'interdiction faite à l'État d'interférer dans la vie familiale, selon le principe d'un «juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'étranger», accorde une considération indue au droit de l'étranger. Le projet d'article devrait faire valoir le droit d'un État à expulser un étranger lorsque celui-ci est un dangereux malfaiteur ou représente une menace grave pour la sûreté publique ou la sécurité nationale.

CUBA

Cuba considère que, étant donné l'impact sur l'application du projet d'article 20 du concept de «vie familiale», lequel figure dans ce projet d'article, il faut indiquer ce qu'on entend par cette expression.

EL SALVADOR

1. Le paragraphe 2 du projet d'article 20 donne deux conditions cumulatives à l'interférence de l'État dans le droit à la vie familiale de la personne objet de l'expulsion : *a*) dans les cas prévus par la loi ; et *b*) en observant un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'étranger en cause.

2. El Salvador n'approuve pas la formulation de la seconde de ces conditions, y voyant un amoindrissement considérable de ce qui était prévu dans l'instrument dont elle est tirée. En effet, l'article 8, paragraphe 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne renvoie pas simplement à un

équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'étranger, mais aux exigences de la société démocratique et à d'autres aspects pertinents :

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

3. Sur la base de cet article, la Cour européenne des droits de l'homme a déterminé en jurisprudence qu'il est possible de limiter le droit à la vie familiale sous trois conditions : lorsque cela est prévu par la loi, inspiré par un but légitime, ou nécessaire dans une société démocratique¹.

4. Ainsi, si l'on compare le libellé de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales avec celui du projet d'articles sur l'expulsion, on constate que dans celui-ci les conditions sous lesquelles peut être limité le droit à la vie familiale sont beaucoup plus strictes dans le premier texte.

5. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme n'a abordé la question du conflit d'intérêts que dans les cas où la personne objet de l'expulsion a commis une infraction, comme dans les affaires *Boughanemi*², *Bouchelkia*³, *Boujlifa*⁴ et *Ezzouhdi c. France*⁵. La Cour a indiqué qu'il convient notamment de prendre en compte la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant, la durée de son séjour dans le pays duquel il va être expulsé, la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction⁶.

6. À cet égard, il n'est pas souhaitable de rechercher systématiquement un équilibre entre les intérêts de l'État et ceux des étrangers. Mieux, comme la plupart des étrangers faisant l'objet d'une procédure d'expulsion n'ont pas commis d'infraction, il est essentiel que la Commission du droit international précise que, dans les cas de simples violations administratives de la réglementation migratoire, il serait inapproprié de rechercher un équilibre entre la vie familiale des intéressés et la sécurité comprise comme intérêt de l'État, puisque ces individus ne constituent pas une menace pour l'ordre public.

¹ *Boultif c. Suisse*, n° 54273/00, par. 40 et 41, CEDH 2001-IX : en l'espèce, le requérant, un ressortissant algérien, était marié à une ressortissante suisse. Le refus de renouveler son autorisation de séjour en Suisse constitue donc une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de son droit au respect de sa vie familiale, au sens de l'article 8, paragraphe 1 de la Convention. Pareille ingérence enfreint la Convention si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 8. Il faut donc rechercher si elle était « prévue par la loi », inspirée par un ou plusieurs buts légitimes au regard dudit paragraphe, et « dans une société démocratique, [...] nécessaire ».

² *Boughanemi c. France*, 24 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II.

³ *Bouchelkia c. France*, 29 janvier 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I.

⁴ *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI.

⁵ *Ezzouhdi c. France*, n° 47160/99, 13 février 2001.

⁶ *Boultif c. Suisse* (voir supra la note 1), par. 48.

7. Compte tenu de ce qui précède, il est proposé de reformuler comme suit le membre de phrase considéré, conformément à la jurisprudence des tribunaux des droits de l'homme :

« 1. L'État expulsant respecte le droit à la vie familiale de l'étranger objet de l'expulsion.

« 2. L'État expulsant ne peut interférer dans l'exercice du droit à la vie familiale que dans les cas prévus par la loi et lorsque cela constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. À titre préliminaire, les États-Unis ne pensent pas que le projet d'article 20 relève du chapitre II de la troisième partie, dans la mesure où le titre du chapitre et la teneur des autres projets d'article inclus dans ce chapitre portent sur les critères relatifs au traitement d'un étranger objet d'une expulsion et non sur les critères relatifs aux motifs de l'expulsion. Toutefois, compte tenu de la clarté du texte et comme indiqué dans le commentaire, le projet d'article 20 porte sur le droit à la vie familiale en ce qui concerne aussi bien le traitement d'un étranger objet d'une expulsion que les motifs de l'expulsion. Sur le plan conceptuel, cet objectif double risque d'altérer la portée des autres projets d'article du chapitre II de la troisième partie, qui préoccupe particulièrement les États-Unis s'agissant du projet d'article 17, comme indiqué dans ses commentaires ci-dessus. Par conséquent, il serait plus approprié de placer le projet d'article 20 après le projet d'article 15 dans le chapitre I de la troisième partie.

2. En ce qui concerne la teneur de ce projet d'article, les liens familiaux d'un étranger à l'intérieur et à l'extérieur des États-Unis sont des facteurs qui sont habituellement pris en compte par les États-Unis pour décider si un étranger peut être mis en règle au regard de l'immigration [voir le titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.), paragraphes 1158 (asile), 1229b (annulation du renvoi), 1182 h (suspension de l'interdiction de territoire), et 1255 (adaptation du statut pour obtenir la résidence permanente)]. Les autorités de l'immigration des États-Unis prennent également souvent en considération, au cas par cas, la vie familiale dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Cela étant, dans une affaire particulière, la prise en considération de l'unité familiale ne l'emporte pas toujours sur les autres facteurs. Par exemple, les États-Unis peuvent renvoyer un étranger qui commet un crime grave aux États-Unis, indépendamment de ses liens familiaux [voir, par exemple, *Payne-Barahona v. Gonzales*, 474 F.3d 1 (1st Cir. 2007); et *Guaylupomoya v. Gonzales*, 423 F.3d 121 (2d Cir. 2005)].

3. Le paragraphe 1 du projet d'article 20 est rédigé comme si le droit à la vie familiale était absolu dans le cadre d'une expulsion et qu'il s'agissait d'un facteur essentiel. Pourtant, le commentaire relatif au projet d'article 20 indique au paragraphe 1 que la loi et la

jurisprudence des États ne constituent pas un fondement absolu et qu'au contraire elles reconnaissent uniquement « la nécessité de prendre en compte les considérations familiales comme facteur de restriction possible de l'expulsion des étrangers ». Par conséquent, le paragraphe 1 du projet d'article 20 devrait être mis en conformité avec la loi et la jurisprudence mentionnées dans le commentaire, et le verbe « respecte » devrait être remplacé par « tient dûment compte ».

4. De même, le paragraphe 2 du projet d'article 20 devrait être supprimé dans la mesure où il ne fait globalement que reformuler le principe général du paragraphe 1 du projet d'article 20, mais avec plus de précisions, tout en introduisant un principe de « juste équilibre » qui ne trouve pas de fondement suffisant dans le droit et la pratique existants et qui n'est pas souhaitable dans le cadre d'un développement progressif. Encore une fois, la loi des États-Unis sur l'immigration exige la prise en considération des liens familiaux dans de nombreux cas, mais n'impose pas aux tribunaux ou à d'autres instances décisionnaires de trouver un « équilibre » entre ces liens et les intérêts de l'État. Si le paragraphe 1 du projet d'article 20 est réécrit, en particulier conformément aux propositions des États-Unis, il expliquerait suffisamment les critères applicables en la matière, ce qui rendrait le paragraphe 2 du projet d'article 20 superflu.

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

Les définitions de la « famille » et du « droit à la vie familiale » dans cet article manquent de précision, ce qui fait courir le risque d'une annulation de la décision de l'État concernant l'expulsion. Il serait donc préférable de donner des définitions de ces termes.

CHAPITRE III

PROTECTION PAR RAPPORT À L'ÉTAT DE DESTINATION

Article 21. Départ vers l'État de destination

DANEMARK (AU NOM DES PAYS NORDIQUES)

1. Les pays nordiques estiment que le retour volontaire doit être préféré à l'expulsion forcée et devrait par conséquent être favorisé et facilité. Toutefois, il importe de se réserver la possibilité d'exécuter une obligation de retour si cela s'avère nécessaire.

2. Voir également les observations formulées ci-dessus au titre des commentaires généraux.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Le paragraphe 1 du projet d'article 21 prévoit qu'un « État expulsant prend des mesures *appropriées** pour faciliter le départ volontaire de l'étranger objet de l'expulsion ». Le droit des États-Unis prévoit des mesures appropriées pour faciliter le départ volontaire des étrangers faisant l'objet d'une procédure administrative de renvoi [voir, par exemple, le titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.), paragraphes 1225 a 4 (autorisation de retirer la demande d'admission) et 1229c (départ volontaire)]. Toutefois, les

États-Unis comprennent que les « mesures appropriées » permettent d'imposer des limites raisonnables à la disponibilité de ces mesures discrétionnaires. En d'autres termes, dans certaines circonstances, le départ volontaire ne sera pas approprié et les mesures d'expulsion devront être exécutées de force, comme l'admet le paragraphe 2 du projet d'article 21.

PAYS-BAS

1. Les Pays-Bas appuient l'idée d'encourager les départs volontaires et proposent à cet égard de remplacer le troisième paragraphe de l'article 21 par le suivant :

« Lorsqu'il n'y a pas de raison de croire que l'effet utile d'une procédure d'expulsion s'en trouve compromis, il convient de privilégier le départ volontaire par rapport au retour forcé et d'accorder un délai raisonnable de départ volontaire. »

2. Cette modification correspond à la première partie de la proposition de l'Union européenne¹. Il importe de prévoir la possibilité de ne pas fixer de délai de départ dans certains cas, par exemple quand un délai antérieur a déjà été ignoré.

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

Le Royaume-Uni trouve que ce projet d'article est particulièrement problématique. L'adopter aurait pour effet de gravement compromettre la manière dont il traite les individus à haut risque. Dans certains cas, par exemple pour les individus qui menacent la sécurité nationale, le Royaume-Uni souhaiterait se garder la possibilité de mettre à exécution l'expulsion en l'assortissant des restrictions nécessaires pour empêcher ces personnes de revenir légalement dans le pays. Cette faculté serait perdue si le Royaume-Uni était tenu de faciliter les départs volontaires. Le Royaume-Uni estime que ce projet d'article ne repose pas sur un fondement solide en droit international et il ne saurait soutenir une proposition qui irait dans le sens d'un développement progressif du droit.

Article 22. État de destination de l'étranger objet de l'expulsion

AUTRICHE

L'Autriche n'a pas d'objection à formuler en ce qui concerne le libellé de ce projet d'article. Il conviendrait cependant de préciser dans le commentaire que le paragraphe 2 n'établit pas l'obligation juridique d'admettre l'étranger. Une telle obligation ne pourrait être établie que par la voie d'accords bilatéraux ou multilatéraux.

CUBA

Le projet d'article 22 mentionne plusieurs possibilités en ce qui concerne la destination de l'étranger expulsé. Au paragraphe 2, il est prévu, en particulier, qu'il peut

être expulsé « vers tout État où il a un droit d'entrée ou de séjour ». Il s'agit là d'une question qu'il n'est pas nécessaire de traiter dans ce paragraphe, car elle est couverte par la mention au paragraphe 1 de « tout État qui accepte de l'accueillir à la demande de l'État expulsant ou [...] de l'intéressé ». En effet, bien qu'un État ait délivré un permis d'entrée ou de séjour sur son territoire à un étranger, il n'est pas tenu de l'accepter de nouveau s'il invoque des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale pour ne pas l'accepter.

DANEMARK (AU NOM DES PAYS NORDIQUES)

Voir les observations formulées ci-dessus au titre des commentaires généraux.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Les États-Unis estiment que le paragraphe 1 du projet d'article 22 est dûment tourné vers l'État de nationalité comme premier pays de destination, ou un autre État qui accepte d'accueillir l'étranger, y compris à la demande de l'étranger concerné. Toutefois, s'agissant des autres options, le paragraphe 2 du projet d'article 22 ne reconnaît pas la possibilité d'expulser un étranger vers l'État du dernier lieu de résidence, ou vers l'État de naissance. Ces possibilités sont envisagées au paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 22 et dans les lois de nombreux États [voir, par exemple, le titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.), par. 1231 b 2 E] mais n'apparaissent pas dans le texte du paragraphe 2 du projet d'article 22 lui-même. De plus, en fonction des circonstances, l'étranger peut avoir des liens familiaux ou financiers plus étroits avec un État qu'avec d'autres, ou éprouver plus de difficultés pour se rendre dans un État que dans d'autres, et l'État expulsant doit avoir, dans un cas donné, le pouvoir discrétionnaire de prendre ces facteurs en considération. Par conséquent, le paragraphe 2 du projet d'article 22 doit être modifié comme suit :

« Un étranger peut également être expulsé vers tout État où il a un droit d'entrée ou de séjour, où il a résidé ou est né ou, lorsque cela est applicable, vers l'État d'où il est entré dans l'État expulsant. »

2. En outre, il est important dans ce contexte de limiter la capacité des États successeurs d'empêcher le retour d'étrangers nés dans des États qui n'existent plus, ou dans des territoires dont la souveraineté a changé depuis le départ de l'étranger. La loi des États-Unis sur l'immigration prend ces scénarios en compte en permettant le renvoi vers « le pays qui exerçait sa souveraineté sur le lieu de naissance de l'étranger lorsque l'étranger est né », ou vers « le pays dans lequel le lieu de naissance de l'étranger se situe au moment où son renvoi est ordonné » [voir le titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.), par. 1231 b 2 E v) et vi), respectivement]. Les États-Unis proposent d'insérer une formulation à cet effet dans le texte du projet d'article 22 ou de préciser dans le commentaire que le projet d'article s'applique à ces scénarios.

3. Enfin, le commentaire relatif au projet d'article 22 devrait faire remarquer qu'un État expulsant se réserve le droit de rejeter la demande d'un étranger visant à être expulsé vers un État en particulier lorsque l'État expulsant

considère que l'expulsion de l'étranger vers l'État désigné porte atteinte aux intérêts de l'État expulsant. Ce principe important est codifié dans la loi des États-Unis sur l'immigration [voir le titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.), par. 1231 b 2 C iv)].

PAYS-BAS

Le projet d'article met l'accent sur les droits de l'étranger quittant le territoire (volontairement ou de force) et les obligations incombant à l'État expulsant. Or il importe également de souligner que ledit étranger doit être admis par l'État d'accueil. Tout comme l'Union européenne¹, les Pays-Bas préconisent d'ajouter « , lequel le réadmet, » après « son État de nationalité » au paragraphe 1 du projet d'article 22. On pourrait également envisager de consacrer un article spécifique aux obligations incombant à l'État d'accueil en matière de réadmission.

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

Article 23. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée

AUSTRALIE

Le projet d'article 23, tel qu'il est actuellement libellé, étend le bénéfice de l'obligation de non-refoulement, prévu par la Convention relative au statut des réfugiés, à toute personne dont la vie ou la liberté est menacée en raison de tout motif non admis en droit international, même si cette personne n'est pas un réfugié au sens de ladite Convention, et étend de même le bénéfice des obligations de non-refoulement qui sont prévues par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'Australie prend note de l'explication apportée par la Commission, qui considère qu'« il n'y aurait aucune raison valable pour que la liste des motifs discriminatoires figurant au projet d'article 23 soit moins étendue que celle du projet d'article 15 ». Étant donné que les contextes de ces deux projets d'article sont en pratique très différents (le non-refoulement et la discrimination étant deux concepts distincts en droit international), l'Australie estime qu'il serait utile que la Commission apporte de nouveaux éclaircissements sur ces questions.

CANADA

1. Le paragraphe 1 du projet d'article 23 permettrait d'empêcher l'expulsion d'un étranger vers un État où sa liberté est menacée. Le Canada n'entend pas ainsi le droit international. Les États sont en droit d'expulser un étranger vers un État où il pourrait être placé en détention. En revanche, les États parties à la Convention relative au statut des réfugiés ne sont pas en droit d'expulser un réfugié vers un État où il risque d'être persécuté pour l'un des motifs énumérés dans ladite Convention. Plus généralement, les États ne sont pas en droit d'expulser un étranger vers un État où il court personnellement un risque prévisible et réel d'être soumis à la torture ou à d'autres violations graves de ses droits fondamentaux. Toutefois, un

État qui continue d'appliquer la peine de mort est en droit d'expulser un étranger vers un État qui applique également la peine de mort.

2. Voir aussi les observations formulées au titre du projet d'article 6.

DANEMARK (AU NOM DES PAYS NORDIQUES)

1. Les pays nordiques souscrivent au commentaire de l'Union européenne¹ concernant le paragraphe 2 du projet d'article 23 et estime en outre qu'il faudrait faire figurer l'orientation sexuelle dans le paragraphe 1 du projet d'article conformément à la proposition tendant à inclure l'orientation sexuelle dans le projet d'article 15.

2. Par ailleurs, le paragraphe 1 devrait s'harmoniser davantage avec l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés, de façon à exclure les cas où, par exemple, la liberté d'une personne est menacée à cause d'un crime qui a été commis (qui est sans rapport avec les motifs de persécution au regard de la Convention).

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Le projet d'article 23 prétend reconnaître ce qui constituerait une extension spectaculaire des dispositions de non-refoulement dans les traités existants relatifs aux droits de l'homme, de manière à écarter le langage soigneusement choisi par les États pour ces régimes. Ainsi, ce projet d'article doit être supprimé ou à tout le moins considérablement modifié.

2. Selon le paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 23, le paragraphe 1 de celui-ci prétend « correspond[re] à la teneur de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés, du 28 juillet 1951, énonçant l'interdiction du refoulement ». Cela étant, il contraste considérablement avec le texte de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés, et avec la pratique constante et largement respectée des États, associée à l'article 33 ces soixante dernières années.

3. Le paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés interdit d'expulser un réfugié « où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ». À l'inverse, le paragraphe 1 du projet d'article 23 étendrait la disposition afin d'empêcher l'expulsion où la vie ou la liberté est menacée pour toute raison, « notamment » les critères supplémentaires que sont la couleur, le sexe, la langue, l'opinion autre que politique, l'origine ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, ou tout autre motif non admis en droit international. De plus, le critère de l'« appartenance à un certain groupe social » n'a pas été expressément inclus ; dans la mesure où l'« origine sociale » vise à remplacer ce critère, il n'a clairement pas le même sens.

4. Le commentaire ne fournit aucun fondement dans la législation nationale, la jurisprudence nationale, la jurisprudence internationale, ou le droit des traités justifiant de telles modifications. En fait, la plupart des lois nationales relatives à l'expulsion, la déportation ou le renvoi sont axées sur cinq groupes énumérés d'individus qui craignent d'être persécutés ou qui ont été persécutés, notamment en raison de la race, de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un certain groupe social, ou de l'opinion politique [voir, par exemple, le titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.), par. 1101 *a* 42 A; 1158 *b* 1 A; et 1231 *b* 3 A]. La seule explication fournie dans le commentaire est que l'article 2, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques contient ces critères, ce qui implique que l'article 2, paragraphe 1, s'applique aux obligations d'un État conformément à l'article 13 du Pacte, relatif à l'expulsion. Cela étant, si ces principes de non-discrimination peuvent être importants pour le traitement des étrangers sur le territoire d'un État et les droits accordés aux étrangers pendant la procédure d'expulsion, ils ne sont pas tous importants pour déterminer si les obligations de non-refoulement font obstacle à l'expulsion.

5. Une autre différence considérable avec la pratique constante et largement respectée des États concerne l'intégration sélective des dispositions relatives au non-refoulement dans la Convention relative au statut des réfugiés. Le paragraphe 1 du projet d'article 23 ne « correspond » pas au contenu de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés dans la mesure où il n'intègre pas la teneur du paragraphe 2 de l'article 33 aux termes duquel :

Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

6. De même, le projet d'article ne prend pas en considération les motifs d'exclusion énoncés au paragraphe F de l'article premier de la Convention relative au statut des réfugiés. Le commentaire n'explique en aucun cas pourquoi ces dispositions qui ont pleinement fait partie de la pratique des États dans le domaine du droit des réfugiés ces soixante dernières années doivent être écartées.

7. Les États-Unis recommandent que le paragraphe 1 de ce projet d'article 23 soit supprimé ou réécrit afin de reprendre la formulation de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés.

8. Les États-Unis ont également des préoccupations concernant le paragraphe 2 du projet d'article 23, qui reconnaîtrait une autre obligation importante de non-refoulement qui n'existe pas actuellement en droit international. Le commentaire n'établit pas suffisamment que le principe fondamental à l'appui de cette disposition est fondé sur la jurisprudence et la pratique existantes des États, et ne fait que citer une seule décision du Comité des droits de l'homme relative à une communication individuelle. Il existe des raisons de principe de remettre en question la conclusion du Comité selon laquelle un État qui a volontairement aboli la peine de mort sans y être obligé en application du droit international respecte

néanmoins une obligation légale internationale de ne pas expulser un étranger vers un État qui a légalement condamné cet étranger à mort. De plus, comme l'admet le commentaire, le paragraphe 2 du projet d'article 23 va même plus loin que ce précédent limité *a*) en étendant ce principe aux États qui n'ont même pas formellement aboli la peine de mort, et *b*) en étendant l'obligation de non-refoulement à des situations dans lesquelles l'individu n'a pas encore été condamné à mort. De telles extensions ne font qu'affaiblir davantage le fondement du paragraphe 2 du projet d'article 23 sur le plan du droit et des principes.

9. Si cette disposition ne restreint pas le droit, la prérogative ou l'autorité dont disposent les États-Unis pour expulser des étrangers de leur territoire, les États-Unis sont très préoccupés par l'impact négatif que la restriction proposée aurait sur la coopération internationale en matière d'application du droit et de justice pénale.

PAYS-BAS

Les Pays-Bas approuvent la possibilité pour un État d'expulser un étranger vers un État qui applique la peine de mort s'il a reçu l'assurance diplomatique que celle-ci ne sera pas appliquée. Ils appuient à cet égard les ajouts proposés par l'Union européenne¹.

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

1. Les réfugiés sont le groupe de personnes ayant tout particulièrement besoin d'être protégées par la communauté internationale sur la base de leur statut. Or le projet d'article 23 accorde une protection supérieure à celle que prévoit le paragraphe 3 du projet d'article 6 aux étrangers qui ne sont pas des réfugiés. Le paragraphe 1 du projet d'article 23 devrait donc inclure la même réserve que le paragraphe 3 du projet d'article 6, ainsi libellée :

« [...] sauf s'il y a des raisons sérieuses de le considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve, ou si l'intéressé, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays. »

2. Voir aussi les observations formulées ci-dessus au titre des observations générales.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

1. Le Royaume-Uni trouve que le paragraphe 1 du projet d'article est problématique. Le texte actuel est largement inspiré du paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés. Or cette dernière disposition protège ceux qui ont le statut de réfugié mais ne s'applique pas à tous les étrangers. On assisterait donc en l'espèce à un développement progressif du droit. Le Royaume-Uni estime que le projet d'article gagnerait à préciser le degré de menace qui interdirait l'expulsion et suggère que la menace contre la vie de l'individu soit entièrement séparée de la menace contre sa liberté.

2. Le Royaume-Uni propose que le paragraphe 1 du projet d'article 23 soit reformulé de la manière suivante :

« Un étranger ne peut être expulsé vers un État où sa vie même serait menacée en raison notamment de sa race, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de son opinion politique ou de toute autre opinion, de son origine nationale, ethnique ou sociale, de sa fortune, de sa naissance ou de toute autre situation, ou de tout autre motif non admis en droit international. »

Article 24. Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

AUTRICHE

Le libellé de cette disposition diffère de celui du projet d'article 6 en ce qu'il suppose, à la différence de ce dernier, l'existence de « motifs sérieux de croire ». L'Autriche se demande si cette différence tient à une raison quelconque.

CANADA

1. Le Canada reconnaît l'obligation, énoncée au projet d'article 24, de ne pas expulser un étranger vers un État où il court un risque réel d'être soumis à la torture, dans la mesure où cette disposition est inscrite également dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toutefois, le Canada refuse que soit étendu le champ d'application du projet d'article 24 et notamment qu'y figurent les traitements « dégradants ». L'emploi de ce terme résulte d'une interprétation trop large de l'obligation de non-refoulement découlant implicitement de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il s'agit là d'une mauvaise compréhension du principe de non-refoulement, lequel consiste simplement en l'obligation de ne pas refouler une personne qui risque d'être soumise à des violations graves de ses droits fondamentaux comme la torture.

2. Voir aussi les observations formulées au titre du projet d'article 6.

CUBA

En ce qui concerne le projet d'article 24, il faut, de l'avis de Cuba, y inclure une référence à l'obligation de démontrer l'existence d'un « risque réel ». En effet, l'expression « où il existe des motifs sérieux », qui figure dans le projet d'article, est insuffisante et pourrait être l'objet d'interprétations subjectives.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Les États-Unis ne s'opposent pas à l'aspect du projet d'article 24 relatif à la torture, dans la mesure où il reprend l'obligation de non-refoulement prévue à l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui prévoit qu'une personne ne peut être expulsée « vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». Les États-Unis comprennent que ce membre de phrase signifie « s'il est plus probable qu'improbable » que cette personne sera torturée.

2. Le projet d'article 24 prétend cependant étendre l'obligation de non-refoulement prévue dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de manière à empêcher l'expulsion d'étrangers qui risquent d'être soumis à des « peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». La principale justification de cette extension est la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et une recommandation du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Ces exemples et quelques cas isolés de pratique étatique ne constituent pas un fondement suffisant pour présenter ce projet d'article comme un outil de codification du droit existant; ce projet d'article témoigne clairement d'un effort en vue d'un développement progressif.

3. Une question de fond importante que le commentaire n'aborde pas est de savoir pourquoi cette nouvelle obligation de non-refoulement ne permettrait aucune exception ou limitation. L'obligation de non-refoulement consacrée à l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants n'autorise pas d'exceptions, ce qui correspond à l'interdiction impérative de toute torture. Toutefois, les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne constituent pas des actes de torture et ne sont pas traités de la même manière dans la Convention. Cela étant, ni le projet d'article ni le commentaire ne déterminent si une obligation de non-refoulement relative aux peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants doit autoriser des exceptions liées, par exemple, à la sécurité nationale ou à la criminalité, comme c'est le cas pour l'obligation de non-refoulement dans la Convention relative au statut des réfugiés. Comme le relève l'étude du Secrétariat¹, lorsque les États ont adopté une législation nationale qui protège les étrangers contre l'expulsion vers des États où ils s'exposeraient à des mauvais traitements, cette législation contient souvent des exceptions, notamment si l'étranger a commis certains types d'infractions pénales, s'il menace les intérêts de l'État expulsant, s'il menace l'ordre public ou la sécurité nationale de cet État, ou s'il a violé le droit international.

4. La reconnaissance d'une obligation inconditionnelle de non-refoulement relative aux peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants soulèverait de nouvelles questions qui n'ont pas été examinées ni abordées dans le commentaire. Par exemple, l'incertitude quant à la question de savoir quels actes recouvrent les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants compliquerait la tâche des États qui entendent respecter cette obligation de non-refoulement. Une obligation inconditionnelle de non-refoulement relative aux peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pourrait être utilisée à l'appui d'arguments contre l'expulsion d'un étranger vers un pays donné, en fonction des conditions générales qui s'y appliquent, telles que des mauvaises conditions de détention. En outre, si la torture telle que définie dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants suppose nécessairement une action de l'État, ce n'est pas le cas des peines

ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ainsi, les États qui entendent respecter cette obligation devraient envisager la possibilité que dans le pays vers lequel la personne est envoyée, indépendamment de son lien avec l'État, une personne, quelle qu'elle soit, prendrait des mesures contre cet individu, qui pourraient être considérés comme des peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants.

5. Les États-Unis estiment que cette nouvelle obligation de non-refoulement relative aux peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants doit être examinée soigneusement et de manière approfondie par les États avant d'être acceptée comme règle de droit international d'application générale. Par conséquent, les États-Unis recommandent la suppression de cette disposition ou sa révision afin qu'elle corresponde à la formulation de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

Voir les observations formulées ci-dessus au titre des observations générales.

QUATRIÈME PARTIE

RÈGLES SPÉCIFIQUES DE PROCÉDURE

Article 26. Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion

AUSTRALIE

Le projet d'article 26 étend le bénéfice d'un ensemble de droits procéduraux aux étrangers qui se trouvent illégalement sur le territoire d'un État depuis plus de six mois. Certains de ces droits procéduraux sont sans fondement en droit international et alourdissent sensiblement l'obligation prévue à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, imposant ainsi une lourde charge aux pays hôtes, en particulier les pays en développement et les pays moins avancés. L'approche retenue dans le projet d'articles à cet égard abandonne également la distinction opérée en droit international entre les personnes qui se trouvent légalement sur le territoire d'un État et celles qui s'y trouvent illégalement.

AUTRICHE

1. En ce qui concerne le paragraphe 1 f, l'assistance d'un interprète à titre gratuit aurait de lourdes conséquences budgétaires. Il convient de supprimer cette disposition. Le paragraphe 3, qui concerne l'assistance consulaire prêtée à l'étranger objet de l'expulsion et qui reflète l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, doit être lu à la lumière de ce dernier, tel que l'a interprété la Cour internationale de Justice. Malheureusement, la précision importante, apportée par la Cour, selon laquelle le paragraphe 1 b de l'article 36 de la Convention énonce l'obligation de l'État de résidence d'informer le poste consulaire si l'intéressé le demande et d'informer ce dernier de ses droits à cet égard, apparaît seulement dans le paragraphe 10 du commentaire et non dans le projet d'article proprement dit.

¹ Document A/CN.4/565 et Corr.1 [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. 574.

2. En ce qui concerne le paragraphe 4, la période de six mois qui est envisagée est trop brève pour permettre la prise en charge de certains cas difficiles et elle devrait être plus longue.

BELGIQUE

Il est demandé d'insérer au sein du commentaire les précisions suivantes : « Il est insisté sur le fait que par droit d'être entendu, on entend le fait de pouvoir faire valoir ses arguments lors d'une procédure écrite ou orale antérieure ou postérieure à la prise de décisions. »

CANADA

Le Canada note qu'il est proposé, au paragraphe 4 du projet d'article 26, que les étrangers se trouvant illégalement sur le territoire d'un État depuis moins de six mois puissent ne pas jouir de tous leurs droits procéduraux. À sa connaissance, rien en droit international ne permet de justifier une telle restriction de la jouissance des droits fondée sur la durée de présence dans le pays.

DANEMARK (AU NOM DES PAYS NORDIQUES)

1. Les pays nordiques soutiennent aussi l'opinion exprimée par l'Union européenne¹ selon laquelle le droit d'être notifié de la décision d'expulsion devrait engendrer un droit de recevoir une décision écrite et un droit de recevoir des informations concernant les recours légaux disponibles.

2. En ce qui concerne la limitation définie au paragraphe 4, qui permet aux États d'exclure du bénéfice des droits procéduraux les étrangers en séjour illégal depuis moins de six mois, les pays nordiques estiment que cela pourrait compromettre les normes minima définies dans le projet d'articles. Les pays nordiques appuient donc le libellé proposé par l'Union européenne.

3. En outre, les pays nordiques souhaitent préciser que le droit d'être représenté devant l'autorité compétente ne devrait pas imposer aux États une obligation d'offrir gratuitement une assistance juridique à tous les étrangers objets d'expulsion.

4. Voir également les observations formulées ci-dessus au titre du projet d'article 6.

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

EL SALVADOR

1. Le projet d'article 26 revêt une importance particulière, dans la mesure où les garanties procédurales sont au cœur de toute procédure d'expulsion pénale ou administrative, indépendamment du statut de l'intéressé au regard de la législation sur les migrations.

2. La raison en est que les garanties dans leur ensemble sont reconnues comme les liens normatifs appropriés pour assurer le respect des droits individuels et, plus généralement, des principes axiologiques consacrés en droit. En ce sens, les garanties ne sont pas l'expression d'un simple

légalisme ou formalisme, mais elles renvoient plutôt à la protection des droits fondamentaux – la vie, la liberté, l'intégrité ou encore l'égalité –, valeurs qui sous-tendent et justifient l'existence de l'État et dont la jouissance par tous constitue le fondement de la démocratie.

3. S'agissant de la teneur du projet d'article 26, El Salvador note avec préoccupation que si un ensemble important de garanties est prévu en faveur des étrangers objets de l'expulsion, le paragraphe 4 renvoie à l'application d'autres législations nationales « concernant l'expulsion d'étrangers qui se trouvent illégalement sur [le] territoire depuis moins de six mois ».

4. Une telle disposition est contraire au droit international des droits de l'homme, en ce qu'elle annulerait les garanties énumérées dans l'article, et soustrairait de son champ d'application les migrants qui se trouvent en situation irrégulière sur le territoire d'un État depuis moins de six mois.

5. De l'avis d'El Salvador, les commentaires de la Commission du droit international sur ce paragraphe sont également inacceptables puisqu'elle a affirmé, au paragraphe 11, que « bien que certains membres aient estimé qu'il existe un noyau dur de droits procéduraux devant être reconnus sans exception à tous les étrangers, [elle] a préféré faire preuve de réalisme en la matière ». Une telle assertion est inadmissible, dans la mesure où le rôle de la Commission est de codifier et d'assurer le développement progressif du droit international¹ et non pas de le justifier, ni de légitimer une « réalité » qui est contraire au droit international des droits de l'homme.

6. Par ailleurs, la Commission du droit international s'égare lorsqu'elle voit dans la reconnaissance de droits procéduraux aux étrangers migrants en situation irrégulière une forme de « développement progressif² » du droit international, puisque ces droits sont reconnus comme universels sans distinction de nationalité dans tous les instruments internationaux des droits de l'homme.

7. El Salvador estime donc possible d'accorder expressément des garanties procédurales à tous les étrangers en situation irrégulière sous le seul angle de la codification, dès lors que les garanties procédurales déjà consacrées dans les instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme et la jurisprudence des tribunaux internationaux, qui ne font aucune distinction en la matière, sont intégrées au projet d'articles.

8. À cet égard, il est fondamental de ne pas voir dans les garanties un privilège consenti par l'État, dans la mesure où elles sont une conséquence directe de la dignité humaine et qu'elles doivent être appliquées sans aucune discrimination, puisque le droit à l'égalité – compris

¹ Statut de la Commission du droit international, art. 1, par. 1 : « La Commission du droit international a pour but de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification. »

² Ibid., art. 15 : « Dans les articles qui suivent, l'expression "développement progressif du droit international" est employée, pour la commodité, pour couvrir les cas où il s'agit de 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. »

comme égalité devant la loi – est un principe fondamental et général pour tous les États, qui ne saurait être suspendu, altéré ou limité sous aucune circonstance.

9. Par ailleurs, non seulement il serait injuste, pour les raisons susmentionnées, de n'octroyer certaines garanties procédurales que dans le cas des séjours d'une durée supérieure à six mois, mais ce serait aussi difficile à prouver concrètement. Laissés sans défense, les étrangers en situation irrégulière risqueraient d'être soumis pendant les six premiers mois à une expulsion menée par l'État avec toute latitude, sans que les exigences minimales de l'état de droit soient respectées.

10. Par ailleurs, ce délai de six mois constituerait aussi une violation du projet d'article 19, qui interdit toute détention d'une durée excessive. En effet, dans les cas où un étranger serait placé en détention, un délai de six mois sans garanties serait excessif et de toute évidence discriminatoire, en particulier au regard des durées de détention plus courtes pour les nationaux ayant commis des infractions.

11. Dans le cas d'El Salvador par exemple, il est stipulé à l'article 14 de la Constitution³ qu'

il est du seul ressort du pouvoir judiciaire de prononcer des peines. Toutefois, l'autorité administrative peut sanctionner, par ordonnance ou jugement et après une procédure régulière, les infractions aux lois, règlements ou décrets, d'une arrestation de cinq jours au maximum ou d'une amende, qui peut être remplacée par des services sociaux à la collectivité.

12. La Constitution salvadorienne prévoit une détention de cinq jours au maximum, y compris dans les cas d'expulsion⁴ et de telle sorte que l'étranger peut à tout moment exercer un recours ou utiliser les procédures⁵ requises pour faire valoir ses droits. Ainsi, le projet d'articles considéré permettrait de maintenir en détention pendant cent soixante-dix jours de plus les personnes qui se trouvent en situation irrégulière sur le territoire, sans garanties, ce qui apparaît totalement disproportionné.

13. Enfin, El Salvador estime injustifiée la clause de sauvegarde concernant les domaines non réglementés à l'échelle internationale. En effet, s'il n'existe pas de règle universelle pour la communauté internationale en rapport au délai de six mois auquel s'applique la clause de sauvegarde, les États risquent de disposer d'un pouvoir discrétionnaire absolu dans ce domaine.

³ Décret n° 38, *Diario Oficial*, vol. 281, n° 234, 16 décembre 1983, p. 1 à 26.

⁴ La Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice d'El Salvador a déterminé dans sa jurisprudence qu'«il est clair que les autorités administratives peuvent suivre la procédure juridique prévue pour arrêter un étranger entré illégalement sur le territoire et l'expulser pour ce motif, mais on ne peut en aucun cas supposer que la procédure d'expulsion autorise l'arrestation d'un étranger en situation irrégulière pendant plus de cinq jours aux fins de son expulsion, ce qui équivaut à violer la Constitution – article 14» (*Habeas corpus*, n° 19-2008, 14 mai 2009).

⁵ S'agissant des procédures constitutionnelles, il est établi à l'article 11, paragraphe 2, de la Constitution que «[q]uiconque voit sa liberté illégalement ou arbitrairement restreinte par un individu ou une autorité a droit à l'*habeas corpus*. L'*habeas corpus* s'applique aussi lorsqu'une autorité porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité physique, psychique ou morale des personnes détenues». Et à l'article 247: «Toute personne peut se tourner vers la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice en cas de violation des droits consacrés par la présente Constitution.»

14. Compte tenu de ce qui précède, El Salvador réaffirme que ce sont les garanties procédurales incluses dans le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers qui doivent être reconnues par la communauté internationale⁶, et non la pratique de certains États dont les procédures d'expulsion – ou l'absence de procédures d'expulsion – traduisent un manque de respect constant des obligations qui sont les leurs dans le domaine des droits de l'homme. C'est la raison pour laquelle il recommande d'éliminer le paragraphe 4 du projet d'article 26. Il modifierait également le paragraphe 1 comme suit :

«1. La personne étrangère objet de l'expulsion jouit des droits procéduraux suivants : [...]»

⁶ L'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que «[t]oute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle», et l'article 8 que «[t]oute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi». Ces dispositions doivent être interprétées à la lumière de l'article 2 de la Déclaration, dans lequel il est établi que «[c]haque peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation». Par ailleurs, l'article 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que «[l]es États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte».

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Si les États-Unis considèrent que les droits procéduraux énumérés dans le projet d'article 26 sont généralement appropriés, le projet d'article, tel que rédigé, leur pose plusieurs problèmes. Premièrement, il ne reconnaît pas les limitations établies apportées à ces droits procéduraux ; voir, par exemple, l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie [...], à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent*, [...] doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, [...] en se faisant représenter à cette fin.

2. Deuxièmement, le projet d'article 26, paragraphe 1 *d* emploie une terminologie vague et confuse, notamment si on le compare au paragraphe 1 *b*. Par conséquent, les États-Unis recommandent que le paragraphe 1 *d* soit reformulé comme suit : «le droit à un processus d'examen approprié et efficace».

3. Troisièmement, le commentaire relatif au projet d'article 26, paragraphe 1 *e*, devrait préciser que l'État n'est pas tenu de fournir une telle représentation à l'étranger aux frais de l'État.

4. Quatrièmement, le projet d'article 26, paragraphe 3, devrait être reformulé afin d'indiquer qu'il s'agit d'un principe obligatoire pour les États, et non d'un droit des individus, conformément à la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Le projet d'article pourrait par exemple être révisé comme suit : «L'État expulsant doit permettre à un étranger objet de l'expulsion de demander l'assistance consulaire.»

5. Enfin, même si la mention d'un délai de moins de six mois dans le projet d'article 26, paragraphe 4, ne va pas à l'encontre du droit des États-Unis, ce délai peut paraître arbitraire comme prétendue règle de droit international. De plus, la norme pourrait être difficile à mettre en œuvre d'un point de vue pratique; il n'est pas toujours facile de déterminer exactement depuis combien de temps un étranger se trouve illégalement sur le territoire d'un État. Les États-Unis recommandent d'utiliser une formulation plus générique, par exemple «qui se trouvent illégalement sur son territoire depuis une période courte», puis d'expliquer dans le commentaire que la pratique des États donne à entendre qu'une «période courte» signifie généralement six mois ou moins.

FÉDÉRATION DE RUSSIE

Voir les observations formulées ci-dessus au titre des commentaires généraux.

PAYS-BAS

1. Aux Pays-Bas, les étrangers ont, en principe, le droit d'être entendus par les autorités compétentes, droit auquel il peut être dérogé dans le cas où il ne fait aucun doute que les motifs invoqués par l'étranger pour contester la décision d'expulsion sont manifestement dénués de fondement. Selon les Pays-Bas, il conviendrait d'introduire une dérogation comparable au droit énoncé au paragraphe 1 c du projet d'article 26 afin de prévenir les abus.

2. Les Pays-Bas proposent que le passage suivant soit ajouté à la fin du paragraphe 1 d :

« , dont la possibilité de demander l'adoption de mesures provisoires sous la forme d'une injonction empêchant son expulsion tant que la procédure n'est pas achevée ».

3. Cet ajout permettrait de supprimer le projet d'article 27 (voir le commentaire des Pays-Bas sur le projet d'article 27 pour plus d'explications).

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

Voir les observations formulées ci-dessus au titre des observations générales.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

1. Le Royaume-Uni serait prêt à accepter ce projet d'article si le paragraphe 1 e était modifié.

2. Le Royaume-Uni n'est pas disposé à soutenir la proposition de l'Union européenne de modifier le paragraphe 1 a du projet d'article 26¹ de façon qu'il dispose que chaque décision d'expulsion notifiée soit accompagnée d'une explication écrite des recours ouverts à l'intéressé. À l'heure actuelle, le Royaume-Uni est uniquement tenu (d'après le Règlement de 2003 sur la notification des

décisions en matière d'immigration) de fournir des renseignements sur les recours existants lorsque l'intéressé dispose d'un droit de recours. Lorsque le recours effectif prend la forme d'un contrôle juridictionnel, les autorités compétentes ne communiquent pas cette information. Le Royaume-Uni considère que cette manière de procéder est proportionnée et appropriée.

3. Le Royaume-Uni ne peut accepter le paragraphe 1 e du projet d'article 26 en l'état. Bien qu'il ne voie pas d'inconvénient à ce qu'une personne soit dans tous les cas autorisée à se faire représenter devant l'autorité compétente, la formulation de cette disposition n'est pas suffisamment claire et peut aboutir à ce que l'État lui-même soit obligé de veiller à ce que l'intéressé se fasse représenter.

4. Le paragraphe 1 e prévoit qu'une personne aura le «droit de se faire représenter» devant l'autorité compétente. Le commentaire de ce projet d'article précise, au paragraphe 6, que cet alinéa est inspiré de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui énoncerait, selon le commentaire, «le droit de l'étranger objet de l'expulsion de se faire représenter devant l'autorité compétente». Toutefois, ledit article 13 ne dit rien du droit de se faire représenter. Il déclare qu'une personne «doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, [...] en se faisant représenter à cette fin». On comprend à la lecture de cet article que l'État est uniquement tenu de donner à la personne la possibilité de se faire représenter. L'introduction de la notion de «droit» au projet d'article 26, paragraphe 1 e, fait que cette disposition pourrait être interprétée comme imposant une obligation à l'État de veiller à ce que l'intéressé soit représenté. Ce risque est exacerbé par la différence de formulation entre l'article 13 du Pacte et le paragraphe 1 e du projet d'article 26 étant donné que l'utilisation d'une formulation différente laisse fortement entendre qu'un résultat différent est envisagé, en particulier lorsqu'il est dit dans le commentaire qu'un article s'inspire de l'autre.

5. Il n'est pas nécessaire que l'intéressé se fasse représenter dans tous les cas. Cette nécessité dépend d'une multitude de facteurs, dont la capacité de la personne concernée à se représenter elle-même, la complexité et la nature des questions soumises à l'autorité compétente et le type de procédure engagée. Par exemple, le mécanisme d'appel instauré au titre 5 de la loi de 2002 sur la nationalité, l'immigration et l'asile, a été conçu de manière qu'il soit possible d'accéder à un recours effectif sans représentation juridique. Il serait donc excessif de prévoir une obligation générale imposant à l'État de veiller à ce que tous les intéressés comparaissant devant l'autorité compétente se fassent représenter. Ces questions devraient être tranchées au niveau national dans une législation détaillée qui tienne compte des multiples facteurs qui déterminent si la représentation est nécessaire.

6. Le Royaume-Uni serait prêt à accepter le paragraphe 1 e du projet d'article 26 s'il était modifié de manière à préciser qu'une personne doit être dans tous les cas autorisée à se faire représenter devant l'autorité compétente, mais qu'elle ne jouit pas d'un droit en la matière.

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

7. La législation actuelle en matière de recours dans les affaires d'immigration est représentée dans la loi de 2002 sur la nationalité, l'immigration et l'asile. L'article 82 énonce les décisions prises en matière d'immigration qui peuvent être contestées par voie d'appel, à savoir les décisions d'expulsion et de renvoi. Il n'existe pas de possibilité de faire appel contre une décision qui exclut une personne du Royaume-Uni au motif que sa présence dans le pays est contraire à l'intérêt général. La législation britannique n'emploie pas le terme « expulsion ». Si l'intéressé n'a pas la possibilité de faire appel, il peut introduire un recours sous la forme d'un contrôle juridictionnel.

Article 27. Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion

ALLEMAGNE

Selon le commentaire de la Commission, le projet d'article 27 relève du développement progressif. L'Allemagne tient à rappeler que si elle souscrit d'une manière générale au principe de l'effet suspensif du recours formé contre la décision d'expulsion, il ne lui semble pas nécessaire de développer plus avant les dispositions en vigueur. Les raisons de prévoir cet effet suspensif sont correctement énoncées dans le commentaire du projet d'article considéré : à défaut de suspendre l'exécution de la décision d'expulsion, le recours risque d'être sans effet. C'est précisément pourquoi le droit interne allemand – qui a été exposé en détail à la Commission – confère effectivement un effet suspensif à une vaste gamme de recours formés contre les décisions administratives. Or le libellé du projet d'article 27 ne laisse pas de place aux exceptions qui sont nécessaires pour faire en sorte que cette disposition ne puisse servir à empêcher l'application d'une décision d'expulsion parfaitement fondée. Par conséquent, comme indiqué précédemment, l'Allemagne souscrit au principe général de l'effet suspensif mais proposerait de modifier le projet d'article 27 pour y inclure certaines exceptions. Bien entendu, toute exception doit respecter le droit de chacun à un recours efficace.

AUTRICHE

Le projet d'article 27 est inacceptable en l'état. Il devrait prévoir des exceptions à l'effet suspensif d'un recours, par exemple en cas de menaces à l'ordre public ou pour des raisons de sûreté.

CANADA

Le Canada ne saurait approuver le projet d'article 27, dans la mesure où, en droit canadien, le recours n'a pas nécessairement d'effet suspensif de la décision d'expulsion. Le Canada propose le libellé suivant : « Le recours formé par un étranger objet d'une expulsion, se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant, contre une décision d'expulsion peut avoir un effet suspensif de ladite décision, dans les cas prévus par la loi* . »

DANEMARK (AU NOM DES PAYS NORDIQUES)

Les pays nordiques souscrivent aux commentaires de l'Union européenne¹ concernant ce projet d'article.

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

EL SALVADOR

1. D'après le projet d'article 27, un recours n'a un effet suspensif que lorsqu'il est formé par un étranger qui se trouve légalement sur le territoire, ce qui remet en question le droit à l'égalité devant la loi et risque d'avoir des conséquences néfastes dans la pratique.

2. El Salvador estime que si les suspensions de décision ne doivent pas être systématiques, elles ne sauraient dépendre du statut migratoire de la personne, mais bien de la nécessité de garantir un droit, qui risque d'être violé de manière irréparable par l'exécution de la décision considérée.

3. Il ne s'agit pas d'une proposition nouvelle propre aux expulsions, mais bien de la règle gouvernant l'adoption de mesures de précaution dans le domaine du droit procédural en général. Ainsi, la suspension de la décision d'expulsion n'est rien d'autre qu'un mécanisme – lancé dès le début ou en cours de procédure – pour garantir l'efficacité concrète de la décision finale.

4. Dans certaines procédures d'expulsion, compte tenu des répercussions considérables des décisions prises sur les individus, il est possible qu'il faille appliquer des mesures de précaution pour un grand nombre de cas, non seulement pour éviter les transferts d'un territoire à l'autre, mais surtout pour éviter toutes les conséquences que de tels actes pourraient avoir sur les conditions de vie des requérants et leur exercice d'autres droits fondamentaux comme le droit à la protection de la famille et les droits à la santé, à l'éducation, au travail et à la propriété privée, entre autres.

5. Ainsi, il serait souhaitable d'analyser les effets concrets des décisions prises dans chaque cas et d'en rester au statu quo pendant l'examen du pourvoi formé par l'étranger lorsqu'une décision d'expulsion risquerait d'avoir pour lui des conséquences graves, voire même irréversibles, quand bien même le jugement final serait en sa faveur.

6. Ainsi, l'exécution d'une décision d'expulsion contre une personne qui a vécu pendant plusieurs années sur le territoire de l'État – que ce soit en situation régulière ou irrégulière – représenterait pour elle un véritable déracinement sur tous les plans, ce qui justifierait qu'on suspende l'expulsion pendant toute la durée de l'examen de son pourvoi. De même, indépendamment des procédures relatives aux statuts de réfugiés, de demandeurs d'asile ou d'apatrides, il faut prêter attention au grand nombre de cas dans lesquels une décision d'expulsion influencerait inévitablement sur les conditions de vie futures ou la sécurité personnelle des individus concernés.

7. Par ailleurs, sur le plan international, on constate d'ores et déjà une tendance à l'effet suspensif des recours contre les décisions d'expulsion des migrants en situation irrégulière, comme il ressort des paragraphes 2 et 4 de l'article 22 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille :

2. Les travailleurs migrants et les membres de leur famille ne peuvent être expulsés du territoire d'un État partie qu'en application d'une décision prise par l'autorité compétente conformément à la loi.

[...]

4. En dehors des cas où la décision finale est prononcée par une autorité judiciaire, les intéressés ont le droit de faire valoir les raisons de ne pas les expulser et de faire examiner leur cas par l'autorité compétente, à moins que des raisons impératives de sécurité nationale n'exigent qu'il n'en soit autrement. En attendant cet examen, les intéressés ont le droit de demander la suspension de la décision d'expulsion.

8. Compte tenu de ce qui précède, le libellé suivant est proposé :

«Le recours formé par une personne étrangère objet d'une expulsion contre une décision d'expulsion a un effet suspensif de ladite décision lorsque son exécution peut entraîner un dommage irréparable, ou qui serait difficilement réparable par la décision finale.»

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. En tenant compte des inquiétudes exprimées par plusieurs autres pays, les États-Unis ne pensent pas que ce projet d'article reflète la pratique actuelle des États, et il n'est pas rédigé comme une règle de droit international supposée. Premièrement, le projet d'article est trop vaste, dans la mesure où il pourrait être interprété comme s'appliquant à toute sorte de recours formé par un étranger pendant la procédure d'expulsion. En application de la loi des États-Unis sur l'immigration, un étranger soumis à un arrêté définitif de renvoi a généralement la possibilité de recours à différents niveaux, même s'il existe certaines exceptions, notamment les procédures de renvoi accéléré conformément au paragraphe 1225 *b* du titre 8 du Code des États-Unis (8 U.S.C.). Un recours direct contre l'arrêté de renvoi devant la Commission des recours en matière d'immigration a automatiquement un effet suspensif; les nouveaux recours doivent être accompagnés d'une demande de suspension séparée en attendant que la Commission se prononce sur le premier recours.

2. Les États-Unis estiment que le paragraphe 1 du projet d'article 26, qui décrit un droit de contester la décision d'expulsion au moyen d'un processus d'examen efficace, répond de manière appropriée aux préoccupations à l'origine de ce projet d'article. Les États doivent être flexibles dans le cadre de leur propre système d'immigration et processus d'examen, pour déterminer si certains types de requêtes ou de recours doivent automatiquement avoir un effet suspensif ou permettre des suspensions discrétionnaires, à condition que les étrangers aient accès à un processus d'examen efficace. Ce projet d'article ne prend pas en considération les variations raisonnables entre les différentes pratiques des États en la matière.

3. Les États-Unis pensent que ce projet d'article doit être reformulé pour répondre à ces préoccupations, sinon supprimé.

PAYS-BAS

Les Pays-Bas considèrent qu'il importe au plus haut point de supprimer entièrement le projet d'article 27. Ce projet d'article rendrait quasiment impossible l'expulsion d'un étranger du territoire d'un État. Les Pays-Bas renvoient également au commentaire de l'Union européenne¹

sur le projet d'article. Attribuer un effet suspensif au recours formé contre une décision d'expulsion pourrait en effet être perçu comme une incitation à abuser des procédures de recours et à les détourner de leur véritable objet. Afin d'éviter que les opérations d'éloignement ne contreviennent au droit national ou international, les Pays-Bas préconisent d'insérer au paragraphe 1 *d* du projet d'article 26 le membre de phrase proposé dans le commentaire précédent.

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

Il est préférable de supprimer ce projet d'article. Aux termes de la loi coréenne sur le recours juridictionnel, l'exécution de la décision d'expulsion ne peut être suspendue que par une décision de justice. Un simple recours formé par un étranger objet d'une expulsion ne devrait pas avoir d'effet suspensif de la décision prise par l'autorité publique, car cela risque de limiter de façon injustifiée la souveraineté de l'État.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

1. Le Royaume-Uni ne peut accepter ce projet d'article, qui représente un développement excessif et malheureux du droit.

2. La loi sur l'immigration dont le Parlement britannique est actuellement saisi prévoit que les appels introduits par des criminels étrangers n'ont pas d'effet suspensif lorsque aucun préjudice grave et irréversible ne découle du fait que l'appel ait lieu après que la personne eut quitté le territoire. Ces dispositions sont conformes au droit international et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme la Commission l'a reconnu dans l'analyse qu'elle fait de l'affaire *Čonka c. Belgique*¹ au paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article. Elles sont également conformes à la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *De Souza Ribeiro c. France*².

3. Le Royaume-Uni considère que ces conditions sont celles que le droit international et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme imposent pour qu'un appel ait un effet suspensif. Étendre cet effet à tous les recours introduits contre des décisions d'expulsion est excessif. Lorsqu'un préjudice grave et irréversible pourrait résulter du fait qu'une personne est forcée de partir avant que l'appel ait abouti, il convient que l'appel soit suspensif afin que ce risque ne se réalise pas. Toutefois, en l'absence d'un tel risque, soit en raison de la nature des faits de l'espèce, soit parce que les allégations sont clairement dénuées de fondement, il est excessif et inutile de prévoir un appel suspensif dans tous les cas.

4. Le Royaume-Uni fait observer que la Commission estime que la pratique des États en la matière n'est pas suffisamment uniforme et ne converge pas suffisamment pour former la base, au regard du droit en vigueur, d'une règle de droit international général prévoyant qu'un appel interjeté contre une décision d'expulsion, quelle qu'elle

¹ Les observations présentées par l'Union européenne figurent dans un document reprographié disponible sur le site Web de la Commission (documents de la soixante-sixième session).

¹ *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, CEDH 2002-I.

² *De Souza Ribeiro c. France* [GC], n° 22689/07, CEDH 2012.

soit, a un effet suspensif. Il est d'accord avec la Commission et estime que, compte tenu de cette analyse et de la position qu'il a exposée au paragraphe précédent quant à la proportionnalité et à la nécessité de développer le droit dans le sens proposé par la Commission, la nécessité de développer le droit de cette manière n'est pas suffisamment établie. Le Royaume-Uni partage la conclusion de la Commission selon laquelle l'appel ne devrait pas avoir d'effet suspensif en ce qui concerne les personnes présentes de manière illégale sur le territoire de l'État concerné.

5. Ce projet d'article est contraire à la législation britannique en vigueur, à savoir la loi de 2002 susmentionnée, qui prévoit que l'appel n'aura pas d'effet suspensif dans certains cas bien précis. L'article 94 prévoit qu'il en est ainsi lorsque le ministère certifie qu'une demande d'asile ou demande pour raisons humanitaires est clairement dénuée de fondement. Ces dispositions sont la pierre angulaire du mécanisme d'appel du pays et garantissent que des demandes infondées ne servent pas à retarder le renvoi du pays. La décision par laquelle le ministère certifie que la demande est dénuée de fondement peut faire l'objet d'un recours sous forme de contrôle juridictionnel, qui a, dans ces affaires, un effet suspensif.

Article 28. Procédures de recours individuel

CUBA

À propos du projet d'article 28, il est proposé que, des points de vue *ratione materiae* et *ratione personae*, la lumière soit faite sur l'autorité internationale qui serait compétente pour déterminer si les motifs d'expulsion énoncés au projet d'article 5 n'ont pas existé. Il faut, d'autre part, préciser pour qui l'autorité internationale serait compétente, s'il s'agit des autorités reconnues par l'État expulsant ou pour la personne expulsée.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Compte tenu particulièrement du libellé de la phrase «toute procédure disponible», les États-Unis comprennent que cette disposition reconnaît uniquement l'obligation d'un État de permettre aux étrangers qui font l'objet d'une expulsion de présenter un recours individuel devant une instance internationale compétente lorsqu'une telle procédure est généralement déjà disponible dans cet État ou à son égard.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD

Le Royaume-Uni n'a pas de problème avec ce projet d'article. Toutefois, en ce qui concerne l'utilisation du recours individuel devant une instance internationale pour suspendre provisoirement la mise en œuvre des décisions d'expulsion, le Royaume-Uni demande à la Commission de se reporter aux commentaires qu'il a formulés au sujet du projet d'article 27 sur la mesure dans laquelle un recours contre une décision d'expulsion devrait avoir un effet suspensif lorsqu'il n'existe pas de risque de préjudice grave et irréversible si le recours est introduit et abouti après l'expulsion.

CINQUIÈME PARTIE

CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'EXPULSION

Article 29. Réadmission dans l'État expulsant

ALLEMAGNE

Le projet d'article 29 ne relève pas de la *lex lata*. Même si l'on considère qu'il énonce une règle *de lege ferenda*, son libellé semble être trop général étant donné qu'il prévoit un «droit au retour» dans chaque cas où une autorité compétente établit que l'expulsion était illicite.

AUSTRALIE

L'Australie relève qu'un certain nombre de projets d'article gagneraient à être plus précis ou éclaircis davantage. Par exemple, elle note que le projet d'article 29, paragraphe 1, n'indique pas quels organes précisément constituent, selon la Commission, l'«autorité compétente» et souhaiterait qu'il soit bien précisé qu'il s'agit là d'une autorité compétente de l'État expulsant. Sans un éclaircissement de ce point, l'Australie n'est pas en mesure de dire si, à son avis, le projet d'article est conforme au droit international applicable.

CANADA

En droit international, les étrangers n'ont aucun droit d'entrée dans un État et les étrangers expulsés d'un État ne peuvent prétendre à y être réadmis. Le Canada ne saurait approuver le projet d'article 29, qui reconnaît à l'étranger expulsé un droit à la réadmission s'il est établi après son expulsion que celle-ci était illicite. En revanche, la décision d'expulsion illicite ne saurait être invoquée pour empêcher l'étranger de demander sa réadmission ou de faire une nouvelle demande d'entrée dans le pays.

CUBA

En ce qui concerne le projet d'article 29, relatif à la réadmission d'un étranger dans l'État expulsant au cas où l'expulsion a été illicite, il faut, de l'avis de Cuba, préciser que l'autorité compétente doit être une autorité de l'État expulsant qui rapporte la décision prise par une entité nationale.

EL SALVADOR

1. Le projet d'article 29 prévoit la possibilité d'une réadmission dans les cas d'expulsion illicite, ce qui constitue une disposition importante du développement progressif du droit international. Cela étant, comme il s'agit là d'un seulement des motifs possibles de réadmission, il est recommandé à la Commission du droit international d'ajouter une clause de sauvegarde pour préciser que d'autres motifs peuvent justifier une réadmission.

2. Il est proposé d'ajouter le paragraphe suivant à la fin du projet d'article :

«Le présent article s'applique sans préjudice des autres motifs de réadmission prévus par l'État expulsant.»

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

1. Si les États-Unis apprécient les principes d'équité à l'origine de ce projet d'article, ils ont d'importantes préoccupations, dans la mesure où celui-ci prétend reconnaître un « droit » individuel d'être admis par un État sans précédent. Les étrangers ne possèdent dans aucun autre cas un droit d'être admis dans un État; même si ce projet d'article porte sur des circonstances très particulières, il établirait un précédent inacceptable à cet égard. Même dans des conditions favorables telles que celles décrites dans ce projet d'article, l'État conserve et doit conserver la prérogative souveraine de déterminer quels étrangers peuvent être autorisés à entrer sur son territoire et dans quelles conditions¹. De plus, en abordant la question de l'admission, ce projet d'article va au-delà du champ d'application de la question de l'« expulsion ».

2. Les États-Unis pensent que ce projet d'article doit être reformulé pour répondre à ces préoccupations, sinon supprimé.

¹ Voir *Klemdienst v. Mandel*: « Conformément aux anciens principes du droit international des États-nations [...], le pouvoir d'exclure des étrangers est "inhérent à la souveraineté, nécessaire pour maintenir des relations internationales normales et pour défendre le pays contre les atteintes et les dangers de l'étranger [...]" » [United States Reports, vol 408 (1972), p. 765]; voir également H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, 8^e édition, Londres, Longmans, Green and Co., 1955, p. 675 et 676.

FÉDÉRATION DE RUSSIE

1. Dans le cadre du sujet en général, la Fédération de Russie appelle également l'attention sur l'institution de la réadmission. Comme on le sait, la réadmission, à l'instar de l'expulsion, suppose le savoir de l'étrangers et d'apatrides hors du territoire de l'État, indépendamment de leur volonté. Dans le même temps, la réadmission est une institution juridique distincte, qui repose principalement sur les normes de droit, car, à la différence de l'expulsion, elle suppose non seulement le droit d'un État d'expulser une personne mais aussi l'obligation d'un autre État d'accepter cette personne. En outre, dans le libellé actuel du projet d'articles, seul le projet d'article 29, qui ne vise que l'un des aspects de cette institution juridique – l'obligation de l'État expulsant de reprendre l'étranger en l'absence de motifs légaux d'expulser (la « réadmission erronée ») –, est consacré à la question de la réadmission.

2. La Fédération de Russie estime qu'il serait utile que la Commission éclaircisse d'autres aspects de cette institution dans le projet d'articles.

3. Voir également les observations formulées ci-dessus au titre des commentaires généraux.

PAYS-BAS

Par souci de clarté les mots « dudit État » devraient être ajoutés après « par une autorité compétente ».

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

L'autorisation de réadmettre sur le territoire un étranger expulsé relève du droit souverain de l'État, même

si une autorité compétente a établi que l'expulsion était illicite. C'est pourquoi l'article 11 de la loi coréenne sur le contrôle de l'immigration prévoit des restrictions à la réadmission des étrangers qui ont été expulsés par les autorités coréennes. Dans ces conditions, ce projet d'article devrait être supprimé.

Article 30. Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion

AUSTRALIE

Il ressort de l'expérience de l'Australie qu'il peut y avoir des situations dans lesquelles il serait nécessaire de lever, pour des raisons de sécurité nationale, l'obligation qui est faite aux États de prendre les mesures nécessaires pour protéger les biens de l'étranger objet de l'expulsion, par exemple lorsque ces biens sont liés au crime organisé ou au financement du terrorisme.

CANADA

Le projet d'article 30 impose à l'État expulsant de prendre les « mesures nécessaires » pour protéger les biens de l'étranger objet de l'expulsion. Le commentaire indique que le projet d'article vise par là à accorder un délai raisonnable avant ou après l'expulsion pour permettre le rapatriement des biens. Cette finalité devrait être explicitée dans le projet d'article.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Les États-Unis interprètent le terme « nécessaires » comme accordant une certaine flexibilité aux États dans le traitement de certains types de biens, y compris les biens acquis illicitement par l'étranger. En particulier, comme indiqué au paragraphe 4 du commentaire, la formulation permet de

prendre en compte de façon suffisante l'intérêt que peut avoir l'État expulsant à limiter ou à interdire, conformément à sa propre législation, la libre disposition de certains biens, notamment ceux qui auraient été acquis illégalement par l'étranger en question ou qui seraient le produit d'activités criminelles ou d'autres comportements illicites.

Ainsi, dans certaines circonstances, l'État a le droit de prendre possession des biens d'un étranger objet d'une expulsion à des fins de confiscation. De plus, les États-Unis pensent que les termes « mesures nécessaires » signifient que l'État n'a pas une obligation absolue de protéger les biens d'un étranger objet d'une expulsion.

MAROC

La protection des biens de l'étranger expulsé se présente comme une suite logique à la procédure d'expulsion que le projet d'articles prévoit et qui rejoint la préoccupation de faire respecter les droits acquis de l'étranger expulsé. Perçue sous l'angle de la propriété privée, l'expulsion ne devrait pas porter atteinte aux droits acquis des personnes expulsées, y compris le droit de recevoir un revenu et d'autres prestations qui leur sont dues. Pour le Maroc, la protection des biens de l'étranger expulsé contre une confiscation s'applique à juste titre sous réserve de ce que prévoit la législation nationale, notamment la loi n° 43-05 du 17 avril 2007, telle que consolidée dans sa dernière

version du 17 février 2011, et les autres instruments que le Maroc a adoptés (la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme; et la Convention arabe pour la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme).

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE
ET D'IRLANDE DU NORD

1. Le Royaume-Uni trouve ce projet d'article particulièrement problématique en l'état car il va au-delà des obligations internationales citées par la Commission dans son commentaire dans la mesure où il évoque la protection des biens par l'État, ce qui pourrait être interprété comme imposant une obligation bien plus vaste que celle visant à éviter la réalisation du préjudice concerné, à savoir la privation arbitraire de biens.

2. Le Royaume-Uni autorise les personnes à emmener leurs avoirs lorsqu'ils sont expulsés du pays (même s'il leur faut payer un supplément pour les bagages) ou à prendre des dispositions avec leurs famille ou amis pour envoyer les biens ou s'en débarrasser. Il ne prend pas d'autres mesures pour protéger les biens des étrangers expulsés que celles qui s'appliquent d'une manière générale à toute personne et ne serait pas disposé à en prendre.

3. Le Royaume-Uni suggère que le projet d'article 30 soit reformulé comme suit de manière à spécifiquement prévoir la prévention de la privation arbitraire des biens :

«L'État expulsant prend les mesures nécessaires pour s'assurer que l'étranger objet de l'expulsion n'est pas arbitrairement dépouillé des biens personnels qu'il possède en toute légalité et lui permet, conformément à la loi, d'en disposer librement, même de l'extérieur du territoire.»

**Article 31. Responsabilité de l'État
en cas d'expulsion illicite**

AUTRICHE

Comme l'Autriche l'a déjà indiqué il y a deux ans, ce projet d'article semble superflu parce que, d'une part, toute violation d'une obligation internationale engage indéniablement la responsabilité internationale et que, d'autre part, tout État peut exercer son droit de protection diplomatique à l'égard de ses nationaux. Ces droits et obligations découlent d'autres régimes du droit international et il n'est pas nécessaire de les rappeler dans le présent contexte. En outre, on ne sait pas au juste quels États pourraient être en droit d'invoquer la responsabilité de l'État expulsant. Des éclaircissements à ce sujet devraient figurer au moins dans le commentaire.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Les États-Unis présentent des propositions rédactionnelles afin d'améliorer la clarté de cette disposition. Les

mots «de l'État expulsant» devraient être insérés après «d'obligations internationales»; les mots «découlant du» devraient être remplacés par «reflétées dans le»; le mot «découlant» devrait être inséré avant «de toute»; le mot «applicable» devrait être inséré après «règle»; et les mots «l'État expulsant» devraient être remplacés par «cet État». Après révision, le projet d'article se lirait comme suit :

«L'expulsion d'un étranger en violation d'obligations internationales de l'État expulsant reflétées dans le présent projet d'articles ou découlant de toute autre règle applicable de droit international engage la responsabilité internationale de cet État.»

RÉPUBLIQUE DE CORÉE

Voir les observations formulées ci-dessus au titre des observations générales.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE
ET D'IRLANDE DU NORD

Pour autant que les projets d'article reflètent des obligations internationales existantes, le Royaume-Uni admet qu'une violation de ces obligations pourrait en principe engager la responsabilité internationale de l'État expulsant.

Article 32. Protection diplomatique

ALLEMAGNE

L'Allemagne continue de proposer la suppression du projet d'article 32. Il semble suffire que la protection diplomatique soit mentionnée dans le commentaire.

AUTRICHE

Voir les observations formulées au titre du projet d'article 31.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Les États-Unis souligneraient que, comme le laisse entendre le commentaire, aucune disposition de ce projet d'article ne vise à modifier l'application normale des règles générales relatives à la protection diplomatique conformément au droit international.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE
ET D'IRLANDE DU NORD

Le Royaume-Uni propose que ce projet d'article soit reformulé de manière à prévoir que l'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'expulsion serait nécessairement conditionné par l'existence d'un droit dudit État d'exercer cette protection diplomatique à l'égard du sujet en question.

PROTECTION DES PERSONNES EN CAS DE CATASTROPHE

[Point 4 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/668 et Add.1**

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

[Original: anglais]
[27 février et 11 mars 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	66
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	67
<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>
I. EXAMEN DE LA QUESTION EN 2013	1-6 67
II. PROTECTION DU PERSONNEL DE SECOURS, DE SES BIENS ET DE SON ÉQUIPEMENT	7-50 67
A. Introduction	7-13 67
B. Aperçu des dispositions juridiques inscrites dans les traités multilatéraux et bilatéraux et dans les instruments non contraignants concernant la protection du personnel, des biens et de l'équipement de secours en cas de catastrophe	14-24 69
1. Traités universels	15-16 69
2. Traités régionaux	17-18 69
3. Traités bilatéraux	19-20 70
4. Autres instruments	21-24 70
C. Catégories de personnel, de biens et d'équipement de secours visées	25-34 71
D. Mesures que doivent adopter les États affectés pour s'acquitter de leur obligation de protéger le personnel de secours, ses biens et son équipement.....	35-50 73
Proposition de projet d'article supplémentaire	50 76
Projet d'article 14 bis. <i>Protection du personnel, de l'équipement et des biens de secours</i>	76
III. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	51-82 76
A. Relation avec les règles spéciales du droit international	52-74 76
1. Traités universels	54-59 77
2. Traités régionaux	60-64 77
3. Autres instruments	65-71 78
Proposition de projet d'article supplémentaire	72-74 79
Projet d'article 17. <i>Relation avec les règles spéciales du droit international</i>	79
B. Relation avec d'autres règles du droit international	75-78 79
Proposition de projet d'article supplémentaire	78 80
Projet d'article 18. <i>Questions touchant aux catastrophes qui ne sont pas régies par les présents projets d'article</i>	80

* Incorporant le document A/CN.4/668/Corr.1.

** Le Rapporteur spécial exprime sa profonde gratitude aux personnes suivantes pour leur aide lors de l'élaboration du présent rapport : Giulio Bartolini (maître de conférences en droit international, faculté de droit, Université Roma Tre, Italie), Federico Casolari (maître de conférences en droit international, faculté de droit, Université de Bologne, Italie) et Emanuele Sommario (maître de conférences en droit international, école supérieure Sainte-Anne de Pise, Italie); ainsi qu'au projet «Droit international des catastrophes», dont ils sont les coordonnateurs au niveau local; Lana Ulrich, candidate au diplôme Juris Doctor, Université George Washington, School of Law, Washington; Yann Dehaut-Delville, L.L.M. et magistère de droit, école de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, et candidat L.L.M., Université Fordham, School of Law, New York; et enfin Paul R. Walegur, La Haye, Pays-Bas.

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
C. Relation avec la Charte des Nations Unies.....	79-82	80
Proposition de projet d'article supplémentaire.....	82	81
<i>Projet d'article 19. Relation avec la Charte des Nations Unies</i>		81
IV. TERMES EMPLOYÉS.....	83-122	81
A. Projet d'article supplémentaire proposé	86	81
<i>Projet d'article 3 bis. Termes employés</i>		82
B. Analyse succincte	87-122	82

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève) [Genève, 12 août 1949]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, 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) et 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., vol. 1125, n° 17512, p. 3, et 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 internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers (amendée) [Kyoto, 18 mai 1973]	Ibid., vol. 950, n° 13561, p. 269.
Protocole d'amendement (Bruxelles, 26 juin 1999)	Ibid., vol. 2370, n° 13561, p. 27.
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 internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures (Londres, 30 novembre 1990)	Ibid., vol. 1891, n° 32194, p. 51.
Protocole de 2000 sur la préparation, la lutte et la coopération contre les événements de pollution par les substances nocives et potentiellement dangereuses (Londres, 15 mars 2000)	Organisation maritime internationale, <i>Protocole OPRC-HNS</i> (publication de l'OMI, numéro de vente : 1556F).
Accord portant création de l'Organisme caraïbe d'intervention rapide en cas de catastrophe (Port of Spain, 26 février 1991)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , 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>Documentos Oficiales</i> , OEA/Ser.A/49.
Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (Helsinki, 17 mars 1992)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2105, n° 36605, p. 457.
Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 9 décembre 1994)	Ibid., vol. 2051, n° 35457, p. 363.
Protocole facultatif relatif à la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 8 décembre 2005)	Ibid., vol. 2689, n° 35457, p. 59.
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 anglais sur le site Web de l'Organisation de coopération économique de la mer Noire, à l'adresse suivante : www.bsec-organization.org .
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 (Convention de Tampere) [Tampere, 18 juin 1998]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2296, n° 40906, p. 5.
Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile (Genève, 22 mai 2000)	Ibid., vol. 2172, n° 38131, p. 213.
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)	<i>ASEAN Documents Series 2005</i> , p. 157.
Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (Lisbonne, 13 décembre 2007)	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i> , n° C 306, 17 décembre 2007, p. 1.
Accord de l'Association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR) sur l'intervention rapide en cas de catastrophes naturelles (Malé, 26 mai 2011)	Disponible à l'adresse suivante : www.ifrc.org/docs/idrl/N840EN.pdf (en anglais).

Ouvrages cités dans le présent rapport

DE GUTTRY, Andrea

«Surveying the law», dans A. de Guttry, M. Gestri et G. Venturini (dir. publ.), *International Disaster Response Law*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, p. 3 à 44.

FISHER, David

Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 2007.

GAVSHON, Daniela

«The applicability of IHL in mixed situations of disaster and conflict», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, n° 2 (2009), p. 243 à 263.

HENCKAERTS, Jean-Marie et Louise DOSWALD-BECK

Droit international humanitaire coutumier, vol. I: *Règles*, Bruxelles, CICR/Bruylant, 2006.

RONZITTI, Natalino

«Conclusions», dans A. de Guttry, M. Gestri et G. Venturini (dir. publ.), *International Disaster Response Law*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, p. 703 à 706.

VENTURINI, Gabriella

«International disaster response law in relation to other branches of international law», dans A. de Guttry, M. Gestri et G. Venturini (dir. publ.), *International Disaster Response Law*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, p. 45 à 64.

CHAPITRE I

Examen de la question en 2013

1. À la soixante-cinquième session de la Commission du droit international, en 2013, le Rapporteur spécial a présenté son sixième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe¹. Ce rapport traitait des différents aspects de la prévention: réduction des risques de catastrophe, prévention en tant que principe du droit international et coopération internationale en matière de prévention. Il donnait ensuite une vue d'ensemble des politiques et des cadres législatifs nationaux. Deux propositions de projets d'article ont été formulées dans ce rapport: les projets d'articles 5 *ter* (Coopération en matière de réduction des risques de catastrophe) et 16 (Obligation de prévention).

2. La Commission a examiné le sixième rapport à ses 3175^e à 3180^e séances, du 8 au 16 juillet 2013², et a renvoyé les deux projets d'article au Comité de rédaction.

3. À la lumière des débats tenus par la Commission en séance plénière, le Comité de rédaction a adopté provisoirement les deux projets d'articles supplémentaires suivants: 5 *ter* (Coopération en matière de réduction des risques de catastrophe) et 16 (Obligation de prévention).

4. La Commission a adopté le rapport du Comité de rédaction relatif aux projets d'articles 5 *ter* et 16 à sa

3187^e séance, tenue le 26 juillet 2013. Un peu plus tôt au cours de cette session, à la 3162^e séance, tenue le 10 mai 2013, la Commission avait adopté le rapport du Comité de rédaction relatif aux projets d'articles 5 *bis* et 12 à 15, qu'elle avait examiné et dont elle avait pris note lors de sa précédente session, en 2012.

5. À ses 3190^e et 3191^e séances, les 2 et 5 août 2013, la Commission a adopté les commentaires relatifs aux projets d'articles 5 *bis*, 5 *ter* et 12 à 16. Les sept projets d'article, ainsi que les commentaires y afférents, ont été reproduits dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-cinquième session³.

6. En novembre 2013, à la soixante-huitième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné le chapitre VI du rapport annuel de la Commission, consacré au sixième rapport du Rapporteur spécial et au débat auquel il avait donné lieu, les projets d'articles 5 *ter*, 16 et les commentaires y afférents, tels qu'adoptés par la Commission, ayant spécialement retenu son attention. Un résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission a été établi par le Secrétariat à la demande de l'Assemblée, dans sa résolution 68/112 du 16 décembre 2013⁴.

³ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 57 et suiv.

⁴ Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session (A/CN.4/666), par. 31 à 41.

¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/662.

² Les séances mentionnées dans ce chapitre figurent dans *ibid.*, vol. I.

CHAPITRE II

Protection du personnel de secours, de ses biens et de son équipement

A. Introduction

7. Lors des missions humanitaires internationales, le personnel de secours est exposé à des risques importants. Les statistiques montrent que le personnel et le matériel de ces missions font régulièrement l'objet d'attaques délibérées, de violences et de vols, comme en attestent les rapports périodiques du Secrétaire général sur la sûreté et la sécurité du personnel humanitaire et

la protection du personnel des Nations Unies⁵ ainsi que d'autres sources⁶. Ce phénomène est particulièrement fréquent lorsque les acteurs internationaux doivent

⁵ Voir, par exemple, le document A/68/489.

⁶ Voir les données disponibles à l'adresse suivante: <https://aidworksecurity.org>. Voir également la résolution 5 intitulée «Les soins de santé en danger: Respecter et protéger les soins de santé», adoptée à la trente et unième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2011.

travailler dans des situations de conflit armé ou dans des États en proie à une détérioration générale des conditions de sécurité, due essentiellement à des causes politiques et économiques.

8. À la lumière du projet d'article 3 et de son commentaire, le champ d'application des présents projets d'article pourrait sembler relativement limité dans les scénarios susmentionnés, puisqu'ils ne concernent pas les crises économiques ou politiques ou les conflits armés comme des événements constituant une catastrophe en soi⁷. Le projet d'article 3 est axé sur l'existence d'un événement ou d'une série d'événements catastrophiques, qu'ils soient d'origine naturelle ou humaine, qui peuvent avoir l'une des trois conséquences suivantes: 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.

9. Toutefois, même dans ces situations, la possibilité que le personnel, les biens et l'équipement de secours soient exposés à des risques est réelle et ne peut dès lors être exclue. En fait, certains événements passés ont mis en exergue l'importance des questions de sécurité dans ces cas de figure également. Une catastrophe peut entraîner une grave détérioration de l'ordre public dans les États affectés, aggravant ainsi les risques de sécurité auxquels est exposé le personnel de secours. En outre, la valeur considérable de l'équipement et des biens appartenant aux acteurs internationaux participant aux opérations de secours constitue une cible tentante pour les délinquants. Par ailleurs, dans les situations souvent chaotiques qui font suite aux catastrophes, certains sinistrés peuvent être poussés à prendre arbitrairement le contrôle des fournitures de secours, les détournant des zones et des besoins essentiels définis par les autorités compétentes des États affectés dans leur volonté d'agir conformément aux principes reconnus dans le projet d'article 6.

10. Les situations ainsi envisagées peuvent nuire à l'efficacité de l'aide humanitaire et, partant, compromettre les efforts menés par les États affectés et les acteurs internationaux pour apporter aux populations sinistrées soutien et aide au relèvement. Si la violence et les attaques perpétrées à l'encontre du personnel civil et militaire chargé d'apporter une assistance extérieure sont préjudiciables aux biens et à l'équipement utilisés dans les opérations de secours, elles ont également des retombées néfastes immédiates sur les victimes d'une catastrophe, en ce qu'elles compromettent leurs chances de voir leurs droits fondamentaux (droit à l'alimentation, à la santé, à l'eau, etc.) dûment respectés. Elles ont également des effets négatifs à long terme, dans la mesure où elles peuvent saper les capacités et la volonté des acteurs internationaux d'apporter leur aide lors des catastrophes, affaiblissant ainsi le respect du devoir de coopération inscrit dans le projet d'article 5.

⁷ Voir *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 194 et 195, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 3. Pour le texte du projet d'articles et des commentaires y relatifs, adopté par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), par. 56.

11. En outre, l'obligation spécifique d'assurer la protection du personnel, des biens et de l'équipement engagés dans les opérations de secours n'empiète nullement sur l'obligation parallèle, bien que distincte, énoncée dans le projet d'article 14, à savoir la facilitation de l'assistance extérieure. En vertu du projet d'article 14, l'État affecté prend les mesures nécessaires, dans le cadre de son droit national, afin de faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance extérieure, et s'assure que ses législation et réglementation pertinentes sont facilement accessibles.

12. Toutefois, même si le fait d'assurer la protection du personnel de secours civil et militaire ainsi que de ses biens et de son équipement peut, au sens large, être assimilé à une facilitation de l'assistance extérieure, la nature et la portée spécifiques de cette obligation l'écartent du champ d'application des mesures prévues au projet d'article 14. Comme indiqué dans le commentaire correspondant, le projet d'article 14 « vise à garantir que la législation nationale permette la fourniture d'une assistance prompte et effective⁸ ». L'objectif premier de cet article est donc de contraindre les États à prendre les mesures nécessaires et adaptées dans le cadre de leur droit national, notamment des mesures législatives et administratives, afin d'être en mesure de relever les défis juridiques liés à l'entrée sur leur territoire des équipes d'assistance, s'ils sont victimes d'une catastrophe ou lorsqu'ils font office de pays de transit pour les opérations de secours internationales. À cet égard, une liste non exhaustive des domaines couverts par les mesures devant être prises par les États figure dans le texte du projet d'article 14 et de son commentaire, à savoir: a) pour le personnel de secours: les privilèges et immunités, les conditions de visa et d'entrée, les permis de travail et la liberté de circulation; et b) pour les biens et l'équipement: la réglementation douanière et les droits de douane, l'imposition, le transport, ainsi que leur cession⁹.

13. Lorsqu'on examine la question de la protection du personnel, des biens et de l'équipement de secours, on peut distinguer d'une part les problèmes existants, et d'autre part les mesures à prendre par les États affectés. Dans le cas qui nous intéresse, les États sont tenus d'adopter une série de mesures, essentiellement positives, dans un but précis: assurer la sûreté et la sécurité des personnes dont l'action humanitaire constitue l'un des piliers des opérations internationales de secours aux sinistrés. Il ne s'agit pas uniquement pour l'État affecté de garantir l'existence d'un ordre juridique national facilitant l'assistance extérieure, mais également de veiller à mettre en place les conditions de sécurité nécessaires au bon déroulement des opérations de secours, ce qui permettra d'assurer la protection du personnel, des biens et de l'équipement présents sur place.

⁸ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 62, paragraphe 1 du commentaire relatif à l'article 14.

⁹ Voir *Loi-type relative à la facilitation et à la réglementation des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe (avec commentaire)*, Genève, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (FICR)/Bureau de la coordination des affaires humanitaires (OCHA)/Union interparlementaire, 2013; disponible à l'adresse suivante: www.ifrc.org/docs/IDRL/MODEL%20ACT%20FRENCH.pdf.

B. Aperçu des dispositions juridiques inscrites dans les traités multilatéraux et bilatéraux et dans les instruments non contraignants concernant la protection du personnel, des biens et de l'équipement de secours en cas de catastrophe

14. La nécessité de maintenir une distinction entre les obligations liées à la facilitation de l'assistance extérieure, d'une part, et celles qui concernent la protection des personnes, des biens et de l'équipement, d'autre part, se reflète clairement dans la pratique internationale. Comme en témoignent des traités universels, régionaux et bilatéraux, ainsi que des instruments non contraignants, ces deux catégories d'obligations sont, dans la grande majorité des cas, consignées dans des dispositions distinctes. Un tour d'horizon des instruments internationaux pertinents permet de mieux se rendre compte que cette nécessité de disposer de règles distinctes concernant l'obligation de protéger est largement reconnue, et met en exergue la pertinence d'un examen de cette question dans le cadre des travaux menés par la Commission sur le présent sujet.

1. TRAITÉS UNIVERSELS

15. En ce qui concerne les traités universels, les principales conventions traitant de catastrophes d'origine naturelle ou humaine font systématiquement référence à cette obligation additionnelle. On trouve une première mention de l'obligation de protéger à l'alinéa *b* de l'article 3 de la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique, qui dispose que « [l']État qui requiert l'assistance [...] assure [...] la protection du personnel, du matériel et des matériaux introduits sur son territoire, aux fins de l'assistance, par la partie qui fournit l'assistance ou pour son compte ». D'autres dispositions de cette Convention détaillent les privilèges, immunités et facilités qui doivent être accordés aux fins de l'exercice des fonctions d'assistance¹⁰.

16. Des dispositions similaires se retrouvent dans des traités universels ultérieurs. Certains instruments adoptent une formulation identique à celle de l'alinéa *b* de l'article 3 de la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique, comme par exemple à l'annexe X, paragraphe 2, de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, ou encore au paragraphe 3 de l'article 5 de 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 catastrophe (Convention de Tampere), aux termes duquel : « L'État partie demandeur garantit la protection du personnel, des équipements et du matériel amenés sur son territoire au titre de la présente Convention. » Des termes similaires ont été employés au paragraphe 5 de l'article 4 de la Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile, qui affirme qu'en cas de catastrophe « [l']État Bénéficiaire [...] assurera la protection des personnes et des biens de l'unité de protection civile de l'État Solidaire ». Enfin, il faut également mentionner la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé et le Protocole

facultatif relatif à la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, qui élargit l'application de la Convention à toutes les opérations visant à apporter une aide humanitaire d'urgence, à moins que les États parties n'aient décidé de ne pas appliquer ces dispositions aux opérations menées à seule fin de réagir à une catastrophe naturelle¹¹. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, « [l]es États parties prennent toutes les mesures appropriées pour assurer la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé. Les États parties prennent notamment toutes mesures appropriées pour protéger le personnel des Nations Unies et le personnel associé qui sont déployés sur leur territoire des infractions visées à l'article 9 ». En outre, en cas de situation d'urgence complexe, les dispositions prises dans le cadre du droit international humanitaire peuvent s'avérer pertinentes à cet égard¹².

2. TRAITÉS RÉGIONAUX

17. Les traités régionaux multilatéraux contiennent des dispositions spécifiques aux mêmes fins. À cet égard, il faut noter l'influence incontestable de l'article 3 *b* de la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique sur la rédaction des instruments régionaux ultérieurs ; plusieurs d'entre eux se contentent en effet d'en reproduire le contenu. En des termes très proches de ceux qui sont employés à l'article 3 *b*, ces traités demandent aux États affectés « [d']assurer la protection du personnel, du matériel et des matériaux » introduits sur son territoire aux fins de la fourniture d'une assistance extérieure. On peut également citer ici les dispositions sensiblement identiques de l'article 16, paragraphe 5, de l'Accord portant création de l'Organisme caraïbe d'intervention rapide en cas de catastrophe, qui dispose que « [l']État demandeur assure la protection du personnel, de l'équipement et du matériel emmenés sur son territoire aux fins de prêter assistance en cas de catastrophe » ; l'article 12, paragraphe 2, de l'Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence, libellé comme suit : « La Partie requérante ou bénéficiaire doit assurer la protection du personnel, de l'équipement et du matériel apporté sur son territoire à cette fin par l'entité prêtant assistance ou au nom de celle-ci » ; et le paragraphe 2 de l'article IX de l'Accord de l'Association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR) sur l'intervention rapide en cas de catastrophes naturelles de 2011, aux termes duquel : « La Partie requérante fournit, dans la mesure de ses capacités, des installations et des services sur place en vue d'assurer l'efficacité de l'administration de l'assistance. Elle assure également la protection du personnel, du matériel et des matériaux introduits sur son territoire, aux fins de l'assistance, par la partie qui fournit l'assistance ou pour son compte. »

¹¹ Voir aussi les paragraphes 47 à 49 ci-après.

¹² Plusieurs dispositions du droit humanitaire international peuvent être pertinentes à cet égard, par exemple : les articles 70, paragraphe 4, et 71, paragraphe 2, du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) ; et l'article 59 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. Voir aussi les règles 31 et 32 dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I : Règles, p. 142 à 150.

¹⁰ Voir, par exemple, les articles 8 et 9.

18. Des dispositions ayant le même objectif ont été prévues dans d'autres traités régionaux comme la Convention interaméricaine visant à faciliter l'apport d'assistance dans les cas de catastrophes, qui, dans son article IV c, donne pour instruction à l'État qui reçoit l'assistance de «déplo[yer] tous ses efforts pour protéger le personnel, le matériel et l'approvisionnement introduits sur son territoire à ces fins par l'État donateur ou au nom de celui-ci», ainsi que 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, dont l'article 8, paragraphe 4, dispose que «l'État partie demandeur assure la sécurité» des membres des équipes de secours.

3. TRAITÉS BILATÉRAUX

19. De nombreux traités bilatéraux relatifs à la coopération dans le domaine de la prévention et de l'intervention en cas de catastrophe d'origine naturelle ou humaine contiennent des dispositions très semblables, insistant sur l'obligation de protéger incombant aux États touchés par une catastrophe. La plupart de ces instruments utilisent des formules communes. Ainsi, bon nombre de ces traités contiennent des dispositions aux termes desquelles «les autorités de l'État requérant une aide accordent [...] aide et protection aux équipes de secours ou aux experts individuels de l'État fournissant une assistance¹³». On peut également mentionner les dispositions selon lesquelles «la Partie contractante requérant une aide veille à la sécurité des équipes de secours et des experts individuels¹⁴»

¹³ Voir: Accord entre la République d'Autriche et la République d'Albanie relatif à l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves (Vienne, 27 janvier 2010), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2771, n° 48807, p. 307, à la page 333, art. 8, par. 3; Accord entre la République d'Autriche et la Confédération suisse sur l'assistance réciproque en cas de catastrophes ou d'accidents graves (Vienne, 22 mars 2000), *ibid.*, vol. 2176, n° 38307, p. 275, à la page 293, art. 9, par. 3; Traité entre la République d'Autriche et la République tchèque concernant l'assistance réciproque en cas de catastrophes ou d'accidents graves (Vienne, 14 décembre 1998), *ibid.*, vol. 2137, n° 37267, p. 207, à la page 227, art. 8, par. 3; Accord entre la République d'Autriche et la Principauté du Liechtenstein relatif à l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves (Vienne, 23 septembre 1994), *ibid.*, vol. 1901, n° 32390, p. 113, à la page 128, art. 9, par. 3; Convention entre la République d'Autriche et la République d'Allemagne relative à l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves (Salzbourg, 23 décembre 1988), *ibid.*, vol. 1696, n° 29224, p. 61, à la page 75, art. 9, par. 3; Accord entre le Gouvernement de la République française et le Conseil fédéral suisse sur l'assistance mutuelle en cas de catastrophe ou d'accident grave (Berne, 14 janvier 1987), *ibid.*, vol. 1541, n° 26743, p. 285, à la page 289, art. 9, par. 4; Accord entre le Royaume du Danemark et la République fédérale d'Allemagne sur l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves (Tønder, 16 mai 1985), *ibid.*, vol. 1523, n° 26375, p. 95, à la p. 118, art. 7, par. 3; Convention entre le Royaume des Pays-Bas et le Royaume de Belgique sur l'assistance mutuelle dans la lutte contre les catastrophes et les accidents (La Haye, 14 novembre 1984), *ibid.*, vol. 1526, n° 26466, p. 27, à la page 36, art. 5, par. 3; Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume de Belgique sur l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves (Paris, 21 avril 1981), *ibid.*, vol. 1437, n° 24347, p. 33, à la page 37, art. 7, par. 3; et Convention entre la République française et la République fédérale d'Allemagne sur l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou accidents graves (Paris, 3 février 1977), *ibid.*, vol. 1214, n° 19561, p. 67, à la page 71, art. 7, par. 3.

¹⁴ Accord entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Gouvernement de la République de Hongrie relatif à la coopération et à l'assistance mutuelle en cas de catastrophe et autres accidents d'envergure (Riga, 19 novembre 2003), *ibid.*, vol. 2313, n° 41334, p. 759, à la page 799, art. 5, par. 5.

ou qui font référence, de manière générale, à l'obligation pour l'État touché par une catastrophe d'assurer la «sécurité»¹⁵ ou la «protection»¹⁶ des équipes de secours, ou encore de «leur accorde[r] protection [*provide for their safety*]»¹⁷ ou d'«assurer[r] la sécurité indispensable à l'accomplissement de leur mission¹⁸».

20. Contrairement aux traités multilatéraux, qu'ils soient universels ou régionaux, mentionnés aux paragraphes 15 à 18 ci-avant, il arrive que les traités bilatéraux ne fassent pas référence aux biens et à l'équipement. Il convient toutefois de souligner que les biens et l'équipement utilisés lors des opérations de secours internationales sont inclus dans le champ d'application des dispositions correspondantes. Une analyse des articles traitant des termes et définitions employés dans les articles de ces traités confirme cette conclusion. Dans ce contexte, l'emploi des termes «équipes d'intervention d'urgence» ou «équipes de secours» couvre clairement les biens et l'équipement correspondants. Ainsi, l'article 2 de l'Accord entre la République d'Autriche et la République d'Albanie relatif à l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves précise que «[p]ar «équipes de secours» on entend les unités civiles ou militaires spécialisées dotées d'équipements et de vivres et articles de secours suffisants, affectés à prêter assistance à l'État requérant¹⁹». Cette définition, reproduite en des termes comparables dans d'autres traités, implique que toute référence à la protection qui doit être accordée aux membres individuels d'une mission de secours englobe également les biens et l'équipement liés à cette mission. Le personnel de secours et les biens et l'équipement qu'ils utilisent sont inextricablement liés, les éléments matériels contribuant indiscutablement à l'assurance d'un relèvement prompt et effectif pour les victimes.

4. AUTRES INSTRUMENTS

21. Enfin, on trouve également des références à l'obligation de protéger dans divers instruments non

¹⁵ Accord entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Conseil des Ministres de l'Ukraine relatif à la coopération dans le domaine de la prévention de catastrophes et de l'élimination de leurs conséquences (Riga, 27 avril 2006), *ibid.*, vol. 2619, n° 46591, p. 95, à la page 126, art. 6, par. 4; et Accord entre le Gouvernement de la République hellénique et le Gouvernement de la Fédération de Russie dans le domaine de la prévention des catastrophes naturelles ou dues à l'homme et d'intervention en cas d'urgence (Athènes, 21 février 2000), art. 8.

¹⁶ Accord entre la République d'Autriche et le Royaume hachémite de Jordanie relatif à l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves (Amman, 13 mars 2004), art. 8, par. 3, *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* (BGBl), vol. III, n° 119, 12 juillet 2005; Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Fédération de Russie sur la coopération dans le domaine de la protection civile, de la prévention et de la gestion des situations d'urgence (Moscou, 18 octobre 1999), art. 8, *Journal officiel de la République française*, n° 90, 15 avril 2001, p. 5909 et suiv.; et Accord entre le Royaume d'Espagne et le Royaume du Maroc, relatif à la coopération technique et à l'assistance mutuelle en matière de protection civile (Rabat, 21 janvier 1987), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1717, n° 29861, p. 143.

¹⁷ Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République tchèque relatif à l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves (Berlin, 19 septembre 2000), *ibid.*, vol. 2292, n° 40860, p. 291, à la page 317, art. 8.

¹⁸ Accord entre le Gouvernement du Royaume d'Espagne et le Gouvernement de la Fédération de Russie relatif à la coopération concernant la collaboration aux fins de la prévention des catastrophes et de l'entraide visant à en atténuer les conséquences (Madrid, 14 juin 2000), *ibid.*, vol. 2153, n° 37586, p. 57, à la page 90, art. 9, par. 3.

¹⁹ Voir *supra* la note 13.

contraignants. L'Assemblée générale, par exemple, dans sa résolution 57/150 du 16 décembre 2002, « demande [...] instamment à tous les États de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la protection des équipes internationales de recherche et de sauvetage opérant sur leur territoire », réaffirmant ainsi une disposition comparable déjà présente dans les Règles types pour les opérations de secours en cas de catastrophe de l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR) de 1982, en vertu desquelles « [l']État de réception prend toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la sûreté du personnel de secours désigné et de tous les locaux, installations et moyens de transport utilisés dans le cadre des activités de secours²⁰ ».

22. D'autres instruments non contraignants reconnaissent également cette responsabilité de protéger incombant à l'État affecté. À cet égard, mention peut être faite du paragraphe 22 des Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe, qui déclare que

[l]es États touchés devraient prendre des dispositions propres à garantir la sûreté et la sécurité du personnel participant aux opérations de secours et de relèvement initial menées par les États et les organisations humanitaires admissibles prêtant assistance, ainsi que celles des locaux, installations, moyens de transport, biens et équipements utilisés dans le cadre de ces opérations²¹.

23. Dans le même ordre d'idées, l'Institut de droit international a considéré que ce principe était étroitement lié au cadre juridique relatif aux situations de catastrophe, par exemple au paragraphe 3 de l'article VII de sa résolution sur l'assistance humanitaire de 2003, aux termes de laquelle « [l]es États affectés doivent [...] assurer [...] la protection du personnel, des biens et des services fournis²² ».

24. La précédente étude vient étayer la conclusion selon laquelle la pratique internationale confirme à la fois la pertinence et le caractère autonome de l'obligation incombant aux États affectés de protéger le personnel de secours, ses biens et son équipement.

C. Catégories de personnel, de biens et d'équipement de secours visés

25. Certaines restrictions générales ont été explicitement introduites dans les traités pertinents; certains précisent par exemple que le personnel, les biens et l'équipement de secours ne seront considérés comme tels que s'ils ont

²⁰ Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR), *Model Rules for Disaster Relief Operations* (M. El Baradei et al.), Policy and Efficacy Studies, n° 8 (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.82.XV.PE/8), règle type 17, p. 44.

²¹ Voir FICR, *Présentation des Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe*, Genève, 2008, p. 19.

²² Résolution sur l'assistance humanitaire, adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Bruges, le 2 septembre 2003, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (session de Bruges, 2003), p. 262 à 276, à la page 274, art. VII, par. 3. Voir aussi le paragraphe 20 c du projet de directives internationales pour les opérations d'aide humanitaire, dans P. Macalister-Smith, *International Guidelines for Humanitarian Assistance Operations*, Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1991.

été ainsi désignés par les États parties au traité. Toutefois, les dispositions de plusieurs des traités susmentionnés n'incluent ni n'excluent de manière spécifique certaines autres catégories de personnel humanitaire susceptibles d'intervenir dans l'opération de secours coordonnée par l'État affecté. En conséquence, différents groupes de personnel humanitaire peuvent être considérés comme pertinents dans ce contexte: personnel civil et militaire de l'État; employés des organisations internationales; personnel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge; et personnel des organisations non gouvernementales, participant aux opérations de secours aux sinistrés menées par l'État concerné.

26. L'absence d'exclusions spécifiques ne peut être interprétée comme signifiant que toute personne ou toute entité présente sur le territoire de l'État affecté, avec pour objectif d'apporter un soutien aux opérations de secours, peut automatiquement être couverte au titre des dispositions accordant protection. Les traités réaffirment continuellement l'un des principes fondamentaux de l'aide humanitaire en cas de catastrophe, à savoir la nécessité d'obtenir l'accord de l'État affecté pour la fourniture d'assistance extérieure et le rôle essentiel joué par cet État dans la direction, la coordination et la supervision de l'assistance et des opérations de secours entreprises à la fois par les pays prêtant assistance et par les acteurs non étatiques, notamment les organisations internationales.

27. Dans ce contexte, il est important de noter que bon nombre des dispositions relatives à l'obligation de protéger ont été introduites, sous forme de paragraphes distincts, dans des articles traitant du rôle de coordination et de gestion des États affectés s'agissant de l'assistance extérieure. L'Accord de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence, par exemple, en plus de réaffirmer au paragraphe 2 de son article 11 que les secours ne peuvent être fournis qu'à la demande et avec le consentement de la Partie requérante, définit, au paragraphe 1 de son article 12, les modalités de fonctionnement d'une opération internationale efficace. À cette fin, il prie, d'une part, l'État bénéficiaire de se charger de la direction générale et de la supervision de l'assistance fournie sur son territoire, et, d'autre part, l'État prêtant assistance de nommer, en consultation avec l'État affecté, un responsable de l'opération d'aide qui assurera la supervision immédiate du personnel étranger et de son équipement. Au paragraphe suivant (paragraphe 2) de l'article 12, l'Accord dispose que l'État requérant assure la protection du personnel, des biens et de l'équipement introduits sur son territoire par « l'Entité qui fournit l'assistance » ou en son nom, un terme général qui englobe les États, les organisations internationales et toutes autres entités ou personnes qui offrent et/ou prêtent assistance à un État partie à l'Accord²³. Dans la même lignée, la Convention de Tampere souligne qu'aucune assistance en matière de télécommunication ne sera fournie sans le consentement de l'État partie demandeur; elle reconnaît à cet État le droit de diriger, de gérer, de coordonner et de superviser l'assistance en matière de télécommunication, tout en acceptant que le coordonnateur des Nations Unies

²³ Art. 1, par. 1: « L'expression "entité prêtant assistance" est définie comme suit: État, organisation internationale ou autre entité ou personne qui offre ou fournit une assistance à une partie bénéficiaire ou requérante dans une situation d'urgence en cas de catastrophe. »

pour les secours d'urgence fasse office de coordonnateur des opérations au titre de la Convention²⁴. Parallèlement, la Convention de Tampere reconnaît aux États parties demandeurs le droit de demander une assistance en matière de télécommunication directement à des entités autres que des États ou à des organisations intergouvernementales, une expression définie au paragraphe 10 de son article premier comme incluant les organisations non gouvernementales et le Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. En conséquence, le champ d'application du paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention de Tampere relatif à la protection du personnel, des équipements et du matériel utilisés dans le cadre de la mission internationale peut être étendu à tous les acteurs engagés dans 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.

28. Plusieurs conventions multilatérales internationales dotées d'une structure semblable adoptent une démarche similaire. Elles insistent tout particulièrement sur la nécessité pour les acteurs extérieurs d'obtenir l'accord de l'État affecté pour la fourniture d'assistance, sur le rôle de coordination prépondérant de cet État, qui prévaut sur celui des acteurs internationaux prêtant assistance, et enfin sur l'obligation lui incombant d'assurer la protection du personnel, des biens et de l'équipement de secours. On peut à cet égard citer, par exemple : les articles II et IV de la Convention interaméricaine visant à faciliter l'apport d'assistance dans les cas de catastrophes ; les articles 2 et 4 de la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique ; et les articles III et IX de l'Accord de l'ASACR sur l'intervention rapide en cas de catastrophes naturelles.

29. L'objectif de l'obligation de protéger inscrite dans les traités internationaux susmentionnés est d'inciter les États à agir avec la diligence requise, en mettant tout en œuvre pour assurer la sûreté et la sécurité des acteurs humanitaires dont l'appui a été accepté et est supervisé par les autorités gouvernementales du pays affecté. Comme cela sera montré plus loin, cette démarche globale est pertinente pour une bonne exécution de cette obligation. Les autorités locales sont, en fait, les mieux placées pour évaluer les risques de sécurité auxquels pourrait être exposé le personnel de secours, collaborer avec lui en vue du règlement des questions de sécurité et coordonner les activités des acteurs extérieurs, compte tenu de ces préoccupations. En outre, c'est à elles que revient un rôle essentiel, celui de mettre en place le cadre de sûreté nécessaire au bon déroulement des activités de secours.

30. La démarche décrite ci-dessus s'inscrit dans le droit fil des projets d'article sur ce sujet, tels qu'adoptés à ce jour, qui reposent sur les principes fondamentaux du droit international que sont la souveraineté et la non-intervention. On peut mentionner ici le projet d'article 11, qui subordonne la fourniture d'une assistance extérieure à un régime de consentement de l'État affecté, ou encore le projet d'article 9, qui dispose que l'État affecté joue le premier rôle dans la direction, le contrôle, la coordination et la supervision des activités de secours et d'assistance, avec pour but de s'acquitter de son devoir de protéger les

victimes de catastrophes et de leur fournir une assistance, conformément aux principes et aux règles du droit international codifiés et développés par la Commission dans le présent projet. Ainsi, vue sous cet angle, la protection du personnel, des biens et de l'équipement de secours est un facteur clé supplémentaire pour permettre à l'État affecté de s'acquitter pleinement de son obligation, comme prévu au projet d'article 9.

31. Afin de mieux définir, aux fins du projet en cours, le champ d'application de l'obligation de protéger, il faut s'intéresser à une autre des dispositions déjà adoptées, à savoir le projet d'article 12. Ce projet d'article fait référence à une série d'acteurs (États, Nations Unies, autres organisations intergouvernementales et organisations non gouvernementales compétentes) susceptibles de jouer un rôle complémentaire lors des interventions d'urgence, en offrant leur aide sous la forme de certains des types de coopération envisagés au projet d'article 5 *bis*. L'action ainsi entreprise pourrait supposer la mise à disposition de personnel, de biens et d'équipement de secours, ainsi que de ressources scientifiques, médicales et techniques.

32. En conséquence, une fois que l'État affecté a accepté les offres d'assistance faites par les acteurs extérieurs concernés et est convaincu que ces entités extérieures, États ou autres, ont les moyens de mener à bien leurs propres interventions d'aide, il s'efforcera d'assurer la protection du personnel, des biens et de l'équipement de secours concernés. Dès lors, à la lumière du projet d'article 12, le personnel de secours visé par l'inclusion, dans les présents projets d'article, de dispositions expresses visant à garantir leur protection, pourrait être du personnel civil ou militaire d'un État, du personnel d'organisations internationales, du personnel du Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, ou encore du personnel attaché aux organisations non gouvernementales compétentes.

33. La protection des biens et de l'équipement appartenant à ces entités, et qui doivent être utilisés dans le cadre de leur participation aux opérations de secours et d'assistance au relèvement initial, est également pertinente dans ce contexte. L'expression « biens et équipement », qui est l'expression généralement utilisée dans les textes sur ce sujet, doit être interprétée au sens large comme incluant tous les articles nécessaires au succès de l'opération en cours. Dans son usage courant, on entend par « équipement » les objets indispensables au personnel de secours pour lui permettre de s'acquitter de ses fonctions d'assistance, comme les radios et véhicules ; les « biens » ou autres termes assimilés désignent quant à eux les articles destinés à être distribués aux victimes d'une catastrophe, à leur porter secours et à assurer leur relèvement initial, comme les articles de première nécessité. L'article 2 de l'Accord entre la République d'Autriche et le Royaume hachémite de Jordanie relatif à l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves²⁵, par exemple, dispose ceci : « Par "équipement", on entend le matériel, en particulier les installations techniques, moyens de transport et chiens sauveteurs nécessaires à l'intervention ainsi que les biens utilisés pour les besoins personnels. Les "articles de secours" désignent les articles destinés à être

²⁴ Art. 2 et 4.

²⁵ Voir *supra* la note 16.

distribués gratuitement aux victimes vivant dans l'État demandeur». Dans le même ordre d'idées, l'article 2 de l'Accord entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Conseil des Ministres de l'Ukraine relatif à la coopération dans le domaine de la prévention de catastrophes et de l'élimination de leurs conséquences²⁶ énonce ce qui suit: «Aux termes du présent Accord, les termes et expressions utilisés ont la signification suivante: [...] 6) "matériel" désigne l'équipement, les moyens techniques et les véhicules nécessaires, les médicaments et le matériel médical ainsi que les trousseaux personnelles des membres de l'équipe de secours et/ou des experts individuels; 7) "fournitures destinées à l'assistance" signifie les ressources matérielles allouées devant être distribuées gratuitement parmi la population affectée par les catastrophes». On trouve déjà une référence à ces termes au paragraphe 1 b du projet d'article 14 du présent projet, qui mentionne «les biens et l'équipement» utilisés pour l'opération de secours. Dans le commentaire correspondant, il est précisé que cette expression englobe «la totalité des fournitures, outils, machines, denrées alimentaires, médicaments et autres objets nécessaires aux opérations de secours²⁷». En toute logique, les objets énumérés dans cette liste non exhaustive pourraient être inclus dans le champ d'application d'un éventuel projet d'article relatif à l'obligation de protéger le personnel, l'équipement et les biens de secours. Dans le présent projet, dans un souci d'uniformité de langage, le Rapporteur spécial a systématiquement utilisé les termes «biens et équipement», plutôt que «matériel et équipement» ou «matériel et matériaux» employés dans les traités internationaux et les documents traitant du sujet.

34. Bien que les dispositions types des traités relatifs à cette question mentionnent «l'équipement et le matériel introduits» sur le territoire de l'État affecté, il faut tenir compte du fait que les acteurs humanitaires peuvent avoir besoin de se procurer sur les marchés locaux les articles qui leur sont nécessaires pour mener à bien leurs activités de secours. Ainsi, indépendamment de leur origine, ces biens et équipement doivent également bénéficier d'une protection par l'État affecté.

D. Mesures que doivent adopter les États affectés pour s'acquitter de leur obligation de protéger le personnel de secours, ses biens et son équipement

35. Les mesures que doivent adopter les États affectés pour s'acquitter de leur obligation de protéger le personnel de secours ainsi que l'équipement et les biens qu'il utilise peuvent varier sur le plan du contenu et nécessiter différentes formes de conduite de la part des États.

36. Avant toute chose, les États touchés par une catastrophe doivent tenir compte des aspects négatifs d'une telle obligation, de sorte à empêcher que leurs propres organes se retrouvent directement impliqués dans des activités préjudiciables au personnel de secours, à leurs biens et à leur équipement. En ce sens, l'obligation de protéger est une obligation de résultat, dotée d'un contenu clair bien que son exécution demeure hypothétique,

puisqu'on attend de l'État touché par une catastrophe qu'il agisse de manière positive pour assurer la sûreté des acteurs internationaux qu'il a autorisés à participer aux opérations de secours menées sur son territoire, comme il s'y est engagé.

37. Cette obligation d'agir de manière positive découlant de l'obligation de protéger soulève des questions nettement plus complexes. Le personnel de secours peut notamment se trouver exposé à des risques induits par les activités d'acteurs non étatiques cherchant à profiter des conditions de sécurité instables qui font suite aux catastrophes pour tirer des gains illicites d'activités criminelles visant le personnel, les biens et l'équipement de secours, ou qui prendraient part délibérément à des actes nuisibles dirigés contre eux pour la simple raison qu'ils font partie de missions internationales.

38. Afin d'éviter que des individus, en leur nom propre, se livrent à ce type d'actes néfastes, les États affectés sont tenus d'agir avec la diligence requise en prenant toutes les mesures préventives nécessaires pour leur permettre d'atteindre l'objectif recherché par cette obligation internationale. L'obligation de protéger le personnel, les biens et l'équipement de secours peut, dès lors, être considérée comme une obligation de comportement plutôt que de résultat, en vertu de laquelle les États requérant une assistance sont tenus d'agir avec précaution et diligence pour assurer cette protection en s'efforçant d'éviter les comportements nuisibles.

39. La qualification de l'obligation de protéger comme obligation de comportement est confirmée par les instruments internationaux traitant du devoir de protection du personnel, des biens et de l'équipement de secours. On peut mentionner à cet égard l'article IV c de de la Convention interaméricaine visant à faciliter l'apport d'assistance dans les cas de catastrophes, qui demande à l'État recevant l'assistance de «déplo[er] aussi tous ses efforts pour protéger le personnel, le matériel et l'approvisionnement introduits sur son territoire à ces fins par l'État donateur ou au nom de celui-ci». De même, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, dispose, au paragraphe 2 de son article 7, que «[l]es États parties prennent toutes les mesures appropriées pour assurer la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé. Les États parties prennent notamment toutes mesures appropriées pour protéger le personnel des Nations Unies et le personnel associé qui sont déployés sur leur territoire» d'une série d'infractions envisagées par la Convention. On trouve d'autres références du même type dans des traités bilatéraux, comme à l'article 2, paragraphe 3, de l'Accord entre la Suisse et la Fédération de Russie en matière d'intervention rapide humanitaire face aux catastrophes naturelles et causées par l'homme et en matière de coopération internationale au développement, conclu le 21 septembre 2009²⁸, aux termes duquel: «Le cas échéant, les Parties aident et protègent comme il se doit et

²⁶ Voir *supra* la note 15.

²⁷ Voir *Annuaire...* 2013, vol. II (2^e partie), p. 62, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 14.

²⁸ Accord entre la Direction suisse du développement et de la coopération et le Ministère de la Fédération de Russie pour la défense civile, les urgences et l'élimination des conséquences des catastrophes naturelles en matière d'intervention rapide humanitaire face aux catastrophes naturelles et causées par l'homme et en matière de coopération internationale au développement (Berne, 21 septembre 2009), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2641, n° 47040, p. 89, à la page 99.

dans toute la mesure du possible» le personnel, les biens et l'équipement de secours. D'autres documents soulignent clairement le caractère d'obligation de comportement de ces dispositions. Par exemple, en vertu de la règle 17 des règles types de l'UNITAR, L'État de réception prend toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la sûreté du personnel de secours désigné et de tous les locaux, installations et moyens de transport utilisés dans le cadre des activités de secours. Dans la même veine, le paragraphe 22 des Lignes directrices de la FICR fait référence aux «dispositions propres à garantir la sûreté et la sécurité du personnel participant aux opérations de secours et de relèvement initial menées par les États et les organisations humanitaires admissibles prêtant assistance, ainsi que celles des locaux, installations, moyens de transport, biens et équipements utilisés dans le cadre de ces opérations²⁹».

40. Les obligations de comportement n'exigent pas des États qu'ils atteignent l'objectif de l'obligation concernée, mais qu'ils mettent tout en œuvre pour y parvenir. Comme établi par la Cour internationale de Justice dans le cas de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*,

l'on ne saurait imposer à un État quelconque l'obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide: l'obligation qui s'impose aux États parties est plutôt celle de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide. La responsabilité d'un État ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint³⁰.

41. Les mesures à prendre par les États dans le cadre de leur obligation de «mettre tout en œuvre» pour atteindre l'objectif visé dépendent donc du contexte. Selon la Cour internationale de Justice, «[l]e contenu de l'obligation de prévention varie d'un instrument à l'autre, selon le libellé des dispositions pertinentes et en fonction de la nature même des actes qu'il s'agit de prévenir³¹». L'obligation de comportement laisse aux États une certaine marge d'appréciation quant aux mesures à adopter, car ils manquent généralement d'indications précises concernant les moyens de parvenir au résultat escompté, compte tenu des circonstances. Ainsi, s'agissant des obligations positives liées au droit à la vie, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé qu'

on ne saurait imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif en ignorant les choix opérationnels qu'elles doivent faire en termes de priorités et de ressources [...]; cela résulte de la marge d'appréciation étendue dont doit jouir l'État dans des domaines sociaux et techniques difficiles, comme la Cour l'a déjà déclaré à plusieurs reprises [...]. Il convient de reconnaître encore plus de poids à cette considération dans la sphère des secours aux sinistrés³².

De même, pour pouvoir déterminer si le Nicaragua avait ou non agi avec la diligence requise pour empêcher le trafic, sur son territoire, d'armes destinées à El Salvador, la Cour internationale de Justice a pris en compte plusieurs facteurs comme les moyens limités dont disposait

le gouvernement, le caractère intrinsèque des activités illicites clandestines privées menées sur son territoire et les obstacles géographiques présents dans les zones concernées³³. Ces obligations peuvent également revêtir un caractère dynamique en fonction de l'évolution de la situation, comme l'a affirmé la Commission à propos d'autres questions de droit international. Ainsi, dans le commentaire sur les projets d'article relatifs à la prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, 2001, la Commission a indiqué que

[c]e qui peut être considéré comme un degré raisonnable de vigilance ou de diligence peut changer avec le temps; ce qui peut être considéré comme étant une procédure, une norme ou une règle appropriée et raisonnable à un moment donné peut ne pas l'être à un moment ultérieur³⁴.

Dans le cas des catastrophes, plusieurs facteurs peuvent être pris en compte pour évaluer la pertinence des mesures à adopter en vue de l'exécution de l'obligation de protéger, comme les difficultés pour l'État de mener à bien ses activités en raison du chaos créé par la catastrophe, l'attitude et le comportement des acteurs humanitaires participant aux opérations de secours ou encore les circonstances ayant pu avoir une incidence dans la zone d'opérations à l'époque des faits.

42. Par ailleurs, il convient de souligner que les risques de sécurité doivent être évalués en tenant compte du caractère global des missions de secours et de la nécessité de garantir aux victimes une aide appropriée et efficace. Les États n'étant tenus que par une obligation de comportement, et non par une obligation de résultat, le devoir de protection ne doit pas les inciter à dresser des obstacles déraisonnables et disproportionnés au bon déroulement des activités des acteurs humanitaires participant aux opérations de secours. À cet égard, il convient d'appeler l'attention sur le projet d'article 14, qui demande aux États de prendre les mesures nécessaires pour faciliter la liberté de circulation du personnel de secours. Comme l'a reconnu avec raison la Commission dans son commentaire sur ce projet d'article,

[l]es États affectés peuvent restreindre l'accès à certains endroits sensibles tout en autorisant une libre circulation dans la zone concernée. En restreignant sans nécessité les déplacements du personnel de secours, on réduit la capacité de celui-ci de fournir une assistance modulable³⁵.

43. En outre, en ce qui concerne les mesures éventuelles qui pourraient être adoptées à cet égard, il convient de souligner que la possibilité d'avoir recours à des escortes armées pour les opérations de secours doit être évaluée en fonction des meilleures pratiques mises en œuvre dans la région par les principaux acteurs humanitaires en place. À cet égard, il est utile de prêter une attention particulière aux directives non contraignantes du Comité permanent interorganisations sur l'utilisation d'escortes armées pour les convois humanitaires de 2013, qui ont pour but d'aider les acteurs concernés à prendre une décision sensée, respectant pleinement les principes humanitaires et la sécurité des opérations humanitaires. Comme exposé au chapitre II («Règle générale») de ce document,

²⁹ Voir *supra* la note 21.

³⁰ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, à la page 221, par. 430.

³¹ *Ibid.*, p. 220, par. 429.

³² *Boudaïeva et autres c. Russie*, nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02, par. 135, CEDH 2008 (extraits).

³³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, aux pages 73 à 75, par. 155 à 157.

³⁴ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 166, paragraphe 11 du commentaire relatif au projet d'article 3.

³⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 62, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 14.

[I]a règle générale est que les convois humanitaires n'utilisent pas d'escortes armées ou militaires.

Néanmoins, dans certaines circonstances exceptionnelles, le recours à une escorte armée peut être nécessaire, « en dernier recours », pour permettre l'intervention humanitaire. Avant d'opter pour cette solution, toutes les conséquences de l'utilisation d'escortes armées devront être examinées et toutes les autres options envisagées³⁶.

Cette conclusion se justifie d'autant plus que les problèmes de sécurité sont généralement nettement moins graves lors des catastrophes que lorsqu'une assistance doit être fournie dans une situation de conflit armé ou d'autres scénarios à haut risque.

44. Dans ce contexte, il convient de noter qu'une série de traités concernant l'assistance en cas de catastrophe ont tendance à exclure expressément la possibilité que le personnel militaire étranger participant aux opérations de secours assure la sécurité d'autres membres des équipes engagées dans ces activités, cette tâche étant réservée aux forces armées et aux forces de police de l'État affecté³⁷. Cette restriction peut également être déduite d'autres dispositions exigeant que le personnel militaire étranger participant aux missions de secours ne soit pas armé³⁸. Toutefois, lorsque l'État affecté a clairement exprimé son consentement, et en particulier dans le cadre de l'exécution d'un mandat spécifique donné par des organes internationaux compétents comme le Conseil de sécurité, la possibilité que des acteurs autres que les forces de la police ou de l'armée du pays hôte puissent également assurer la protection du personnel, des biens et de l'équipement de secours ne peut être exclue aux fins du présent projet d'articles. Cette dernière option peut donc également être prévue, à condition qu'elle n'aillent pas à l'encontre des principes et des règles codifiés et établis à ce jour.

45. Par ailleurs, les acteurs humanitaires eux-mêmes peuvent contribuer à la réalisation de l'objectif recherché,

³⁶ IASC Non-Binding Guidelines on the Use of Armed Escorts for Humanitarian Convoys, 27 février 2013, p. 3, disponible à l'adresse suivante : <https://www.unocha.org/sites/unocha/files/Armed%20Escort%20Guidelines%20-%20Final.pdf>.

³⁷ Voir l'Accord entre la République argentine et la République du Pérou relatif à la coopération en matière de secours en cas de catastrophes (Buenos Aires, 11 juin 2004), *Boletín Oficial de la República Argentina*, 25 août 2006, n° 30976, p. 5, art. 7, par. 2. Voir aussi l'Accord entre la République argentine et la République du Chili relatif à la coopération en matière de secours en cas de catastrophes (Santiago, 8 août 1997), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2776, n° 48880, p. 185, à la page 201, art. 7, par. 3.

³⁸ Voir article 12, paragraphe 2 de l'Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence ; article IX, paragraphe 2, de l'Accord de l'ASACR sur l'intervention rapide en cas de catastrophes naturelles. Voir aussi Conseil de l'Europe, recommandation Rec(2002)3 du Comité des Ministres aux États membres sur la coopération transfrontalière en matière de protection civile et d'entraide en cas de désastres naturels et technologiques survenant dans les zones frontalières, annexe, par. 13 (« au cas où les secours comprendraient des unités militaires ou paramilitaires, l'État requis devrait s'assurer que celles-ci interviennent sans armement, selon des accords spécifiques avec l'État requérant, spécialement en ce qui concerne la protection du personnel ou du matériel envoyé ») ; Bureau de la coordination des affaires humanitaires, Directives sur l'utilisation des ressources militaires et de la protection civile étrangères dans le cadre des opérations de secours en cas de catastrophe (Directives d'Oslo), telles que révisées en novembre 2007, par. 29 (« En principe, le personnel militaire et de protection civile étranger déployé dans le cadre d'une mission de secours à la suite d'une catastrophe s'acquiesce de ses fonctions sans armes et sous l'uniforme national. C'est à l'État touché qu'il incombe de façon générale d'en assurer la sécurité par des moyens appropriés »).

en adoptant une série de mesures d'atténuation visant à réduire leur vulnérabilité face aux menaces de sécurité. Le devoir de protection envers le personnel affecté à des missions internationales dangereuses fait clairement partie des responsabilités qui incombent aux acteurs humanitaires concernés. Il suffit de rappeler la position déjà adoptée par la Cour internationale de Justice en 1949, lorsqu'elle a affirmé que

l'Organisation peut constater la nécessité [...] de confier à ses agents des missions importantes qui doivent être effectuées dans des régions troublées du monde. [...] Tant afin d'assurer l'exercice efficace et indépendant de ses fonctions que pour procurer à ses agents un appui effectif, l'Organisation doit leur fournir une protection appropriée³⁹.

Au sein du système des Nations Unies, ces mesures de protection doivent être prises, au premier chef, par le Secrétaire général, comme indiqué sur le Règlement du personnel de l'Organisation des Nations Unies⁴⁰. Aux termes de l'article 1.2 c :

Les fonctionnaires sont soumis à l'autorité du Secrétaire général [...]. Dans l'exercice du pouvoir qui lui est ainsi conféré, le Secrétaire général doit veiller à ce que, en fonction des circonstances, toutes les dispositions voulues en matière de protection et de sécurité soient prises à l'intention des fonctionnaires qui s'acquiescent des tâches entrant dans leurs attributions.

Cette responsabilité confiée au Secrétaire général a été confirmée par plusieurs résolutions de l'Assemblée générale sur la sûreté et la sécurité du personnel humanitaire et la protection du personnel des Nations Unies. Dans sa dernière résolution sur le sujet, par exemple, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général, entre autres,

de continuer à prendre les mesures requises pour que le personnel des Nations Unies et les autres personnels [...] soient dûment informés des normes minimales de sécurité opérationnelle et des codes de conduite applicables et s'y conforment, et soient aussi dûment informés des conditions dans lesquelles ils sont appelés à travailler et des règles qu'ils sont tenus de respecter [...] et qu'ils reçoivent la formation voulue dans les domaines de la sécurité [...] afin de pouvoir exercer leurs activités dans de meilleures conditions de sécurité et d'efficacité, et [a] réaffirm[é] que tous les organismes humanitaires doivent prendre des mesures analogues pour leur personnel⁴¹.

Ce devoir de protection, dans le contexte spécifique des opérations de secours en cas de catastrophe, a également été réaffirmé au paragraphe 22 des Lignes directrices de la FICR, qui précise que « [I]es États et les organisations humanitaires prêtant assistance devraient aussi prendre les mesures appropriées dans leur planification et leurs opérations pour réduire les risques d'insécurité⁴² ».

46. En dépit des mesures préventives qui pourraient être adoptées par les acteurs concernés, des actes nuisibles peuvent être commis à l'encontre du personnel, des biens et de l'équipement de secours. Ces activités illicites doivent être punies par l'État affecté, dans l'exercice de ses compétences de répression des crimes commis dans sa juridiction. Comme indiqué dans la résolution sur

³⁹ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949, p. 174, à la page 183.

⁴⁰ Voir Règlement provisoire et Statut du personnel de l'Organisation des Nations Unies, circulaire du Secrétaire général du 21 octobre 2009 (ST/SGB/2009/7).

⁴¹ Voir résolution 67/85 de l'Assemblée générale, du 13 décembre 2012, par. 20. Plusieurs mesures additionnelles sont également envisagées aux paragraphes 19 à 36 de la résolution.

⁴² Voir *supra* la note 21.

l'assistance humanitaire de 2003 de l'Institut de droit international, en cas d'attaques contre le personnel, les installations, les biens ou les véhicules impliqués dans une action d'assistance humanitaire, « les personnes accusées doivent être traduites devant toute juridiction interne ou internationale compétente⁴³ ».

47. À cet égard, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé et son Protocole facultatif pourraient jouer un rôle utile pour les États parties. En vertu de ce traité, les États parties ont l'obligation d'assurer la sécurité et la sûreté des catégories de personnel visées à l'article 2 *a* et *b* et de punir les infractions spécifiques visées par la Convention, soit en soumettant l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, soit en extradant les auteurs présumés desdites infractions. Toutefois, pour que ces dispositions s'appliquent, le personnel des Nations Unies et le personnel associé doivent participer à l'une des missions visées à l'article 1 *c* de la Convention ou à l'article II du Protocole facultatif. L'article 1 *c* de la Convention est ainsi libellé :

« Opération des Nations Unies » s'entend d'une opération établie par l'organe compétent de l'Organisation des Nations Unies conformément à la Charte des Nations Unies et menée sous l'autorité et le contrôle des Nations Unies :

i) lorsque l'opération vise à maintenir ou à rétablir la paix et la sécurité internationales ; ou

ii) lorsque le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale a déclaré aux fins de la présente Convention qu'il existe un risque exceptionnel pour la sécurité du personnel participant à l'opération.

48. En vertu de ses dispositions, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé n'est applicable au personnel humanitaire participant à une opération de secours qu'à la seule condition que le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale aient déclaré qu'il existait un risque exceptionnel. Néanmoins, à ce jour, aucune déclaration de ce type n'a été adoptée par l'un ou l'autre de ces organes.

⁴³ Art. IX, par. 2 [*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (voir *supra* la note 22)].

49. Le Protocole facultatif, dans son article II, paragraphe 1, étend l'application de la Convention, sans la condition de déclaration du risque exceptionnel, aux opérations menées aux fins

a) d'apporter une aide humanitaire ou politique, ou une aide au développement dans le cadre de la consolidation de la paix, ou

b) d'apporter une aide humanitaire d'urgence.

Si ce second cas de figure pourrait couvrir une série de missions menées dans le cadre d'une opération de secours en cas de catastrophe, l'État hôte est autorisé, en vertu du paragraphe 3 de l'article II du Protocole facultatif, à déclarer au Secrétaire général qu'il n'appliquera pas ces dispositions

à une opération visée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article II menée à seule fin de réagir à une catastrophe naturelle. Une telle déclaration est faite préalablement au déploiement de l'opération.

Un État touché par une catastrophe pourrait donc faire référence à cette clause aux fins de ne pas appliquer le Protocole facultatif et la Convention à la catastrophe en question. Il convient toutefois de souligner qu'à ce jour aucun État partie n'a jamais fait usage de cette possibilité.

Proposition de projet d'article supplémentaire

50. Au vu de ce qui précède, le Rapporteur spécial conclut qu'il est justifié d'insérer dans le projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe un projet d'article relatif à la protection du personnel, de l'équipement et des biens de secours dans les situations de catastrophe. Le projet d'article proposé, qui portera provisoirement le numéro d'article 14 *bis*, serait libellé comme suit :

« *Projet d'article 14 bis. Protection du personnel, de l'équipement et des biens de secours*

« L'État affecté prend toutes les mesures nécessaires pour assurer la protection du personnel, de l'équipement et des biens de secours présents sur son territoire aux fins d'y fournir une assistance extérieure. »

CHAPITRE III

Dispositions générales

51. Comme c'est le cas pour les projets établis par la Commission sur d'autres sujets, le présent projet doit être complété par des clauses générales ou dérogatoires concernant ses interactions avec les autres règles du droit international applicables aux situations de catastrophe. De telles clauses peuvent en effet contribuer à délimiter plus précisément le champ d'application des projets d'article.

A. Relation avec les règles spéciales du droit international

52. Dans son mémoire de 2007 intitulé « Protection des personnes en cas de catastrophe »⁴⁴, le Secrétariat a

recensé plus de 200 instruments juridiques internationaux touchant à divers aspects de la prévention des catastrophes et de l'intervention en cas d'urgence et, de manière générale, pertinents pour la protection des individus dans ces situations. D'autres traités multilatéraux et bilatéraux pertinents ont été référencés dans six rapports présentés successivement depuis 2008 par le Rapporteur spécial, et notamment dans le sixième de ces rapports⁴⁵. En effet, dans le domaine des secours en

de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie)].

⁴⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/662, par. 70 à 112. La FICR tient à jour une base de données des instruments pertinents, qui peut être consultée à l'adresse suivante : www.ifrc.org/fr/publications/disaster-law-database. Voir aussi De Guttery, « Surveying the law ».

⁴⁴ 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

cas de catastrophe et dans celui des activités de préparation et de prévention des catastrophes et d'atténuation de leurs effets, la coopération internationale s'est intensifiée au fil du temps, entraînant l'élaboration de quantité de normes et de règles dans ce domaine. En outre, plusieurs domaines spécialisés du droit international doivent être pris en compte pour évaluer le champ d'application exact des droits et devoirs des autres acteurs en matière de prévention et de gestion des catastrophes⁴⁶. Cela explique la nécessité d'une disposition visant à harmoniser les présents projets d'article avec les autres règles du droit international.

53. Pour savoir comment formuler une telle disposition, il faut examiner les instruments existants qui, à l'instar des présents projets d'article, traitent de la question de la prévention des catastrophes et de l'intervention en cas d'urgence dans une perspective globale. Ces instruments abordent en général un grand nombre de sujets, ouvrant la voie à d'éventuelles discordances avec d'autres normes plus spécialisées du droit international. Dans un souci d'exhaustivité, la présente étude inclura également des instruments non contraignants et d'autres documents établis et adoptés par des organes faisant autorité.

1. TRAITÉS UNIVERSELS

54. Concernant les traités universels dans un premier temps, il existe actuellement deux instruments sectoriels en vigueur qui contiennent des normes générales visant à réglementer la fourniture d'assistance humanitaire internationale : la Convention de Tampere et la Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile.

55. Si elle traite exclusivement de la fourniture d'assistance en matière de télécommunications, la Convention de Tampere énonce des règles relatives à un certain nombre d'aspects pertinents pour les activités des acteurs humanitaires étrangers (consentement, privilèges et immunités, cessation de l'assistance, coûts, obstacles réglementaires, etc.). Pour remédier à d'éventuelles discordances avec d'autres normes du droit international, une disposition énonçant que la Convention « n'altère pas les droits et obligations des États parties découlant d'autres accords internationaux ou du droit international⁴⁷ » y a été ajoutée.

56. La Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile 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-crise⁴⁸ » en définissant les principes en vertu desquels toutes les opérations d'assistance doivent être menées. Lorsqu'elle décrit sa relation avec d'autres normes internationales, la Convention établit qu'elle « ne porte pas atteinte aux autres obligations assumées par les États parties, au titre du droit international⁴⁹ ».

⁴⁶ Pour une étude complète des différents domaines du droit international concernés, voir FICR, *Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*, p. 33 à 82. Voir aussi Venturini, « International disaster response law in relation to other branches of international law ».

⁴⁷ Art. 10.

⁴⁸ Préambule.

⁴⁹ Ibid., art. 5.

57. D'autres traités ouverts à une participation universelle ont pour but de régir l'ensemble des droits et obligations des États parties en matière de prévention et de gestion des catastrophes causées par certaines activités humaines spécifiques⁵⁰. Il est dès lors pertinent de les inclure dans la présente étude.

58. Parmi ces instruments, on trouve la Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures, qui impose des obligations visant à garantir que des actions promptes et efficaces soient entreprises pour réduire les dommages qui pourraient résulter de tels incidents. L'article 11 de cette convention est libellé comme suit :

Aucune des dispositions de la présente Convention ne saurait être interprétée comme portant atteinte aux droits ou aux obligations de toute Partie en vertu d'autres conventions ou accords internationaux.

Le Protocole de 2000 sur la préparation, la lutte et la coopération contre les événements de pollution par les substances nocives et potentiellement dangereuses contient une disposition identique⁵¹.

59. De même, l'article 12 de la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique dispose que

[l]a présente Convention n'affecte pas les droits et obligations réciproques des États Parties en vertu d'accords internationaux existants relatifs aux questions couvertes par la présente Convention, ou en vertu d'accords internationaux futurs conclus conformément à l'objet et au but de la présente Convention.

2. TRAITÉS RÉGIONAUX

60. Plusieurs instruments régionaux couvrent eux aussi des questions traitées dans les présents projets d'article, et ont un champ d'application similaire, *ratione materiae* et *ratione temporis*. La plupart de ces documents contiennent des clauses qui régissent leurs relations avec d'autres traités et/ou d'autres règles du droit international général ayant le même champ d'application.

61. 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 établit que le traité « n'affecte pas les droits et obligations des parties découlant d'autres accords internationaux⁵² ».

62. L'un des traités les plus récents et les plus complets adoptés au niveau régional est l'Accord de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence. Cet accord, « où s'exprime une grande partie de la pensée contemporaine en ce qui concerne l'atténuation des effets des catastrophes et de la réduction des risques⁵³ », est

⁵⁰ Pour une liste complète, voir 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 de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie)].

⁵¹ Art. 9.

⁵² Art. 22.

⁵³ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/598, p. 155, par. 34.

de nature générale et couvre un vaste éventail de sujets. L'une de ses clauses établit que ses dispositions « ne doivent aucunement modifier les droits et les obligations de quelque Partie qui figurent dans un traité, une convention ou un instrument existant auquel elle serait partie⁵⁴ ».

63. L'accord régional le plus récent concernant l'assistance extérieure en cas de catastrophe est l'Accord de l'ASACR sur l'intervention rapide en cas de catastrophes naturelles. L'objectif de ce traité est d'« instituer des mécanismes régionaux efficaces d'intervention rapide, 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 catastrophes grâce à une action concertée au plan national et à un renforcement de la coopération au plan régional⁵⁵ »; ses dispositions couvrent de nombreuses activités différentes liées aux interventions lors de catastrophes. L'article XVII de l'Accord est libellé comme suit :

Cet Accord n'altère pas les droits et obligations des États parties découlant d'autres traités, conventions et accords bilatéraux ou multilatéraux auxquels ils sont parties.

64. Une approche différente est privilégiée dans la Convention interaméricaine visant à faciliter l'apport d'assistance dans les cas de catastrophes, qui dispose que,

[e]n cas de divergence entre la présente Convention et d'autres accords internationaux auxquels sont parties l'État donateur et l'État assisté, est appliquée la disposition qui facilite davantage l'apport d'assistance en cas de catastrophes et accorde la plus grande aide et protection au personnel qui prête cette assistance⁵⁶.

3. AUTRES INSTRUMENTS

65. Un autre texte notable est le projet de convention sur l'accélération de l'acheminement des secours d'urgence, élaboré au début des années 1980 à l'initiative du Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe⁵⁷ et qui contient des dispositions équivalentes à celles des présents projets d'article. L'article 29 (« Application d'autres accords relatifs à l'assistance d'urgence ») énonce ce qui suit :

1. La présente Convention ne porte pas préjudice à l'applicabilité d'autres accords conclus par une partie avant son entrée en vigueur.

2. L'entrée en vigueur de la présente Convention n'empêche pas une partie de conclure ultérieurement d'autres accords relatifs à l'assistance d'urgence à condition que les droits et obligations des autres États et organisations appliquant la présente Convention ne soient pas affectés.

66. La résolution sur l'assistance humanitaire adoptée en 2003 par l'Institut de droit international présente également un intérêt pour cette étude. À l'instar des présents projets d'article, la résolution a pour objectif de fournir des orientations générales sur les droits et devoirs des États dans les situations de catastrophes naturelles ou

causées par l'homme. La relation entre cette résolution et les autres règles du droit international est définie à l'article X :

La présente Résolution est sans préjudice :

a) des règles et principes du droit international humanitaire applicables en cas de conflit armé, et notamment des conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes de guerre et des protocoles additionnels de 1977⁵⁸ et,

b) des règles du droit international régissant l'assistance humanitaire dans des situations particulières.

67. L'étude ci-avant laisse penser que, chaque fois que des États et des organes d'experts ont réglé les relations entre, d'une part, un instrument relatif aux catastrophes ayant un vaste champ d'application et couvrant une grande quantité de questions, et, d'autre part, des traités ou autres règles du droit international de portée plus spécifique, la solution privilégiée a été d'accorder la primauté à cette seconde catégorie.

68. Cette option est probablement celle qui est la plus en phase avec l'objectif des présents projets d'article, comme l'indique le projet d'article 2, qui est de « faciliter une réaction adéquate et efficace aux catastrophes, répondant aux besoins essentiels des personnes intéressées dans le plein respect de leurs droits ». Étant donné que bon nombre des dispositions déjà incluses dans le présent projet énoncent des règles générales concernant la coopération internationale en cas de catastrophe, il serait incongru de leur accorder une valeur de préséance sur des règles plus spécifiques énoncées dans des traités bilatéraux ou multilatéraux (existants ou futurs). Ces deux catégories de traités énonçant également les obligations pour les États parties, leur application servira mieux les intérêts des personnes victimes d'une catastrophe. De toute évidence, il ne faut pas s'attendre à ce que les États concluent des accords bilatéraux ou multilatéraux contenant des dispositions qui vont à l'encontre des principes généraux du droit international inscrits dans les présents projets d'article.

69. L'approche décrite ci-dessus a le mérite de préserver les normes plus strictes qui pourraient avoir été établies au moyen d'accords spécialisés, afin d'éviter tout conflit entre le présent projet d'articles et les traités qui fixent lesdites normes. Cette même approche permettrait également de régler les conflits potentiels entre le présent projet d'articles et les normes du droit coutumier dotées d'un champ d'application similaire. Il faut néanmoins souligner que l'application de ces normes spéciales ne peut modifier l'applicabilité des présents projets d'article dans la mesure où ceux-ci couvrent des questions non régies par lesdites normes⁵⁹.

70. À cet égard, il convient de rappeler que la Commission a déjà abordé cette question de la relation entre les règles inscrites dans le présent projet et une branche

⁵⁴ Art. 30.

⁵⁵ Art. II.

⁵⁶ Art. XV.

⁵⁷ Voir A/39/267/Add.2-E/1984/96/Add.2 et Corr.1. Le Conseil économique et social, à qui le projet a été soumis, a décidé de ne pas donner suite à l'initiative.

⁵⁸ Il est également à noter que la résolution inclut les conflits armés dans sa définition de « catastrophe » [*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (voir *supra* la note 22), p. 266, art. I, par. 2].

⁵⁹ En ce qui concerne la corrélation entre les règles générales et les règles spéciales du droit international, voir les conclusions de la Commission relatives aux travaux du Groupe d'étude sur le sujet « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 186, par. 251.

spéciale du droit international lorsqu'elle a évoqué, à l'article 4 du présent projet, la possible interaction entre les projets d'article et le droit humanitaire international. Comme le déclare le projet d'article 4,

[I]e présent projet d'articles ne s'applique pas aux situations auxquelles les règles du droit international humanitaire sont applicables.

Dans son commentaire relatif à cet article, la Commission a souligné le fait que dans les situations de conflit armé, les règles du droit humanitaire international devaient primer sur celles énoncées dans les présents projets d'article, confirmant ainsi l'opinion générale selon laquelle le droit humanitaire international constitue la loi spéciale applicable pendant les conflits armés⁶⁰.

71. Nonobstant ce qui précède, la Commission a également souligné dans le même commentaire que le projet d'article 4 ne devait pas être interprété comme justifiant une exclusion générale de l'applicabilité du projet d'articles dans les situations où le conflit armé se déroulerait dans une région touchée par une catastrophe, car une telle exclusion «serait néfaste à la protection des victimes de catastrophe⁶¹». Le commentaire se poursuit en ces termes :

Si l'on ne tente pas de régir les conséquences des conflits armés dans le projet d'articles, celui-ci peut néanmoins s'appliquer dans des situations de conflit armé dans la mesure où les règles en vigueur du droit international, en particulier les règles du droit international humanitaire, ne s'appliquent pas⁶².

Ainsi, bien que l'on considère que le droit international humanitaire doit primer en tant que corpus législatif applicable dans les situations de conflit armé, l'applicabilité simultanée des présents projets d'article est préservée.

Proposition de projet d'article supplémentaire

72. Au vu de ce qui précède, l'inclusion du projet d'article suivant est proposée :

«Projet d'article 17. Relation avec les règles spéciales du droit international

«Le présent projet d'articles ne s'applique que dans la mesure où il est compatible avec des règles spéciales du droit international applicables aux situations d'urgence.»

⁶⁰ Voir *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 196, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 4.

⁶¹ *Ibid.*, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 4.

⁶² *Ibid.*, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 4. En effet, l'applicabilité résiduelle des projets d'article aux situations de conflit armé semble pertinente dans la mesure où, bien qu'elles soient relativement étouffées, les règles du droit international humanitaire relatives à l'assistance humanitaire présentent certaines lacunes que d'autres règles et principes du droit international pourraient aider à combler. Voir, par exemple, Gavshon, «The applicability of IHL in mixed situations of disaster and conflict». L'application simultanée du droit humanitaire international et d'autres branches du droit international a été fermement réaffirmée, s'agissant du droit relatif aux droits de l'homme, par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, à la page 178, par. 106. Ce principe a également été reconnu par la Commission dans ses récents travaux sur les effets des conflits armés sur les traités, qui prennent pour point de départ l'hypothèse selon laquelle l'existence d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application. Voir le projet d'article 3 du projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 108.

73. Cette formulation doit être préférée à une clause de type «sans préjudice», d'une part parce qu'elle reflète mieux la nature résiduelle des projets d'article par rapport aux règles spéciales du droit international, et d'autre part parce qu'elle est davantage en phase avec le libellé de dispositions semblables récemment adoptées par la Commission, par exemple le projet d'article 17 de ses projets d'article sur la protection diplomatique, qui énonce ce qui suit :

Règles spéciales du droit international

Le présent projet d'articles ne s'applique que dans la mesure où il est compatible avec des règles spéciales du droit international, telles que des dispositions conventionnelles relatives à la protection des investissements⁶³.

74. Eu égard à la proximité logique existant entre le projet d'article 17 et le projet d'article 4, il est suggéré que ce dernier soit déplacé et inclus dans les dispositions générales du projet⁶⁴.

B. Relation avec d'autres règles du droit international

75. Après avoir examiné la relation entre les présents projets d'article et différents types de règles spéciales du droit international applicables aux situations d'urgence, et gardant à l'esprit la proposition connexe relative à l'inclusion dans le présent projet d'une clause régissant cette relation, il convient de déterminer quelles autres clauses dérogatoires il serait opportun d'inclure dans le texte. Dans un souci de clarté de cette étude, il faut se poser la question de savoir si oui ou non les dispositions générales qui viendront compléter le présent projet devraient également traiter de sa relation avec d'autres normes internationales couvrant des questions non régies par lui. De ce point de vue, il semblerait utile d'inclure une clause générale établissant que les règles applicables du droit international continuent de régir les questions juridiques qui pourraient se faire jour en cas de catastrophe. En ce sens, une telle disposition aurait pour objectif de compléter la clause précédente (projet d'article 17) : si cette dernière est destinée à accorder une priorité normative à toute règle spéciale dans le domaine d'application du présent projet, la disposition en question viserait à assurer une application parallèle des règles internationales dont le champ d'application est différent. Même si, de prime abord, cette façon de faire les choses peut sembler superflue, voire évidente, le rôle d'une telle disposition est au moins double.

76. Premièrement, l'insertion d'une telle clause contribuerait à faire mieux comprendre l'interaction entre les projets d'article et le droit coutumier international applicable aux situations d'urgence. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a noté que «[l]e sujet semble se prêter en principe à un travail de développement

⁶³ Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 24. Voir aussi projet d'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite [*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76]; et projet d'article 64 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales [*Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 38 et suiv., par. 87].

⁶⁴ Article 21 [4] du texte adopté par la Commission en première lecture, *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), par. 55.

progressif⁶⁵». Nonobstant ce point de vue, certaines interactions entre le droit coutumier international et le présent projet d'articles ont été mises en lumière par le Rapporteur spécial dans des rapports ultérieurs⁶⁶, par exemple en ce qui concerne le droit des États affectés à superviser une intervention de secours, son devoir de chercher assistance, et son devoir de prévention⁶⁷. On ne peut en outre ignorer que d'autres normes du droit coutumier international dotées d'un champ d'application différent pourraient interagir avec les dispositions du projet. La clause proposée permettrait alors d'établir clairement que le contenu des présents projets d'article ne compromet nullement l'application du droit coutumier international sur des questions qui ne sont pas couvertes par lesdits projets d'article, tout en soulignant qu'ils n'empêchent pas l'élaboration de normes coutumières internationales dans le domaine de la gestion des catastrophes. À cet égard, la clause reproduit le contenu du dernier alinéa du préambule de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui affirme que «les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées dans les dispositions de la présente Convention», ainsi que la formulation d'autres dispositions de projets d'article adoptés par la Commission, à savoir l'article 56 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et l'article 65 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales⁶⁸. L'article 56 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite est libellé comme suit :

Questions concernant la responsabilité de l'État non régies par les présents articles

Les règles de droit international applicables continuent de régir les questions concernant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dans la mesure où ces questions ne sont pas régies par les présents articles⁶⁹.

77. Deuxièmement, la clause proposée permettrait également de clarifier le fait que les présents projets d'article n'interfèrent en rien avec les règles issues du droit des traités dont le champ d'application est différent. Comme l'expliquent le Rapporteur spécial et la Commission elle-même, le contenu du présent projet reflète une approche essentiellement axée sur les besoins et les préoccupations des individus, ainsi que sur leurs droits tels que reconnus par la loi, en cas de catastrophe⁷⁰. Il s'ensuit que les projets d'article ne couvrent pas toutes les questions du droit international qui pourraient se faire jour lorsqu'une catastrophe survient. D'autres régimes de droit international pourraient venir compléter le contenu des projets d'article dans ces situations, par exemple certaines dispositions relatives au droit des traités, en particulier les articles relatifs à la survenance d'une situation rendant l'exécution

impossible et au changement fondamental de circonstances⁷¹, ainsi que les règles concernant la responsabilité des organisations internationales et des États, et la responsabilité des individus.

Proposition de projet d'article supplémentaire

78. Au vu de ce qui précède, le texte suivant de projet d'article concernant l'interaction avec d'autres règles applicables du droit international pourrait être proposé :

«Projet d'article 18. Questions touchant aux catastrophes qui ne sont pas régies par les présents projets d'article

«Les règles de droit international applicables continuent de régir les questions concernant les catastrophes dans la mesure où ces questions ne sont pas régies par les présents projets d'article.»

C. Relation avec la Charte des Nations Unies

79. Il pourrait également être utile d'ajouter aux dispositions générales du présent projet une clause spécifique relative à sa relation avec la Charte des Nations Unies. La formulation d'une telle disposition devra s'appuyer sur l'Article 103 de la Charte, en vertu duquel

[e]n cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.

80. La primauté des obligations découlant de la Charte des Nations Unies a déjà été invoquée au cours des travaux de la Commission sur ce sujet. La Commission a notamment souligné le rôle primordial joué par certains principes énoncés dans la Charte (égalité souveraine des États, non-intervention, coopération et non-discrimination) dans la définition des droits et obligations des États en cas de catastrophe⁷². Il est également utile de mentionner que cette priorité accordée au respect des principes de la Charte s'observe également dans certains instruments internationaux adoptés dans ce domaine. Dans le contexte des opérations de secours, par exemple, l'Assemblée générale, dans sa résolution 46/182, du 19 décembre 1991, affirme que «[l]a souveraineté, l'intégrité territoriale et l'unité nationale des États doivent être pleinement respectées en conformité avec la Charte des Nations Unies⁷³». Dans la même veine, l'Accord de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence déclare que «la souveraineté, l'intégrité territoriale et l'unité nationale des Parties doivent être respectées en conformité avec la Charte des Nations Unies⁷⁴». L'Union européenne a adopté une approche semblable pour son action en matière de gestion des catastrophes, qu'elle exerce dans la mesure où elle est compatible avec les obligations découlant de la Charte. Ce principe est inscrit dans le Traité sur

⁶⁵ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/598, p. 156, par. 42.

⁶⁶ Voir le troisième rapport [*Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/629, p. 413, par. 82], le quatrième rapport [*Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/643, par. 40 et suiv.] et le sixième rapport [*Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/662].

⁶⁷ Pour l'incidence du droit coutumier international sur le sujet, voir Ronzitti, «Conclusions».

⁶⁸ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 44.

⁶⁹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 31.

⁷⁰ Voir *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 144, par. 178.

⁷¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 61 et 62, respectivement.

⁷² Voir, entre autres, le troisième rapport, *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/629, p. 410, par. 64 et suiv., et *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 196 à 198, commentaire relatif au projet d'article 5.

⁷³ Annexe, par. 3.

⁷⁴ Art. 3, par. 1.

l'Union européenne, qui mentionne les principes de la Charte des Nations Unies parmi ceux qui ont présidé à son développement et doivent être respectés. Même si cette disposition ne fait pas directement référence à l'action de l'Union européenne en matière de gestion des catastrophes, il n'en est pas moins évident que celle-ci est soumise au respect de la Charte, dès lors qu'elle représente une évolution du processus d'intégration de l'Union européenne.

81. Par ailleurs, l'inclusion dans le présent projet d'une clause réaffirmant la primauté des obligations découlant de la Charte des Nations Unies pourrait contribuer à renforcer le rôle de chef de file joué par l'Organisation des Nations Unies dans la gestion des catastrophes. Ce rôle a déjà été consacré dans le projet, par l'intermédiaire du libellé des articles, qui établissent une distinction claire entre la position de l'Organisation et celles des organisations et des acteurs internationaux intervenant en cas de catastrophe⁷⁵,

⁷⁵ Voir projets d'articles 5, 10 et 12, sur les devoirs des États en matière de coopération ; voir aussi *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 145, par. 183.

et a été expressément reconnu dans d'autres instruments internationaux⁷⁶.

Proposition de projet d'article supplémentaire

82. Pour les raisons énumérées ci-avant, le Rapporteur spécial propose d'inclure également dans les dispositions générales du présent projet un projet d'article relatif à la relation avec la Charte des Nations Unies, libellé comme suit :

« *Projet d'article 19. Relation avec la Charte des Nations Unies*

« Les présents projets d'article sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies. »

⁷⁶ Voir, entre autres, la politique OTAN-Conseil de partenariat euro-atlantique (CPEA) de 1998 relative à une coopération pratique renforcée dans le domaine des secours internationaux en cas de catastrophe (art. 2.2.2), et, au niveau de l'Union européenne, la décision n° 1313/2013/UE relative au mécanisme de protection civile de l'Union (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 347, 20 décembre 2013, p. 924 et suiv.), considérant n° 14 et articles 5, paragraphe 2 ; 13, paragraphe 3 ; 16, paragraphes 1 et 2.

CHAPITRE IV

Termes employés

83. Conformément à l'usage de la Commission, et comme c'est le cas dans la plupart des projets d'article que celle-ci a jusqu'à présent adoptés sur divers sujets de droit international, le Rapporteur spécial propose d'inclure dans le présent projet une disposition relative aux « termes employés ». Le meilleur moment pour établir le libellé d'une telle disposition est lorsque, comme c'est actuellement le cas en ce qui concerne le présent sujet relatif à la « Protection des personnes en cas de catastrophe », le texte des articles du projet considéré a été adopté par la Commission. Cela ne préjuge en rien de l'emplacement qui sera finalement réservé, dans le projet d'articles, à cette disposition, laquelle a dans le passé toujours figuré au début du texte, soit à l'article premier, soit immédiatement après, lorsque celui-ci définit le champ d'application. En ce qui concerne le présent sujet, étant donné que le projet commence par une disposition relative à son champ d'application (projet d'article premier), suivie d'une disposition concernant son objet (projet d'article 2), puis d'une disposition autonome consacrée à la définition du terme « catastrophe » (projet d'article 3), le projet d'article relatif aux termes employés, proposé ci-dessous, sera provisoirement projet d'article 3 *bis*.

84. Aux fins d'élaborer ce projet d'article, le Rapporteur spécial s'est intéressé en premier lieu aux termes qui, dans les commentaires du projet d'articles, avaient déjà été identifiés comme devant être définis dans un tel article, ainsi qu'aux termes qui reviennent fréquemment dans le projet d'articles et aux termes spécialisés. Sur cette base, il a déterminé que les termes ou expressions clés ci-après devraient être inclus dans le projet d'article 3 *bis* : État touché ; État prêtant assistance ; autre acteur prêtant assistance ; assistance extérieure ; équipement et biens ; organisation non gouvernementale pertinente ; personnel de secours ; et risque de catastrophe. Le Rapporteur spécial

a ensuite examiné les commentaires pour déterminer si la Commission avait déjà adopté des éléments de définition. Il a ensuite considéré les définitions applicables tirées d'autres instruments. Sur la base de cet ensemble de sources, il a établi une liste de définitions composites, soit en reprenant les éléments pertinents de différentes sources, soit en prenant l'une de celles-ci comme point de départ, puis en l'ajustant compte tenu du libellé des projets d'article déjà adoptés et des décisions contenues dans ces projets.

85. Aux fins de définir les termes susmentionnés, les sources supplémentaires ci-après, considérées comme particulièrement pertinentes, ont été utilisées : l'annexe I (Glossaire) de l'étude du Secrétariat⁷⁷ ; l'article 2 (Définitions) des lignes directrices de la FICR ; l'annexe I (Glossaire) des Directives opérationnelles du Comité permanent interorganisations (IASC) sur la protection des personnes affectées par des catastrophes naturelles⁷⁸ ; la résolution sur l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Bruges, en 2003 ; ainsi que des définitions contenues dans les dispositions d'un certain nombre de traités multilatéraux ou bilatéraux.

A. Projet d'article supplémentaire proposé

86. Le Rapporteur spécial propose le libellé ci-après, en ce qui concerne le projet d'article 3 *bis* relatif aux termes employés :

⁷⁷ 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 de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie)].

⁷⁸ Washington, Projet Brookings-LSE sur le déplacement interne, 2011.

«*Projet d'article 3 bis. Termes employés*»

«Aux fins du présent projet d'articles :

«*a*) par “État touché”, on entend l'État sur le territoire duquel des personnes ou des biens sont touchés par une catastrophe ;

«*b*) par “État prêtant assistance”, on entend tout État prêtant assistance à un État touché – à la demande ou avec le consentement de ce dernier ;

«*c*) par “autre acteur prêtant assistance”, on entend toute organisation internationale, organisation non gouvernementale ou autre entité ou personne extérieure à l'État touché, qui se livre à des activités de réduction des risques de catastrophe ou à des opérations de secours et d'assistance en cas de catastrophe ;

«*d*) par “assistance extérieure”, on entend le personnel de secours, l'équipement et les biens, ainsi que les services que procurent à l'État touché les États ou les autres acteurs prêtant assistance, en vue de prévenir les catastrophes ou d'en atténuer les conséquences ou de répondre aux besoins des personnes touchées par une catastrophe ;

«*e*) par “l'équipement et les biens”, on entend notamment les fournitures, les outils, les machines, les animaux dressés à des fins particulières, les denrées alimentaires, l'eau potable, les fournitures médicales, les abris, les vêtements, le couchage, les véhicules, ainsi que tout autre objet nécessaire à la fourniture de secours en cas de catastrophe ou indispensable à la survie des victimes et à la satisfaction de leurs besoins essentiels ;

«*f*) par “organisation non gouvernementale pertinente”, on entend toute organisation, y compris toute entité privée ou constituée en société, autre qu'un État, une organisation gouvernementale ou une organisation intergouvernementale, œuvrant de façon impartiale et dans un but strictement humanitaire, et qui, en raison de sa nature, de sa situation ou de ses compétences, mène des activités de réduction des risques de catastrophe ou des opérations de secours et d'assistance en cas de catastrophe ;

«*g*) par “personnel de secours”, on entend le personnel spécialisé, notamment le personnel militaire, participant aux opérations de secours et d'assistance en cas de catastrophe au nom de l'État prêtant assistance ou, le cas échéant, d'autres acteurs prêtant assistance, et ayant à sa disposition l'équipement et les biens nécessaires ;

«*h*) par “risques de catastrophe”, on entend la probabilité de conséquences dommageables, telles que des pertes de vies humaines, des préjudices causés à la santé humaine ou des dommages causés aux biens, aux moyens de subsistance, à l'activité économique ou à l'environnement, par suite d'une catastrophe. »

B. Analyse succincte

«*a*) par “État touché”, on entend l'État sur le territoire duquel des personnes ou des biens sont touchés par une catastrophe »

87. Les termes « État touché/affecté » apparaissent dans sept des projets d'article déjà adoptés, à savoir les projets

d'articles 9 (Rôle de l'État affecté); 10 (Obligation de l'État affecté de rechercher de l'assistance); 11 (Consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure); 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); ainsi que dans le projet d'article 14 *bis* proposé (Protection du personnel, de l'équipement et des biens de secours).

88. Dans la résolution de l'Institut de droit international, l'expression « État affecté » est définie comme suit : « l'État ou l'entité territoriale où l'assistance humanitaire est nécessaire⁷⁹ ». Les termes « État touché » sont également définis au paragraphe 8 de l'article 2 des Lignes directrices de la FICR, comme suit : « l'État sur le territoire duquel des personnes ou des biens sont touchés par une catastrophe⁸⁰ ».

89. La définition de l'État touché qui est proposée à l'alinéa *a* reprend, sans modification, celles des Lignes directrices de la FICR. Elle reflète l'orientation fondamentale selon laquelle le projet d'articles concerne les États. Elle laisse également prévoir le rôle central que doit jouer l'État touché par la catastrophe, comme l'établit le projet d'article 9. L'aspect déterminant est le contrôle du territoire, en ce sens que l'État touché ne peut jouer le rôle prévu au projet d'article 9 que sur le territoire qu'il contrôle. Il aurait été possible de préciser, en outre, « ou sous la juridiction ou le contrôle duquel », comme c'est le cas dans le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, adoptés par la Commission en 2001⁸¹. On a cependant jugé préférable de s'en abstenir, afin d'éviter de se lancer dans des considérations superflues sur la juridiction extraterritoriale, qui est davantage l'exception que la règle. De surcroît, l'élément de contrôle territorial est une caractéristique commune de nombreux instruments régissant la protection des personnes en cas de catastrophe.

90. Cette définition vise en outre à refléter la préoccupation centrale du projet d'articles, à savoir l'effet produit sur les personnes, au lieu d'affirmer simplement, par exemple, que l'État touché est celui sur le territoire duquel la catastrophe a lieu. L'effet sur les biens est mentionné en tant qu'élément supplémentaire commun à de nombreuses catastrophes, comme l'implique la référence qui est faite aux « dommages matériels [...] de grande ampleur » dans la définition du terme « catastrophe » donnée dans le projet d'article 3, étant entendu que le projet d'articles ne s'intéresse aux pertes économiques que du point de vue de leur incidence sur les personnes⁸².

91. Le libellé du membre de phrase « touchés par une catastrophe » reflète l'opinion contemporaine selon laquelle l'attention doit se porter sur les effets d'une catastrophe sur les personnes et les biens, et non sur la catastrophe

⁷⁹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (voir *supra* la note 22), p. 268, art. I, par. 4.

⁸⁰ FICR, *Présentation des Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe* (voir *supra* la note 21), p. 11.

⁸¹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 157, par. 97, art. 2 *d*.

⁸² Voir *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 187, paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 3.

elle-même. Il concorde également avec l'approche adoptée par la Commission, selon laquelle la conséquence de l'événement est un élément fondamental aux fins d'établir le seuil d'application du projet d'articles⁸³.

«b) par “État prêtant assistance”, on entend tout État prêtant assistance à un État touché – à la demande ou avec le consentement de ce dernier»

92. Les termes «État prêt[ant] assistance» apparaissent au projet d'article 15 (Cessation de l'assistance extérieure).

93. Le libellé est tiré de la définition de l'expression «État solidaire» dans la Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile⁸⁴, les termes «État bénéficiaire» étant remplacés par les termes «État touché», lesquels sont utilisés dans le présent projet d'article et sont définis ci-dessus. Le membre de phrase «tout État prêtant assistance» renvoie au concept d'«assistance extérieure», lequel est défini ci-dessous, l'assistance extérieure étant elle-même mise en œuvre sur la base de l'obligation de coopérer prévue dans le projet d'article 5.

94. Le projet d'articles s'adresse à trois catégories d'entités, la première étant l'État touché (défini ci-dessus) et la deuxième étant l'État ou les États prêtant assistance à ce dernier. La troisième catégorie, celle des «autres acteurs prêtant assistance», est définie ci-dessous.

95. Il découle évidemment de cette définition qu'un État ne relève de la catégorie des «États prêtant assistance» que si l'assistance est ou a été prêtée. Autrement dit, un État offrant son assistance n'est pas un «État prêtant assistance», avec les diverses conséquences juridiques, envisagées dans le projet d'articles, qui découlent de cette qualification, tant que cette assistance n'a pas été acceptée par l'État touché.

96. Le membre de phrase «à la demande ou avec le consentement de ce dernier» reflète l'interaction entre les projets d'articles 10, 11 et 12. Il reflète en particulier la position fondamentale, prise dans le projet d'articles, selon laquelle l'État touché a l'obligation de rechercher l'assistance lorsque sa propre capacité d'intervention est dépassée par l'ampleur d'une catastrophe (projet d'article 10). Il laisse en même temps envisager la possibilité que l'État touché reçoive des offres d'assistance spontanées, comme le prévoit le projet d'article 12, dont l'exécution est subordonnée à son consentement, conformément au projet d'article 11.

«c) par autre “acteur prêtant assistance”, on entend toute organisation internationale, organisation non gouvernementale ou autre entité ou personne extérieure à l'État touché, qui se livre à des activités de réduction des risques de catastrophe ou à des opérations de secours et d'assistance en cas de catastrophe»

97. Les termes «autres acteurs [...] prêt[ant] assistance» apparaissent dans le projet d'article 15 (Cessation de l'assistance extérieure).

⁸³ Ibid., p. 195, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 3.

⁸⁴ Art. 1 f.

98. Outre les positions des États touchés et des États prêtant assistance, le projet d'articles vise à régir celles des autres acteurs prêtant assistance. Une part non négligeable des activités contemporaines de réduction des risques de catastrophe et de secours en cas de catastrophe sont entreprises par des organisations internationales ou sous les auspices de celles-ci, qui comprennent notamment mais certainement pas exclusivement l'Organisation des Nations Unies, ainsi que par des organisations non gouvernementales et d'autres entités, voire des particuliers. Ce groupe d'acteurs est collectivement désigné dans le projet d'articles comme celui des «autres acteurs prêtant assistance». Cela ne préjuge en rien de leurs différences de statut juridique au regard du droit international, dont il est tenu compte dans le projet d'articles, par exemple au projet d'article 12.

99. Cette définition reflète en partie le commentaire du projet d'article 15, qui confirme l'interprétation selon laquelle les termes «acteurs de l'assistance» désignent principalement les organisations internationales et les organisations non gouvernementales⁸⁵. On a ajouté le membre de phrase «ou toute autre entité ou personne», qui est tiré de l'Accord de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence⁸⁶, pour tenir compte du fait que les acteurs participant aux opérations de secours en cas de catastrophe ne peuvent tous être classés sous l'une ou l'autre des catégories mentionnées dans le commentaire.

100. Le membre de phrase «extérieure à l'État touché» reflète la préoccupation, mentionnée dans le commentaire relatif au projet d'article 13, selon laquelle le projet d'articles doit régir les activités d'acteurs extérieurs à l'État touché⁸⁷. En conséquence, les organisations non gouvernementales nationales, par exemple, n'entreraient pas dans le champ d'application du projet d'articles. Cela ne constituerait manifestement pas un problème en ce qui concerne les organisations internationales, mais il a été jugé bon d'ajouter cette précision étant donné la nature des autres entités mentionnées dans la liste des acteurs prêtant assistance.

101. Le membre de phrase final «qui se livre à des activités de réduction des risques de catastrophe ou à des opérations de secours et d'assistance en cas de catastrophe» reprend la formule utilisée pour définir les types d'activités menées par les entités en question, qui sont régies par le projet d'articles. Dans le cas des organisations non gouvernementales, cette indication générale doit être lue conjointement avec la définition plus précise de leur rôle, telle qu'elle est donnée ci-dessus.

102. La définition d'«autre acteur prêtant assistance» tient compte du fait que ces acteurs peuvent mener tout un ensemble d'activités, dans le cadre tant de la réduction des risques de catastrophe que des opérations de secours et d'assistance.

⁸⁵ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 63, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 15.

⁸⁶ Art. 1, par. 1 (définition d'«entité prêtant assistance»).

⁸⁷ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 60, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 13.

«d) par “assistance extérieure”, on entend le personnel de secours, l’équipement et les biens, ainsi que les services que procurent à l’État touché les États ou les autres acteurs prêtant assistance, en vue de prévenir les catastrophes ou d’en atténuer les conséquences ou de répondre aux besoins des personnes touchées par une catastrophe»

103. L’expression «assistance extérieure» apparaît dans quatre des projets d’article déjà adoptés, à savoir les projets d’articles 11 (Consentement de l’État affecté à l’assistance extérieure); 13 (Conditions de fourniture de l’assistance extérieure); 14 (Facilitation de l’assistance extérieure); et 15 (Cessation de l’assistance extérieure); ainsi que dans le projet d’article 14 *bis* proposé (Protection du personnel, de l’équipement et des biens de secours).

104. L’alinéa *d* vise à définir le type d’assistance que les États ou les autres acteurs prêtant assistance apportent à l’État touché aux termes du projet d’articles, et qui constitue une forme de coopération prévue dans le projet d’article 5 *bis*.

105. Le libellé, qui s’inspire du commentaire du projet d’article 13⁸⁸, est établi à la fois sur la base des Directives sur l’utilisation des ressources militaires et de la protection civile étrangères dans le cadre des opérations de secours en cas de catastrophe (Directives d’Oslo)⁸⁹ et sur celle de la Convention-cadre d’assistance en matière de protection civile⁹⁰. La référence au «matériel», dans les Directives d’Oslo, est remplacée par une référence à l’«équipement» et aux «biens», qui sont les termes utilisés dans le projet d’articles et qui sont définis ci-dessous.

106. Le membre de phrase «que procurent à l’État touché les États ou les autres acteurs prêtant assistance» est tiré du commentaire relatif au projet d’article 13 et expose à nouveau la nature de la relation juridique entre l’État ou l’acteur prêtant assistance et l’État touché, telle que la prévoit le projet d’articles.

107. Le reste de l’alinéa *d* vise à préciser le but dans lequel l’assistance extérieure doit être apportée. Le membre de phrase «en vue de prévenir les catastrophes ou d’en atténuer les conséquences» est tiré de la Convention-cadre d’assistance en matière de protection civile, et il figure dans cette définition pour marquer l’importance des mesures visant à réduire les risques de catastrophe, envisagées dans les projets d’articles 5 *ter* et 16. Le membre de phrase «ou de répondre aux besoins des personnes touchées par une catastrophe» est tiré des Directives d’Oslo et il se rapporte aux opérations de secours menées immédiatement après qu’une catastrophe est survenue, et dont le but est de répondre aux besoins des personnes touchées par la catastrophe. Si le libellé de ce membre de phrase finale reprend la terminologie technique utilisée dans le domaine de la réduction des risques de catastrophe et des interventions en cas de catastrophe, on l’interprétera comme conforme à l’objet général du projet d’articles, tel qu’il est posé dans le projet d’article 2, à savoir «faciliter une réaction adéquate et efficace aux catastrophes,

répondant aux besoins essentiels des personnes intéressées dans le plein respect de leurs droits».

«e) par “l’équipement et les biens”, on entend notamment les fournitures, les outils, les machines, les animaux dressés à des fins particulières, les denrées alimentaires, l’eau potable, les fournitures médicales, les abris, les vêtements, le couchage, les véhicules, ainsi que tout autre objet nécessaire à la fourniture de secours en cas de catastrophe ou indispensable à la survie des victimes et à la satisfaction de leurs besoins essentiels»

108. Les termes «l’équipement et les biens» apparaissent dans deux des projets d’article déjà adoptés, à savoir le projet d’article 5 *bis* (Formes de coopération), qui utilise le terme «fournitures» au lieu du terme «biens», et le projet d’article 14 (Facilitation de l’assistance à l’extérieur), qui contient l’expression «les biens et l’équipement», ainsi que dans le projet d’article 14 *bis* proposé (Protection du personnel, de l’équipement et des biens de secours).

109. Comme indiqué plus haut, «l’équipement» et «les biens» sont une composante essentielle du type d’assistance extérieure prévue par le projet d’articles. Le libellé de l’alinéa *e* est tiré du commentaire relatif au projet d’article 14⁹¹, ainsi que de la résolution de l’Institut de droit international⁹². La liste couvre les types d’éléments généralement reconnus comme nécessaires aux opérations d’assistance et de secours en cas de catastrophe. Elle n’est pas exhaustive, comme le confirment le terme «notamment» et la référence à «tout autre objet».

110. D’une manière générale, les éléments envisagés dans cette définition sont de deux types, à savoir, d’une part, ceux dont le personnel de secours a besoin pour remplir ses fonctions, c’est-à-dire tant pour subvenir à sa propre subsistance que pour apporter les secours, comme des fournitures, des outils ou des machines et, d’autre part, ceux qui sont nécessaires à la survie des victimes d’une catastrophe ou à la satisfaction de leurs besoins essentiels, comme les denrées alimentaires, l’eau potable, les fournitures médicales, les abris, les vêtements et le couchage. Les chiens de sauvetage sont spécifiquement envisagés dans l’expression «animaux dressés à des fins particulières», qui est tirée de l’annexe J spécifique de la Convention internationale pour la simplification et l’harmonisation des régimes douaniers⁹³.

«f) par “organisation non gouvernementale pertinente”, on entend toute organisation, y compris toute entité privée ou constituée en société, autre qu’un État, une organisation gouvernementale ou une organisation intergouvernementale, œuvrant de façon impartiale et dans un but strictement humanitaire, et qui, en raison de sa nature, de sa situation ou de ses compétences, mène des activités de réduction des risques de catastrophe ou des opérations de secours et d’assistance en cas de catastrophe»

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Par. 2.

⁹⁰ Art. 1 *d* (définition du terme «assistance»).

⁹¹ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 62 et 63, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d’article 14.

⁹² *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 70-II (voir *supra* la note 22), p. 266, art. I, par. 1 *a*.

⁹³ Définition des «envois de secours».

111. L'expression «organisation non gouvernementale pertinente» apparaît dans quatre des projets d'article déjà adoptés, à savoir les projets d'articles 5 (Obligation de coopérer), 7 (Dignité humaine), 10 (Obligation de l'État affecté de rechercher de l'assistance) et 12 (Offres d'assistance).

112. La catégorie des «autres acteurs prêtant assistance», qui est définie plus haut, inclut les organisations non gouvernementales. La présente définition vise à établir une distinction entre ces entités et d'autres acteurs, en particulier les États et les organisations intergouvernementales. La formule d'ouverture, «toute organisation, y compris toute entité privée constituée en société, autre qu'un État, une organisation non gouvernementale ou une organisation intergouvernementale», qui établit une telle distinction, est tirée de la Convention de Tampere⁹⁴. La référence générale à toute «entité privée constituée en société» renvoie à la forme générale que revêtent la plupart des organisations non gouvernementales, sans pour autant s'y limiter.

113. La formule restrictive «œuvrant de façon impartiale et dans un but strictement humanitaire» est tirée du paragraphe 5 de l'annexe de la résolution 46/182 de l'Assemblée générale du 19 décembre 1991 et établit les bases sur lesquelles les activités de ces entités doivent être menées aux termes du projet d'articles⁹⁵.

114. La prise en considération des organisations non gouvernementales dans le projet d'articles tient au fait que celles-ci sont en général bien placées pour jouer un rôle central dans les opérations de secours et les activités connexes, comme le confirme le membre de phrase «en raison de sa nature, de sa situation ou de ses compétences».

115. Les activités des organisations non gouvernementales ne se limitent pas aux opérations de secours et comprennent également des activités axées sur la prévention et l'atténuation des catastrophes et la préparation aux situations d'urgence, comme le confirme la formule finale, «mène des activités de réduction des risques de catastrophe ou des opérations de secours et d'assistance en cas de catastrophe», dont la première partie est tirée de la Convention de Tampere. Ce libellé vise à englober la vaste gamme des activités auxquelles participent de telles entités.

«g) par “personnel de secours”, on entend le personnel spécialisé, notamment le personnel militaire, participant aux opérations de secours et d'assistance en cas de catastrophe au nom de l'État prêtant assistance ou, le cas échéant, d'autres acteurs prêtant assistance, et ayant à sa disposition l'équipement et les biens nécessaires»

116. La formulation «personnel de secours» apparaît dans deux des projets d'article déjà adoptés, à savoir les projets d'articles 5 *bis* (Formes de coopération) et 14 (Facilitation de l'assistance extérieure), ainsi que dans le projet d'article 14 *bis* proposé (Protection du personnel, de l'équipement et des biens de secours).

117. L'alinéa g vise à définir la composante correspondant au personnel de l'assistance extérieure fournie par les États ou par les autres acteurs prêtant assistance. Le libellé utilisé est fondé sur celui qu'a adopté la Commission dans le commentaire relatif au projet d'article 5 *bis*⁹⁶, qui établit un lien entre l'entité prêtant assistance, qu'il s'agisse d'un État ou d'un autre acteur, et le personnel en question, en posant la condition selon laquelle celui-ci «[agit] au nom de» celle-là. Néanmoins, ce personnel serait soumis à la direction et à la maîtrise qu'exerce d'une manière générale l'État touché, conformément au projet d'article 9.

118. La référence au personnel «spécialisé» reflète la prise en considération, dans l'annexe de la résolution 46/182 de l'Assemblée générale du 19 décembre 1991, du fait que le personnel devant intervenir doit disposer de l'ensemble de compétences nécessaires et être doté de «l'équipement et des biens nécessaires» pour remplir les fonctions en question.

119. Le membre de phrase «notamment le personnel militaire», qui est tiré du traité bilatéral entre la Grèce et la Fédération de Russie de 2000⁹⁷, vise à prendre en considération le rôle important joué par le personnel militaire, en tant que catégorie du personnel de secours, dans les opérations d'assistance et de secours en cas de catastrophe. La participation du personnel militaire à ces opérations est prévue au projet d'article 14.

120. Le concept de «personnel de secours» a été traditionnellement appliqué dans le contexte des interventions faisant immédiatement suite à une catastrophe, comme en témoigne la formule «participant aux opérations de secours et d'assistance en cas de catastrophe», qui fait écho au type d'assistance extérieure envisagée dans le projet d'article 14, et dont la «fourniture prompte et effective» doit être facilitée. Il convient néanmoins de relever que la définition de l'«assistance extérieure» ci-dessus laisse également prévoir la participation du personnel de secours à la prévention des catastrophes. Cela reflète l'approche plus globale adoptée dans l'ensemble du projet d'articles, qui inclut des activités visant à réduire les risques de catastrophe.

«h) par “risques de catastrophe”, on entend la probabilité de conséquences dommageables, telles que des pertes de vies humaines, des préjudices causés à la santé humaine ou des dommages causés aux biens, aux moyens de subsistance, à l'activité économique ou à l'environnement, par suite d'une catastrophe»

121. L'expression «risques de catastrophe» apparaît dans deux des projets d'article déjà adoptés, à savoir les projets d'articles 5 *ter* (Coopération en matière de prévention des risques de catastrophe) et 16 (Obligation de prévention des risques de catastrophe).

122. Par suite de l'inclusion de la réduction des risques de catastrophe dans le champ d'application du projet d'articles, il convient d'explicitier davantage les termes

⁹⁴ Art. 1, par. 10.

⁹⁵ Voir *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), p. 197 et 198, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 5.

⁹⁶ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 58 et 59, paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 5 *bis*.

⁹⁷ Art. 1 (définition de «l'équipe chargée de prêter assistance») [voir *supra* la note 15].

«risques de catastrophe». Le libellé proposé est tiré de la première partie de la définition qui figure dans l'Accord de l'ASEAN sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence⁹⁸. Dans ce dernier texte, un lien est établi entre la probabilité de conséquences dommageables et des «interactions entre des risques naturels ou découlant d'activités humaines et des situations de

vulnérabilité». La Commission ne s'est cependant pas aventurée aussi loin dans ses travaux sur la définition du terme «catastrophe». Elle a en conséquence jugé préférable d'indiquer simplement que de telles conséquences résultaient «d'une catastrophe», et de renvoyer ainsi à la définition du terme «catastrophe» qui est donnée dans le projet d'article 3. Autrement dit, la définition des termes «risques de catastrophe» s'inscrit dans le prolongement de celle du terme «catastrophe».

⁹⁸ Art. 1, par. 5.

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

[Point 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/673

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

[Original: espagnol]
[2 juin 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>	
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	88	
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	88	
	<i>Paragraphes</i>	
INTRODUCTION.....	1-9	89
<i>Chapitres</i>		
I. IMMUNITÉ <i>RATIONE MATERIAE</i> : CRITÈRES NORMATIFS.....	10-16	90
II. NOTION DE «REPRÉSENTANT DE L'ÉTAT».....	17-151	92
A. Généralités.....	17-23	92
B. Critères d'identification des personnes bénéficiant de l'immunité.....	24-112	93
1. Jurisprudence interne.....	29-38	93
2. Jurisprudence internationale.....	39-49	95
3. Pratique conventionnelle.....	50-97	98
4. Autres travaux de la Commission du droit international.....	98-110	105
5. Conclusions.....	111-112	108
C. Terminologie.....	113-142	108
1. <i>Funcionario</i>	120-123	110
2. Représentant.....	124-127	111
3. <i>Official</i>	128-129	111
4. <i>Agente</i>	130-132	112
5. <i>Órgano</i>	133-135	112
6. Conclusions.....	136-142	113
D. Notion générale de «représentant» aux fins du projet d'articles.....	143-144	114
E. Portée subjective de l'immunité <i>ratione materiae</i>	145-151	114
III. FUTUR PROGRAMME DE TRAVAIL.....	152	115
ANNEXE Projets d'article proposés.....		116

* La Rapporteuse spéciale tient à remercier Francisco José Pascual Vives, professeur de droit international public à l'Université d'Alcalá de Henares (Espagne) pour le précieux concours qu'il lui a apporté à l'occasion de l'établissement du présent rapport. Elle tient également à remercier les personnes suivantes de leur collaboration : Claribel de Castro Sánchez, Teresa Marcos Martín et Fernando Val Garijo, professeurs de droit international public à l'Université nationale d'enseignement à distance (Espagne), ainsi que Louise Lecaros de Cossio et Brian Frenkel, étudiants en maîtrise à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève.

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

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.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Ibid., 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 de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975)	<i>Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, Vienne, 4 février-14 mars 1975</i> , vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12), p. 201.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1465, n° 24841, p. 85.
Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996)	E/1996/99.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2187, n° 38544, p. 3.
Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999)	Ibid., vol. 2216, n° 39391, p. 225.
Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 15 mai 2003)	Ibid., vol. 2466, n° 39391, p. 168.
Convention civile sur la corruption (Strasbourg, 4 novembre 1999)	Ibid., vol. 2246, n° 39988, p. 3.
Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)	Ibid., vol. 2349, n° 42146, p. 41.
Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle 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)</i> , vol. I, résolution 59/38, annexe.

Ouvrages cités dans le présent rapport

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria «La responsabilité internationale de l'individu», <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i> , 1999, t. 280, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000, p. 135 à 428.	DUGARD, John <i>International Law: A South African Perspective</i> , 4 ^e éd., Le Cap, Juta, 2011.
ARGENT (D'), Pierre «Immunity of State officials and obligation to prosecute», <i>Cahiers du CeDIE</i> , 2013/04, p. 1 à 20.	FOX, Hazel et Philippa WEBB <i>The Law of State Immunity</i> , 3 ^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013.
BORCHI, Alvaro <i>L'immunité des dirigeants politiques en droit international</i> , Bruxelles, Bruylant, 2003.	JORGE URBINA, Julio «Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», <i>Anuario Mexicano de Derecho Internacional</i> , vol. VIII, 2008, p. 255 à 306.
CASSESE, Antonio (dir. publ.) <i>The Oxford Companion to International Criminal Justice</i> , Oxford, Oxford University Press, 2009.	MAGUIRE, Rowena, Bridget LEWIS et Charles SAMPFORD (dir. publ.) <i>Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities</i> , Abingdon, Routledge, 2013.
DOMINICÉ, Christian «Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales», dans J. Cardona Llorens (dir. publ.), <i>Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international</i> , vol. II, 1998, Pamplune, Aranzadi, p. 305 à 348.	McDOUGALL, Carrie <i>The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

REMIRO BROTONS, Antonio

«La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales internacionales: el principio de universalidad», *XXXIII Curso de Derecho Internacional* (2006), Washington, OAS, p. 491 à 516.

SCHABAS, William A.

The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford, Oxford University Press, 2010.

STERN, Brigitte

«Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et chefs d'État en cas de crime de droit international ?», dans M. Kohen (dir. publ.), *La promotion de la justice, des droits de*

l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber amicorum *Lucius Caflisch*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2007, p. 511 à 548.

TRIFFTERER, Otto

«Irrelevance of official capacity», dans O. Triffterer (dir. publ.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, 2^e éd., Munich, C. H. Beck, Hart et Nomos, 2008, p. 779 à 794.

VERHOEVEN, Joe

«Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», dans J. Verhoeven (dir. publ.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation ?*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 61 à 148.

Introduction

1. L'ayant inscrit à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session, en 2006, sur la base de la proposition figurant dans son rapport sur les travaux de cette session¹, 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. Dans les trois rapports qu'il a présentés, le Rapporteur spécial précédent a campé le sujet et envisagé divers aspects des questions de fond et de procédure touchant l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État⁴. La Commission a examiné ces rapports à ses soixantième et soixante-troisième sessions, en 2008 et en 2011 respectivement. De son côté, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné le sujet à l'occasion de l'examen du rapport de la Commission, en particulier en 2008 et en 2011.

3. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, au cours de sa soixante-quatrième session, la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale, en remplacement de M. Roman A. Kolodkin, membre sortant de la Commission⁵.

4. Au cours de cette même session, en 2012, la Rapporteuse spéciale a saisi la Commission d'un rapport préliminaire sur le sujet⁶, que celle-ci a examiné pendant

la seconde partie de la session⁷. Se voulant «rapport de transition», ce rapport préliminaire venait contribuer à clarifier les termes du débat qui s'était tenu jusqu'alors et recenser les principaux points de controverse qui subsistaient et dont on pourrait poursuivre l'examen si la Commission le jugeait utile⁸. Le rapport recensait les questions à examiner par la Commission, posait les bases méthodologiques de l'étude et proposait un plan de travail indicatif pour le traitement du sujet.

5. Ayant examiné le rapport préliminaire à sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission a souscrit dans l'ensemble à la méthodologie et au plan de travail proposés⁹. La même année, la Sixième Commission a elle aussi examiné le rapport préliminaire à l'occasion de l'examen du rapport de la Commission¹⁰.

6. À la soixante-cinquième session de la Commission, la Rapporteuse spéciale a présenté un deuxième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹¹, qui traitait de la portée du sujet et du champ d'application du projet d'articles, des notions d'immunité et de juridiction, de la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, ainsi que des critères normatifs de l'immunité *ratione personae*. La Rapporteuse spéciale y proposait six projets d'article, consacrés au champ d'application du projet d'articles (projets d'articles 1 et 2), aux définitions (projet d'article 3) et aux critères normatifs de l'immunité *ratione personae* (projets d'articles 4, 5 et 6).

¹ Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 194, par. 257 b, et annexe I, p. 199.

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

³ *Ibid.*, p. 105, par. 386. Pour l'étude du Secrétariat, voir document A/CN.4/596 et Corr.1 [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session; le texte définitif de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie)].

⁴ Pour les rapports du précédent Rapporteur spécial, M. Roman A. Kolodkin, voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 161 (rapport préliminaire); *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631, p. 417 (deuxième rapport); et *Annuaire... 2011*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

⁵ Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 60, par. 84.

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

⁷ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 60 à 67, par. 82 à 139.

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

⁹ Pour en savoir plus sur ce débat, voir *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 60 à 137, par. 86 à 139. Voir également *ibid.*, vol. I, 3143^e séance, 10 juillet 2012, à 3147^e séance, 20 juillet 2012, p. 100 à 142.

¹⁰ La Sixième Commission a examiné le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État de sa 23^e séance lors de la soixante-septième session de l'Assemblée générale, en 2012 [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 20^e à 23^e séance (A/C.6/67/SR.20 à 23)]. En outre, deux États ont évoqué ce sujet à la 19^e séance [*ibid.*, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19)]. 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.

¹¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661.

7. Ayant examiné le deuxième rapport de sa 3164^e séance à sa 3168^e séance ainsi qu'à sa 3170^e séance¹², la Commission a décidé de renvoyer les six projets d'article au Comité de rédaction¹³. Au vu du rapport de ce dernier, elle a provisoirement adopté trois projets d'article, consacrés au champ d'application du projet d'articles (projet d'article 1) et aux critères normatifs de l'immunité *ratione personae* (projets d'articles 3 et 4). Ces projets d'article reprennent, en les réorganisant, les principaux éléments de cinq des projets que la Rapporteuse spéciale avait proposés. La Commission a également souscrit aux commentaires relatifs aux trois projets d'article qu'elle avait adoptés à titre provisoire. En ce qui concerne le projet d'article consacré aux définitions, le Comité de rédaction a décidé d'en poursuivre l'examen et de surseoir à se prononcer à son sujet¹⁴.

8. À sa soixante-huitième session, en 2013, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a examiné le

¹² Pour une analyse détaillée des questions soulevées lors des débats et des vues exprimées par les membres de la Commission, voir *ibid.*, vol. I, 3164^e séance, 21 mai 2013, à 3168^e séance, 22 mai 2013, p. 29 à 38, et 3170^e séance, 24 mai 2013, p. 42.

¹³ Voir *ibid.*, 3174^e séance, 7 juin 2013, p. 52.

¹⁴ Pour de plus amples informations sur la façon dont le sujet a été traité par la Commission au cours de sa soixante-cinquième session, en 2013, voir *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 41 à 54, par. 40 à 49. Voir en particulier les projets d'article et les commentaires y relatifs au paragraphe 49. Pour ce qui concerne les débats concernant lesdits commentaires, voir *ibid.*, vol. I, 3193^e séance, 6 août 2013, à 3196^e séance, 7 août 2013, p. 150 à 164.

deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État à l'occasion de l'examen du rapport annuel de la Commission. Les États ont dans l'ensemble accueilli favorablement le texte et l'état d'avancement des travaux de la Commission, et se sont félicités qu'elle ait présenté trois projets d'article à l'Assemblée générale¹⁵.

9. Dans son rapport annuel, la Commission a demandé aux États de lui donner,

avant le 31 janvier 2014, des informations sur la pratique de leurs organes, reflétée en particulier dans des décisions de justice, en ce qui concerne la signification donnée aux expressions « actes officiels » et « actes accomplis à titre officiel » dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹⁶.

La Rapporteuse spéciale tient à remercier les États qui ont évoqué le sujet au cours des débats de la Sixième Commission, et en particulier ceux qui ont répondu par écrit à cette demande¹⁷.

¹⁵ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission, 17^e à 19^e séance (A/C.6/68/SR.17 à 19)*. Voir également le résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session (A/CN.4/666), par. 10 à 30.

¹⁶ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 16, par. 25.

¹⁷ Au moment de l'achèvement du présent rapport, des observations avaient été envoyées par les pays suivants : Allemagne, Belgique, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Irlande, Mexique, Norvège, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse.

CHAPITRE I

Immunité *ratione materiae* : critères normatifs

10. Comme la Rapporteuse spéciale le soulignait dans son deuxième rapport,

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 Commission¹⁸,

et ce sans aucun doute parce qu'elle est largement admise par la doctrine¹⁹ et la jurisprudence. Par ailleurs, cette distinction a déjà été analysée dans le memorandum du Secrétariat²⁰ et le rapport préliminaire établi par le

¹⁸ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 47, *in fine*.

¹⁹ Voir notamment Dominicé, « Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales », p. 323 à 326 et 337 à 342; Abellán Honrubia, « La responsabilité internationale de l'individu », p. 220 à 223; Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, p. 129 à 131; Verhoeven, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international », p. 64 à 67 et 94 à 107; Remiro Brotons, « La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales internacionales: el principio de universalidad », p. 505; Jorge Urbina, « Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado », p. 277 à 292; Stern, « Vers une limitation de l'« irresponsabilité souveraine » des États et chefs d'État en cas de crime de droit international ? »; Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, p. 368; Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 253; Fox et Webb, *The Law of State Immunity*; d'Argent, « Immunity of State officials and obligation to prosecute », p. 5 à 7; et Maguire, Lewis et Sampford (dir. publ.), *Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities*, p. 108.

²⁰ Voir document A/CN.4/596 et Corr. I [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session; le texte définitif

Rapporteur spécial M. Roman A. Kolodkin²¹, encore que sous un angle essentiellement descriptif et conceptuel dans l'un et l'autre cas. De son côté, en 2013 la Commission a envisagé la distinction entre ces deux catégories d'un point de vue normatif, le but étant d'établir un régime juridique différencié pour chacune d'elles, sans cependant méconnaître que les deux catégories d'immunité présentent des traits communs, notamment en ce qui concerne la dimension fonctionnelle de l'immunité au sens large²².

11. Cette solution avait déjà été retenue par la Commission lors des travaux de sa soixante-cinquième session, en 2013. En ce sens, on retiendra les éléments suivants :

a) le projet d'article traitant des définitions qui a été renvoyé au Comité de rédaction consacre la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Ce dernier ne s'est pas encore prononcé sur les définitions proposées, mais il n'y a pas d'avis contraire à cette solution²³;

de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie)], par. 88 et suiv.

²¹ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 182 et 183, par. 78 à 83.

²² Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 48 et 53.

²³ Concernant ces définitions, voir *ibid.*, par. 53.

b) l'économie du projet d'articles comporte une partie autonome (la deuxième) consacrée à l'immunité *ratione personae*, laquelle devrait être suivie d'une troisième partie consacrée à l'immunité *ratione materiae*;

c) le paragraphe 3 du projet d'article 4, adopté à titre provisoire par la Commission en 2013, consacre la distinction entre les régimes de l'une et l'autre catégories d'immunité envisagées, partant que « [l']extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae*²⁴ ».

12. Dans son deuxième rapport, la Rapporteuse spéciale a défini les caractéristiques de l'immunité *ratione materiae* comme suit :

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'« officiels »;

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 de l'État.

13. Ces trois caractéristiques reflètent fidèlement les différentes définitions de l'immunité *ratione materiae* dégagées par la doctrine²⁵ et la jurisprudence. Elles prennent

²⁴ Sur la distinction entre ces deux catégories d'immunité, voir le commentaire de la Commission relatif au projet d'article 4, en particulier le paragraphe 7 du commentaire [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 53 et 54, par. 49].

²⁵ Ces définitions se présentent sous différentes formes, mais elles reprennent toutes les mêmes éléments susmentionnés. Ainsi, pour Cassese, « l'immunité fonctionnelle de juridiction étrangère couvre les activités réalisées par divers représentants de l'État dans l'exercice de leurs fonctions et elle perdure après la fin de leur mandat », et les « activités officielles sont réalisées par des organes étatiques au nom de l'État dont ils dépendent et doivent, en principe, être attribuées à l'État lui-même » (*The Oxford Companion to International Criminal Justice*, p. 368). Pour Fox et Webb, l'expression immunité fonctionnelle, immunité *ratione materiae*, s'appliquait à l'origine aux diplomates lorsqu'ils perdaient leur immunité personnelle à la fin de leur mandat : il s'agissait de leur conserver une immunité mais pour les seuls actes accomplis à titre officiel. Cependant, désormais utilisée dans un sens plus large, l'expression s'applique à l'ensemble des représentants, fonctionnaires et employés du personnel, qu'ils soient ou non en service, qui bénéficient ainsi d'une immunité à raison des actes accomplis à titre officiel (*The Law of State Immunity*). Pour Stern, « l'immunité du chef d'État en exercice est une immunité absolue, *ratione personae*, l'immunité ne continue à lui être accordée, lorsqu'il n'est plus en fonction, que pour les seuls actes « *commiss dans l'exercice de ses fonctions* », c'est-à-dire que l'ancien chef d'État ne bénéficie que d'une immunité *ratione materiae* » (« Vers une limitation de l'« irresponsabilité souveraine »... », p. 521). Pour d'Argent, « tous les « représentants de l'État agissant à ce titre » [Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, art. 2, par. 1 b iv)] jouissent d'une immunité *ratione materiae* (ou immunité couvrant les actes accomplis à titre officiel) pour les actes accomplis à titre officiel, même s'ils ont agi en allant au-delà de leurs pouvoirs (*ultra vires*) [...] contrairement à ce qui se passe dans le cas de l'immunité *ratione personae*, dans le cadre de l'immunité *ratione materiae* la notion de « représentants de l'État » n'englobe pas seulement les personnes incarnant ou personnifiant l'État concerné » (« Immunity of State officials and obligation to prosecute », p. 7). Pour Borghi, « l'immunité [*ratione personae*] n'est pas accordée à un chef d'État dans son propre intérêt, mais dans celui de l'État qu'il dirige, il est normal [qu'elle] cesse de produire ses effets lorsque son mandat officiel prend fin. [...] [L']immunité *ratione materiae* [...] signifie qu'il est protégé

également en compte les travaux antérieurs de la Commission²⁶. De ces trois caractéristiques, on peut déduire les critères normatifs permettant de définir cette catégorie d'immunité, qui, suivant la méthode empruntée pour l'immunité *ratione personae*, s'énonceraient comme suit :

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

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

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

14. Bien qu'ils soient généralement acceptés en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae*, ces trois éléments n'ont pas la même signification. Ainsi, alors qu'on s'accorde à considérer que le champ d'application temporel est illimité, la portée subjective et le champ d'application matériel de l'immunité *ratione materiae* continuent de susciter controverse aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence et la pratique. Il faut donc définir soigneusement ce que l'on entend par les expressions « représentant de l'État » et « actes officiels ». En tout état de cause, il faut souligner que les trois aspects susmentionnés constituent les « critères normatifs » de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*, et doivent par conséquent être envisagés ensemble, sans qu'il soit possible de faire abstraction de l'un d'entre eux pour définir le régime juridique de cette catégorie d'immunité.

15. Par ailleurs, il faut rappeler, comme la Rapporteuse spéciale l'a fait dans son deuxième rapport s'agissant de l'immunité *ratione personae*, que, de ce que ces trois éléments constituent les critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, on ne conclura pas qu'ils soient les seuls à devoir être pris en compte pour définir le régime juridique de cette catégorie d'immunité. Il faut préciser qu'il ne s'agit là ni d'une prise de position concernant les exceptions à l'immunité ni d'une reconnaissance du caractère absolu de cette immunité.

16. Au regard des considérations qui précèdent, ici commence l'étude des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, qui s'intéressera en particulier à la notion de « représentant de l'État ».

pour ce qui a trait aux actes de la fonction » (*L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, p. 129 et 130). Pour Jorge Urbina, « la grande portée de l'immunité *ratione personae* accordée aux dirigeants politiques qui constituent des rouages centraux de l'État dans le cadre des relations internationales (chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères) se justifie par le fait que ces personnes sont les plus importants représentants de l'État et qu'elles jouent un rôle essentiel dans la conduite de sa politique extérieure. C'est pourquoi, à la fin de leur mandat, elles ne sont plus protégées que par l'immunité *ratione materiae*, qui, comme on le sait, n'empêche le déclenchement d'une action pénale qu'en ce qui concerne les actes publics accomplis pendant l'exercice d'un haut mandat étatique » (« Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado », p. 287 et 288).

²⁶ Pour la définition des éléments caractéristiques de l'immunité *ratione materiae*, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 14, commentaire relatif au projet d'article 2 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, notamment p. 18 et 19, par. 17 à 19.

CHAPITRE II

Notion de «représentant de l'État»

A. Généralités

17. La notion de «représentant de l'État» revêt un intérêt particulier aux fins de l'étude de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, car elle permet de définir la portée subjective de la question. C'est pourquoi l'expression a expressément été retenue dans l'intitulé du sujet pour désigner toutes les personnes qui peuvent bénéficier de l'immunité, la Commission du droit international n'ayant pas voulu circonscrire le champ de l'étude à l'immunité des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères²⁷.

18. Cela étant, on envisagera la notion de «représentant de l'État» de manière horizontale, le but étant de la définir de manière à inclure aussi bien les personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae* que celles bénéficiant de l'immunité *ratione materiae*. Toutefois, comme il est dit dans le deuxième rapport, présenté à la Commission en 2013, il est éminemment important dans le cas de l'immunité *ratione materiae* de définir la notion de «représentant» de manière claire et sans équivoque²⁸, et ce, pour une simple raison. Les personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae* peuvent être identifiées et l'ont été par la Commission, à savoir trois hauts représentants de l'État: le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères²⁹. Dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, en revanche, il est impossible de dresser la liste de tous les titulaires de charge ou de poste méritant les qualifications de «représentant de l'État» aux fins du présent sujet, et ce, en raison de la grande diversité des modèles d'organisation de l'État. On ne peut dès lors déterminer les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae* qu'au moyen de «critères d'identification» qui, appliqués au cas par cas, permettraient d'établir que telle ou telle personne a la qualité de «représentant de l'État» aux fins du présent projet d'articles.

19. En outre, il convient de souligner que le terme «représentant» a été proposé par le précédent Rapporteur spécial, M. Roman A. Kolodkin, qui lui a préféré celui d'«organe» sans exclure que l'on puisse réexaminer ce choix dans l'avenir et changer de terminologie si la Commission le jugeait opportun³⁰. À l'époque, déjà divers

membres de la Commission avaient toutefois été d'avis qu'on pourrait employer les mots «agents» ou, dans le texte anglais, *representatives*³¹. La Rapporteuse spéciale est revenue sur cette question dans ses précédents rapports, pour faire observer que le terme «représentant» ne convenait sans doute pas le mieux pour désigner toutes les catégories de personnes qui seraient couvertes par l'immunité de juridiction pénale étrangère. De plus, les termes utilisés dans les différentes versions linguistiques ne sont ni uniformes ni interchangeables et ne peuvent être considérés comme ayant un sens identique ou similaire³².

20. Compte tenu de ce qui précède, la Rapporteuse spéciale a annoncé dans son deuxième rapport son intention d'envisager la notion de «représentant» en examinant l'immunité *ratione materiae* et de continuer d'utiliser à titre provisoire le seul terme «représentant» pour désigner toutes les catégories de personnes couvertes par l'une ou l'autre catégorie d'immunité de juridiction pénale étrangère envisagée³³. Approuvée par la Commission, cette proposition est exposée dans la note de bas de page du projet d'article 1, paragraphe 1, adopté à titre provisoire en 2013, d'où il résulte que «[l']emploi du terme «représentants» fera l'objet d'un réexamen³⁴».

21. En conséquence, vu l'intérêt de la notion de «représentant»³⁵, le présent rapport se chargera d'identifier les personnes pouvant être considérées comme bénéficiaires de l'immunité de juridiction pénale étrangère, ou, de définir la notion de «représentant» suivant la terminologie utilisée jusqu'ici. À cette fin les quatre postulats ci-après doivent être pris en considération:

a) le droit international ne définit généralement pas la notion de «représentant»;

b) quelle qu'elle soit, la définition de la notion de «représentant» retenue doit couvrir aussi bien les personnes qui peuvent bénéficier de l'immunité *ratione personae* que celles susceptibles de bénéficier de l'immunité *ratione materiae*;

³¹ Voir *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 148 et 149, par. 288 et 289.

³² Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654, par. 66; et *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 32.

³³ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 32.

³⁴ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 42, note 237.

³⁵ Les États ont également reconnu l'intérêt de définir la notion de «représentant». Voir, par exemple, les déclarations faites par les États ci-après à la dernière session de la Sixième Commission de l'Assemblée générale: Bélarus [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 10]; Chili, *ibid.*, par. 78; République de Corée, *ibid.*, par. 107; Roumanie, *ibid.*, par. 112; Irlande, *ibid.*, par. 121; Italie, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), par. 5; Fédération de Russie, *ibid.*, par. 46; et Australie, *ibid.*, par. 81. En outre, les États suivants ont déjà exprimé leurs vues sur la question terminologique ou les critères d'identification d'un «représentant»: Portugal, *ibid.*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 92 et suiv.; Espagne, *ibid.*, par. 142; Pays-Bas, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 31; Chili, *ibid.*, par. 79; Thaïlande, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), par. 26; et Malaisie, *ibid.*, par. 37.

²⁷ Le résumé sur lequel la Commission s'est fondée pour inscrire le sujet à son programme de travail à long terme met l'accent sur le chef de l'État, le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et d'autres hauts représentants de l'État [*Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 202, annexe I, par. 19, al. 4]. Pour sa part, le précédent Rapporteur spécial a adopté dans son rapport préliminaire une approche globale en parlant de tous les fonctionnaires [*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 190 et 191, par. 106 et 107]. Si lors des débats sur le rapport préliminaire certains membres de la Commission ont été d'avis que seule l'immunité du chef d'État, du chef de gouvernement et du ministre des affaires étrangères devait être envisagée [*Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 149 et suiv., par. 289], c'est cette approche globale qui est suivie depuis.

²⁸ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 32; voir également *ibid.*, par. 56 et 57.

²⁹ Voir projet d'article 3, adopté à titre provisoire par la Commission en 2013 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 46].

³⁰ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 191, par. 108.

c) le terme choisi pour désigner toutes les personnes qui jouissent de cette immunité doit tenir compte des différences entre les catégories de personnes couvertes par l'immunité *ratione personae* et celles couvertes par l'immunité *ratione materiae* ;

d) les termes utilisés dans chaque langue pour désigner les personnes bénéficiant de l'immunité doivent être uniformes et comparables, et doivent, dans toute la mesure possible, suivre la terminologie consacrée par la Commission du droit international.

22. En résumé, la notion de «représentant» suscite deux types de questions différentes mais complémentaires et interdépendantes. La première, de fond, a trait aux critères utilisés pour identifier les personnes pouvant prétendre à l'immunité de juridiction pénale étrangère. Essentiellement d'ordre linguistique, la seconde intéresse le choix du terme le mieux indiqué pour désigner les personnes qui, d'une manière générale, répondent aux critères de fond susmentionnés. L'une et l'autre question seront examinées séparément.

23. En tout état de cause, par souci de concision et de clarté, le terme «représentant», qui figure dans l'intitulé du sujet, à titre provisoire, continuera d'être utilisé dans le présent rapport.

B. Critères d'identification des personnes bénéficiant de l'immunité

24. Comme cela a été dit plus haut, le champ de la notion de «représentant» n'est pas défini par le droit international³⁶. Cependant, comme la définition de ce terme (ou des termes voisins) varie d'un ordre juridique interne à l'autre, les définitions issues de l'ordre interne n'ont guère d'intérêt s'agissant de définir le concept, voire de choisir le terme le plus approprié pour désigner cette catégorie de personnes. Pour définir la notion de «représentant» et les critères d'identification aux fins du présent sujet, force est donc de procéder par approximation en interrogeant la jurisprudence (interne et internationale), la pratique conventionnelle et les travaux antérieurs de la Commission.

25. La Commission a d'ores et déjà examiné ces critères pour ce qui est des personnes bénéficiant de l'immunité *ratione personae*, c'est-à-dire le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères. Ce faisant, elle a également dégagé les qualités dont elles tirent cette immunité. Comme il ressort du deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale, il s'agit d'«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». Cette fonction «trouve son fondement dans le droit international lui-même, et [elles] l'exercent automatiquement, sans qu'il soit besoin de lettre de créance de la part de l'État qu'[elles] représentent³⁸».

³⁶ Le mémorandum établi en 2008 par le Secrétariat [document A/CN.4/596 et Corr.1 (voir *supra* la note 20)] et le rapport préliminaire du précédent Rapporteur spécial, M. Roman A. Kolodkin [Annuaire... 2008, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 191 et 192, par. 108] partent de la même observation.

³⁷ Annuaire... 2013, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, par. 57.

³⁸ Ibid., par. 59.

26. Dans le même ordre d'idées, le commentaire du projet d'article 3, adopté par la Commission en 2013, dit ce qui suit :

La Commission considère qu'il y a deux raisons, l'une liée à la notion de représentation et l'autre à celle de fonction, d'accorder l'immunité *ratione personae* aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Premièrement, en vertu des règles du droit international, ces trois titulaires de charge publique représentent l'État dans ses relations internationales, du seul fait de leur position, directement et sans qu'il soit nécessaire que l'État leur confère des pouvoirs spécifiques. Deuxièmement, ils doivent être en mesure d'exercer leurs fonctions sans entrave³⁹.

27. De ce qui précède on peut dégager les critères d'identification des personnes suivants :

a) elles occupent une position spéciale au sein de l'État et ont donc un lien spécial avec l'État ;

b) elles exercent des fonctions qui relèvent des prérogatives de la puissance publique de l'État, tant au sein de l'État qu'au niveau international ;

c) elles représentent l'État sur le plan international au plus haut niveau du seul fait du poste qu'elles occupent.

28. Par suite du paragraphe précédent, l'analyse de la pratique – en particulier de la jurisprudence interne – ci-après peut être circonscrite aux personnes bénéficiant de l'immunité *ratione materiae*. Ainsi, le but sera d'abord d'identifier les personnes auxquelles l'immunité de la juridiction pénale étrangère a été accordée ou pour le compte desquelles elle a été invoquée avant de rechercher si cette pratique est venue dégager les critères permettant d'identifier les personnes désignées comme «représentants», et, le cas échéant, si l'on pouvait déduire ces critères de ceux intéressant les catégories de personnes précédemment identifiées.

1. JURISPRUDENCE INTERNE

29. Ainsi qu'il a été dit plus d'une fois, la jurisprudence pénale interne en matière d'immunité de juridiction pénale étrangère est loin d'être abondante. En effet, rares sont les affaires pénales dans lesquelles il est question de «représentants» autres que le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, ces affaires intéressant du reste un petit nombre d'États. En revanche, cette jurisprudence pénale non étendue est compensée par une jurisprudence plus abondante en matière civile qui, même si elle déborde le cadre du présent sujet, présente un intérêt s'agissant d'identifier les personnes que les États considèrent couvertes par telle ou telle forme d'immunité de juridiction.

30. La jurisprudence interne est analysée dans les rapports et documents soumis à la Commission du droit international depuis 2007, date à laquelle elle a inscrit pour la première fois ce sujet à son programme de travail, qui reste d'actualité. De l'analyse de celle-ci et de la jurisprudence interne postérieure, on peut dégager certains éléments susceptibles de présenter quelque intérêt aux fins de la définition de la notion de «représentant».

³⁹ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 46, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 3.

31. Premièrement, on notera que dans les causes pénales à l'occasion desquelles les tribunaux internes ont conclu à l'immunité de juridiction *ratione materiae* des représentants étrangers en question, les intéressés occupaient certains postes et remplissaient des fonctions spécifiques au sein de l'État: un ancien premier ministre et ministre de la défense⁴⁰, un ministre de l'intérieur⁴¹, des responsables (chef de Scotland Yard)⁴² et des membres (un policier⁴³ et un militaire⁴⁴) des forces de police et de sécurité ainsi que le directeur exécutif d'une autorité maritime⁴⁵.

32. Deuxièmement, le cercle des personnes bénéficiant de l'immunité de juridiction *ratione materiae* est beaucoup plus vaste et plus varié si l'on en juge par les actions en réparation intentées au civil à des fonctionnaires étrangers. Dans ce contexte également, on a invoqué avec succès l'immunité *ratione materiae* en faveur de certaines catégories de représentants de l'État. Ainsi, des poursuites intentées contre un ancien chef d'État⁴⁶, un membre du gouvernement⁴⁷, un membre d'une commission du pouvoir exécutif⁴⁸, le Procureur général et divers fonctionnaires de rang subalterne de l'État de Floride (un procureur et ses substituts, un détective du Bureau du Procureur général et un avocat d'un organisme public)⁴⁹, un ancien chef du service de renseignement⁵⁰ et un ancien chef d'une agence de sécurité nationale⁵¹.

33. Troisièmement, il convient de souligner qu'en d'autres occasions l'exception d'immunité de juridiction n'a pas prospéré devant le juge interne. Cependant, dans la mesure où le juge interne s'est prononcé sur le statut de «représentant» des personnes en cause, sa décision est aussi digne d'intérêt. Il s'agit en particulier d'anciens

chefs d'État⁵² ou de gouvernement⁵³, d'un vice-président et ministre des forêts⁵⁴, de membres de la famille d'un ancien chef d'État qui n'ont occupé aucun poste au sein du gouvernement⁵⁵, d'un ministre de la défense⁵⁶, d'anciens ministres de la défense⁵⁷, d'un ministre d'État⁵⁸, de chefs de services de sécurité nationale⁵⁹, d'un colonel de l'armée⁶⁰ et d'autres militaires de rang subalterne (marins italiens)⁶¹, de gardes frontière⁶² et d'un fonctionnaire (anciennement dans l'armée)⁶³.

⁵² États-Unis, *Republic of the Philippines v. Ferdinand E. Marcos et al.*, cour d'appel du deuxième circuit, arrêt du 26 novembre 1986, 806 F.2d 344; et Royaume-Uni, *Regina v. Bartle and others*, ex parte Pinochet, Chambre des lords, arrêt du 24 mars 1999, ILM, vol. 38 (1999), p. 581.

⁵³ États-Unis, *Marcos Perez Jimenez v. Miguel Aristiguieta and John E. Maguire*, cour d'appel du cinquième circuit, arrêt du 12 décembre 1962, 311 F.2d 547.

⁵⁴ France, *Teodoro Nguema Obiang Mangue et consorts*, cour d'appel de Paris, Pôle 7, deuxième chambre d'instruction, arrêt du 13 juin 2013. Cet arrêt est intéressant aussi parce que c'est le seul cas où un tribunal national semble restreindre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État à l'immunité *ratione materiae*. L'arrêt fait suite à une plainte déposée par la République de Guinée équatoriale dans le cadre d'une procédure pénale pour blanchiment d'argent et dissimulation d'actes à l'encontre de plusieurs personnes, dont Teodoro Nguema Obiang Mangue, fils du Président de la République de Guinée équatoriale, qui à l'époque était Vice-Président et Ministre des forêts. La Guinée équatoriale a demandé l'annulation du mandat d'arrêt délivré à l'encontre de M. Nguema au motif, entre autres, que la France avait violé l'immunité dont jouissent les chefs d'État et d'autres hauts responsables d'un gouvernement étranger. La cour d'appel a admis que «si la coutume internationale, en l'absence de dispositions internationales contraires, s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger, et que cette coutume s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de cet État, ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui relèvent de la souveraineté de l'État concerné, ce principe trouve ses limites dans l'exercice de fonctions étatiques», ajoutant que les crimes donnant lieu à ces poursuites «sont détachables de l'exercice des fonctions étatiques protégées par la coutume internationale au nom des principes de souveraineté et d'immunité diplomatique» (motifs, sect. C, par. 2 et 3).

⁵⁵ États-Unis, *Maximo Hilao, et al., Vicente Clemente, et al., Jaime Piopongco, et al., v. Estate of Ferdinand Marcos*, cour d'appel du neuvième circuit, arrêt du 16 juin 1994, 25 F.3d 1467.

⁵⁶ Royaume-Uni, affaire du *General Shaul Mofaz*, tribunal de première instance de Bow Street (Magistrates' Court), arrêt du 12 février 2004, voir le commentaire dans *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 3^e partie (2004), p. 771.

⁵⁷ États-Unis, *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabeth Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Méndez, Juan Ruiz Gómez, Miguel Ruiz Gómez and José Alfredo Callejas v. Héctor Gramajo et Diana Ortiz v. Héctor Gramajo*, cour de district du Massachusetts, arrêt du 12 avril 1995, 886 F. Supp. 162; et Suisse, *A. c. Ministère public de la Confédération, B. et C.*, Tribunal pénal fédéral, arrêt du 25 juillet 2012 (BB.2011.140).

⁵⁸ France, *Ali Ali Reza c. Grimpel*, cour d'appel de Paris, arrêt du 28 avril 1961, RGDIP, vol. 66, n° 2 (1962), p. 418.

⁵⁹ États-Unis, *Bawol Cabiri v. Baffour Assasie-Gyimah*, cour du district sud de New York, arrêt du 18 avril 1996, *Federal Supplement*, vol. 921, p. 1189 (921 F. Supp. 1189); et Royaume-Uni, *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Haute Cour de Justice, tribunal administratif du banc de la Reine, jugement du 29 juillet 2011, ILR, vol. 147, p. 633.

⁶⁰ Italie, *Ministère public c. Adler et consorts*, tribunal de Milan, quatrième chambre pénale, jugement du 1^{er} février 2010, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* 1492 [ILDC 1492 (IT 2010)].

⁶¹ Inde, *Republic of Italy and Others v. Union of India and Others*, Cour suprême, arrêt du 18 janvier 2013, *Supreme Court Cases*, vol. 4, p. 721 (4 SCC 721).

⁶² Allemagne, *Poursuites à l'encontre des gardes frontière*, Cour suprême fédérale, arrêt du 3 novembre 1992, ILR, vol. 100, p. 364.

⁶³ Royaume-Uni, *R. v. Lambeth Justices*, ex-parte Yusufu, tribunal divisionnaire, arrêt du 8 février 1985, ILR, vol. 88, p. 323.

⁴⁰ France, *Association des familles des victimes du Joola*, Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 19 janvier 2010, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, janvier 2010, n° 9, p. 41.

⁴¹ Royaume-Uni, *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, Chambre des lords, arrêt du 14 juin 2006 (Jones n° 2), [2006] United Kingdom House of Lords 26.

⁴² République fédérale d'Allemagne, *Affaire de l'Église de scientologie*, Cour suprême fédérale, arrêt du 26 septembre 1978, ILR, vol. 65, p. 193.

⁴³ Irlande, *Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom et al.*, Cour suprême, arrêt du 24 avril 1997, *Irish Reports*, 1997, vol. 2, p. 121.

⁴⁴ Italie, *Mario Luis Lozano*, Cour suprême de cassation, chambre criminelle, arrêt du 24 juillet 2008, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* 1085 [ILDC 1085 (IT 2008)].

⁴⁵ France, *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 23 novembre 2004, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, 2004, n° 292, p. 1096.

⁴⁶ États-Unis, *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F and Others Similarly Situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office*, connu également sous le nom Office 610, cour d'appel du septième circuit, arrêt du 8 septembre 2004, 383 F.3d 620.

⁴⁷ États-Unis, *Rukmini S. Kline et al. v. Yasuyuki Kaneko et al.*, Cour suprême du comté de New York, arrêt du 31 octobre 1988, 141 Misc. 2d 787.

⁴⁸ États-Unis, *Chiudian v. Philippine National Bank*, cour d'appel du neuvième circuit, arrêt du 29 août 1990, 912 F.2d 1095.

⁴⁹ Canada, *Jaffe v. Miller and Others*, cour d'appel de l'Ontario, arrêt du 17 juin 1993, ILR, vol. 95, p. 446.

⁵⁰ États-Unis, *Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, cour d'appel du circuit du district de Columbia, arrêt du 15 février 2008, 515 F.3d 1279.

⁵¹ États-Unis, *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar et al. v. Avraham Dichter*, tribunal du district sud de New York, arrêt du 2 mai 2007, 500 F.Supp.2d 284.

34. Par ailleurs, il convient de noter que, dans les cas où ils ont conclu à l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae* de représentants étrangers, les tribunaux internes ont fondé cette immunité sur leur qualité d'agents agissant pour le compte de l'État. Ainsi, la Chambre des lords, à l'occasion d'un procès engagé contre divers responsables saoudiens, a conclu que « tous les individus accusés agissaient ou prétendaient agir, à l'époque des faits, en qualité de fonctionnaires ou d'agents » et que « leurs actes étaient par conséquent attribuables au Royaume »⁶⁴. Dans une autre affaire tranchée par la Cour suprême fédérale allemande, mettant en cause le comportement de la police britannique, la Cour a déclaré que « Scotland Yard – et par conséquent son chef – agissait en tant qu'agent expressément nommé par l'État britannique dans le cadre de l'application du traité en question [...]. Les actes de ces agents relèvent du comportement direct de l'État et ne peuvent être qualifiés d'actes privés »⁶⁵. La Cour suprême irlandaise retiendra la même solution en déclarant qu'un agent de la police « prétendait et entendait s'acquitter des devoirs et fonctions de sa charge et qu'il s'en acquittait effectivement »⁶⁶. Les tribunaux français ont évoqué la relation entre le représentant en cause et l'État, observant en ce qui concerne le directeur exécutif d'une autorité maritime qu'« il lui est fait grief d'actes de puissance publique accomplis dans le cadre de ses fonctions pour le compte et sous le contrôle de l'État de Malte »⁶⁷. S'agissant de l'immunité de juridiction pénale d'un ancien Ministre de la défense du Sénégal, les tribunaux français ont conclu que « ce ministre, de par la spécificité de ses fonctions et de son action prioritairement dirigée vers l'international, doit pouvoir s'en acquitter librement pour le compte de l'État qu'il représente »⁶⁸.

35. Les tribunaux internes saisis au civil contre des représentants de l'État ont intégralement évoqué la relation entre le représentant de l'État et l'État. On peut ainsi citer plusieurs précédents des États-Unis consacrant l'immunité de juridiction du représentant qui agit au nom de l'État, c'est-à-dire « en sa qualité officielle »⁶⁹ et « en tant qu'agent ou instrument de l'État »⁷⁰. Dans le même ordre d'idées, *a contrario*, ces mêmes tribunaux ont estimé que « l'action intentée contre un représentant de l'État étranger agissant en dehors du champ de ses attributions ne suscite aucun des problèmes de politique étrangère inhérents à l'exercice de poursuites contre un autre gouvernement devant les tribunaux américains »⁷¹.

36. De cette pratique se dégage avant tout cette première conclusion que les représentants étrangers qu'une juridiction étrangère a poursuivis ou tenté de poursuivre

et en faveur desquels on a invoqué l'immunité de juridiction constituent un groupe hétéroclite. Ils relèvent également de catégories très différentes en ce qui concerne leur relation à l'État. Ainsi, si certains d'entre eux ont un lien éminemment politique du fait de leur mandat (ministre ou autre membre du gouvernement, procureur général, chef d'une agence de sécurité nationale, etc.), d'autres ont un lien administratif en tant que membres permanents de la hiérarchie militaire ou civile de l'État (diplomates, procureurs ou autres membres du parquet, policiers, militaires, douaniers, etc.).

37. Vu ce qui précède, on distinguera deux grandes catégories de représentants de l'État, selon le rang qu'ils occupent et l'étendue de leur influence et pouvoir de décision au sein de l'État. Appartiennent à la première catégorie, qui représente la majorité d'après la jurisprudence analysée, les fonctionnaires les plus hauts placés dans la hiérarchie (civile ou militaire) de l'État, qui ont qualité de ministre ou chef de département ou autre organe administratif (pris au sens large) au sein de l'État ; ils sont investis de pouvoirs de décision étendus et, dans certains cas, remplissent les conditions requises pour représenter l'État aux niveaux national ou international (dans cette seconde hypothèse, par nomination expresse de l'État). Le second groupe, moins large, comprend les représentants non investis de pouvoir de décision qui ont pour seule mission d'exécuter les décisions prises par des fonctionnaires de rang supérieur. On peut ainsi établir une distinction entre les « hauts représentants de haut niveau de l'État » et les « autres », distinction qui revient souvent dans la jurisprudence internationale, dans la pratique des États et dans la doctrine. S'agissant de ces catégories, il ressort de la jurisprudence interne que la majorité des représentants étrangers en faveur desquels l'immunité de juridiction pénale *ratione materiae* a été invoquée occupent des postes élevés ou intermédiaires au sein du gouvernement, les cas concernant des fonctionnaires de rang subalterne étant rares. En tout état de cause, la jurisprudence n'autorise pas à conclure que l'ensemble des hauts représentants ont un lien essentiellement politique avec l'État.

38. Enfin, en règle générale, les tribunaux internes n'établissent pas les critères propres à permettre de qualifier telle ou telle personne « représentant », si ce n'est par référence à l'exercice de fonctions publiques ou l'exécution d'actes exécutés en tant qu'agent de l'État, au nom de celui-ci ou pour son compte.

2. JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

39. Plusieurs juridictions internationales se sont directement ou indirectement prononcées sur la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Parmi elles, la Cour internationale de Justice occupe une place de choix, ayant eu à statuer à deux reprises en la matière et donc à examiner la qualité de diverses personnes investies de charges officielles qui peuvent être rangées dans la catégorie de « représentants de l'État ». Par exemple, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*⁷², elle a connu de l'immunité de

⁶⁴ *Jones v. Saudi Arabia* (Jones n° 2) [voir *supra* la note 41], Lord Bingham of Cornhill, par. 11 et 13.

⁶⁵ *Affaire de l'Église de scientologie* (voir *supra* la note 42), p. 198.

⁶⁶ *Schmidt v. Home Secretary* (voir *supra* la note 43).

⁶⁷ *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X* (voir *supra* la note 45).

⁶⁸ *Association des familles des victimes du Joola* (voir *supra* la note 40), p. 50.

⁶⁹ *Affaire Matar* (voir *supra* la note 51).

⁷⁰ *Affaire Ali Saadallah Belhas* (voir *supra* la note 50).

⁷¹ *Affaires Kline et al. v. Kaneko et al.* (voir *supra* la note 47) ; *Chiu-dian v. Philippine National Bank* (voir *supra* la note 48) ; *Hilao* (voir *supra* la note 55) ; *Xuncax* (voir *supra* la note 57) ; et *Bawol Cabiri* (voir *supra* la note 59).

⁷² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3.

juridiction pénale étrangère du Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo; dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*⁷³, le litige portait sur l'immunité de juridiction pénale étrangère du Président de la République, du Procureur de la République et du Chef de la sécurité nationale de Djibouti.

40. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour a estimé que «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 pénales⁷⁴». Cependant, dans ladite espèce, comme on le sait, la Cour s'est spécialement intéressée dans son arrêt au cas du Ministre des affaires étrangères, déclarant que «les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'État qu'il représente⁷⁵». Ces fonctions, qui sont analysées en détail par la Cour, correspondent à l'exercice des prérogatives de la puissance publique au plus haut niveau.

41. Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour, reprenant la solution concernant les personnes occupant un rang élevé dans l'État qu'elle avait dégagée dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁷⁶ conclut concernant le traitement à réserver au Procureur de la République et au Chef de la sécurité nationale, qu'ils n'étaient pas protégés par une immunité de juridiction *ratione personae*, sans toutefois se prononcer quant à savoir si l'immunité *ratione materiae* pouvait ou non leur être appliquée. Cependant, en envisageant cette hypothèse, la Cour a formulé des observations dignes d'intérêt s'agissant de définir les catégories de représentants de l'État pouvant prétendre à l'immunité *ratione materiae*. Par exemple, la Cour pose expressément comme condition que les actes accomplis par ces hauts représentants de l'État soient «effectivement des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions en tant qu'organes de l'État⁷⁷». Elle déclare également qu'il n'est pas évident que l'argument selon lequel les personnes en question bénéficiaient d'immunités fonctionnelles en tant qu'organes de l'État soit la thèse principale avancée par Djibouti⁷⁸. Enfin, la Cour rappelle que Djibouti n'a jamais informé la France que «les actes dénoncés [...] étaient des actes de l'État djiboutien, et que le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale constituaient des organes, établissements ou organismes de celui-ci chargés d'en assurer l'exécution⁷⁹». De ces observations, on peut déduire les critères qui, d'après la Cour, permettent d'identifier les personnes pouvant bénéficier de l'immunité *ratione materiae*: ce sont celles qui ont la qualité d'organes de l'État

et agissent au nom ou pour le compte de ce dernier. En ce qui concerne le premier de ces critères, on retiendra que la Cour emploie le terme «organe», résultant de l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

42. En résumé, des deux arrêts susévoqués, on peut déduire quatre principes permettant de définir la notion de «représentant de l'État» aux fins du sujet: a) il existe deux catégories de personnes: celles qui bénéficient de l'immunité *ratione personae* et celles qui bénéficient de l'immunité *ratione materiae*; b) les premières occupent un rang élevé dans l'État et remplissent des fonctions de représentation de l'État au niveau international; c) les secondes sont des organes de l'État qui agissent au nom ou pour le compte de l'État; et d) l'exercice de fonctions officielles est un critère clef s'agissant de déterminer qui est susceptible d'être couvert par l'immunité.

43. La Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi été saisie de plusieurs affaires découlant de cas où l'immunité de juridiction était invoquée devant les tribunaux internes et qui, d'une façon ou d'une autre, mettent en cause des actes délictueux imputés à des personnes pouvant prétendre au statut de représentant de l'État dont il est question dans le présent rapport. On notera que, dans lesdites espèces, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme parlent non pas d'immunité de juridiction pénale étrangère mais d'immunité de juridiction civile⁸⁰, se prononçant sur la compatibilité de cette dernière avec le droit à un procès équitable reconnu à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme).

44. Dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, par exemple, précédemment examinée par la Commission, les faits étayant la requête sont la détention et les actes de torture qu'aurait subis le requérant et dont les responsables seraient le cheik Jaber Al-Sabah Al-Saoud Al-Sabah et deux autres personnes. Les faits se seraient déroulés à la maison d'arrêt de la sécurité koweïtienne et dans le palais du frère de l'émir du Koweït, où le requérant avait été conduit dans une voiture officielle. Cependant, dans cette affaire la Cour européenne des droits de l'homme s'intéresse à la seule question de l'immunité de juridiction civile du Koweït devant les tribunaux britanniques, à l'exclusion de celle de l'éventuelle immunité des auteurs des actes de torture, les tribunaux britanniques ayant déjà poursuivi les trois personnes en cause; ils avaient rendu un arrêt *in absentia* contre le cheik et autorisé le requérant à poursuivre les deux autres personnes impliquées⁸¹. L'arrêt *Al-Adsani* n'a donc dégagé aucun critère permettant de définir la notion de «représentant de l'État» aux fins du présent sujet.

⁷³ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177.

⁷⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 72), p. 21, par. 51.

⁷⁵ *Ibid.*, par. 53.

⁷⁶ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 73), p. 236 et 237, par. 170.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 243, par. 191.

⁷⁸ *Ibid.*, par. 193.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 244, par. 196.

⁸⁰ La Cour européenne des droits de l'homme évoque expressément la distinction entre le civil et le pénal dans son arrêt en l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* ([GC], n° 35763/97, par. 34, 61 et 66, CEDH 2001-XI). Cette distinction est cependant rejetée par les juges ayant voté contre l'arrêt (voir l'opinion dissidente commune des juges Rozakis et Cafferis, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić). Cette distinction a de nouveau été mise en avant par la Cour dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* (nos 34356/06 et 40528/06, par. 207, CEDH 2014). Remise en cause ici encore, cette fois par le juge Kalaydjieva dans son opinion dissidente, la distinction est retenue par le Gouvernement (voir paragraphe 179 de la décision).

⁸¹ *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, par. 14 et 15, CEDH 2001-XI.

45. En revanche, l'arrêt récemment rendu dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* est de plus grand intérêt pour le sujet. Même si elle affirme s'en tenir à la solution dégagée dans l'affaire *Al-Adsani*, dans l'affaire *Jones*, la Cour européenne des droits de l'homme a statué non pas sur les poursuites au civil intentées contre l'État en cause (l'Arabie saoudite), mais sur l'immunité de juridiction civile associée aux actions introduites au civil déposées contre des personnes agissant en qualité d'organes de l'État. Dans l'affaire *Jones*, les requérants ont allégué avoir été torturés en cours de détention par des représentants de l'État saoudien, ce qui les a amenés à poursuivre au civil devant les tribunaux britanniques ces représentants et l'État saoudien proprement dit, en réparation du préjudice subi. Étaient ainsi poursuivis devant les tribunaux britanniques le Ministre de l'intérieur, un lieutenant-colonel, le directeur adjoint de la prison où certains requérants avaient été détenus et deux policiers. Dans un premier temps, la Haute Cour a rejeté les plaintes déposées contre l'Arabie saoudite et les représentants susmentionnés, au motif que l'État saoudien comme les mis en cause étaient protégés par une immunité de juridiction civile⁸². Cependant, la Cour d'appel faisant droit à leur appel a autorisé les requérants à poursuivre à titre individuel les mis en cause au motif qu'ils ne pouvaient pas invoquer d'immunité de juridiction civile étant poursuivis du chef de torture⁸³. Toutefois, la Chambre des lords statuant en dernier ressort déclarera que les personnes poursuivies étaient bien couvertes par l'immunité, estimant qu'elles avaient la qualité d'agents ou de représentants de l'État et que les actes en cause étaient des actes de l'État, encore qu'il s'agisse d'actes de torture, et que l'État bénéficiait de l'immunité⁸⁴.

46. Dans l'arrêt *Jones et autres c. Royaume-Uni* du 14 janvier 2014, la Cour européenne des droits de l'homme, reprenant et développant la solution issue de l'affaire *Al-Adsani*, s'est prononcée sur les qualités des auteurs présumés être les auteurs des actes allégués, sur leurs liens avec l'État et sur la nature des actes en cause. Ayant examiné la question, la Cour a conclu que l'immunité accordée par les tribunaux britanniques en l'espèce n'était pas incompatible avec le droit à un procès équitable consacré dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est là la première fois que la Cour s'est prononcée sur le sujet⁸⁵, et l'arrêt retrace l'historique de la question en droit international contemporain, en faisant référence aux travaux de la Commission⁸⁶. L'intérêt de l'arrêt est tel qu'il mérite d'être étudié en détail sous différents angles. Cependant, aux fins du présent rapport, il faut souligner que la Cour ne s'arrête pas sur les critères permettant de qualifier telle

personne de représentant de l'État, se bornant à affirmer que « l'immunité d'État offre en principe aux employés ou agents d'un État étranger, à raison des actes accomplis pour le compte de celui-ci, une protection⁸⁷ » et qu'« un individu ne jouit de l'immunité *ratione materiae* de l'État que lorsque les actes dénoncés ont été accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles⁸⁸ ».

47. En résumé, la Cour européenne des droits de l'homme a réaffirmé les deux critères de base que l'on retrouve dans les jurisprudences interne et internationale : d'une part, l'existence d'un lien entre l'État et la personne agissant en son nom ; et l'exercice de fonctions officielles, d'autre part. Quoi qu'il en soit, on retiendra que l'immunité envisagée par la Cour est celle dite *ratione materiae*, qu'elle a appliquée à toutes les personnes poursuivies au Royaume-Uni en l'espèce, dont plusieurs personnes occupant un rang élevé dans l'État, notamment le Ministre de l'intérieur.

48. Les tribunaux pénaux internationaux ont poursuivi des personnes qui, aux fins du présent rapport, pourraient être qualifiées de « représentants de l'État », encore que ces poursuites reposent sur les principes de l'indifférence de la qualité officielle de l'accusé et de l'inopposabilité de l'immunité de juridiction devant les juridictions pénales internationales. D'où la difficulté de trouver dans la jurisprudence de ces tribunaux des solutions dignes d'intérêt s'agissant de définir la notion de « représentant de l'État ». Cependant, l'arrêt du 29 octobre 1997 rendu par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*⁸⁹ fait figure d'exception, car on y trouve un certain nombre d'observations sur le sujet.

49. Dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre d'appel a répondu à la requête de la Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1999. Par cette demande d'examen, la Croatie contestait le pouvoir du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie d'assigner les États et leurs hauts responsables officiels, c'est-à-dire de leur décerner des ordonnances de comparution et de production de documents. À cette occasion, la Chambre d'appel statuant sur la relation liant l'État et ses responsables officiels conclut dans ce contexte que les responsables officiels d'États (*funcionarios publicos* en espagnol et *State officials* en anglais) agissant ès qualités jouissent d'une immunité fonctionnelle, établie par le droit international coutumier⁹⁰, et ce en raison des caractéristiques des personnes considérées, dont elle dit ailleurs dans son arrêt qu'elles « ne sont que des agents de l'État », « des instruments aux mains des États souverains⁹¹ » et qu'elles agissent « au nom d'un État⁹² ». Une chose est sûre : les responsables officiels ne sont des organes de l'État que lorsqu'ils accomplissent leurs fonctions officielles⁹³ ; le reste du temps, ils tombent

⁸² Décisions du Président de la Haute Cour du 30 juillet 2003 et du 18 février 2004.

⁸³ Royaume-Uni, Cour d'appel, *Ronald Grant Jones v. The Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor*, arrêt du 28 octobre 2004 (Jones n° 1), EWCA Civ 1394.

⁸⁴ *Jones v. Saudi Arabia* (Jones n° 2) [voir *supra* la note 41].

⁸⁵ Deux juges de la Cour européenne des droits de l'homme s'en autoriseront pour dire dans leurs opinions respectives que l'affaire aurait dû être renvoyée devant la Grande Chambre, afin que celle-ci se prononce sur la question de savoir si la solution dégagée dans l'arrêt *Al-Adsani* était toujours valable. Voir l'opinion concordante du juge Bianku et l'opinion dissidente du juge Kalaydjieva.

⁸⁶ *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n°s 34356/06 et 40528/06, par. 95 à 101, CEDH 2014.

⁸⁷ *Ibid.*, par. 204.

⁸⁸ *Ibid.*, par. 205.

⁸⁹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-AR 108 bis, Chambre d'appel, 29 octobre 1997.

⁹⁰ *Ibid.*, par. 38.

⁹¹ *Ibid.*, par. 38, 44 et 51.

⁹² *Ibid.*, par. 38.

⁹³ *Ibid.*, par. 44.

dans la catégorie des « personnes agissant à titre privé⁹⁴ ». On peut donc conclure que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie estime lui aussi que le statut de représentant de l'État est lié à l'accomplissement d'actions réalisées au nom et pour le compte d'un État et à l'exercice de fonctions officielles.

3. PRATIQUE CONVENTIONNELLE

50. Si le droit international général ne définit pas la notion de « représentant de l'État », il est des traités qui emploient l'expression ou visent plus généralement des catégories de personnes pouvant mériter cette qualification. Le présent rapport s'intéressera exclusivement ici à un ensemble de traités multilatéraux particulièrement dignes d'intérêt, soit parce qu'ils consacrent des dispositions à l'immunité de juridiction de l'État ou de ses représentants, soit parce qu'ils font de la notion de représentant de l'État un élément clef de la définition du régime juridique qu'ils instituent.

a) *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*

51. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques emploie l'expression *funcionarios diplomáticos*⁹⁵ dans le préambule de la version espagnole, qui est ensuite remplacée par *agente diplomático* dans le corps du texte : elle englobe le chef de la mission et le reste des membres du personnel diplomatique⁹⁶ (la formulation « agents diplomatiques » est utilisée dans les deux cas dans la version française). Cependant, la Convention ne définit pas précisément l'expression quant au fond, sans doute parce qu'il s'agit là d'une notion qui fait l'objet d'un large consensus international. Il en va de même dans les travaux de la Commission qui ont débouché sur cette convention⁹⁷. En outre, la Convention vise d'autres catégories de personnes qui sont liées à la mission diplomatique sans être des agents diplomatiques. Les fonctions de ces catégories de personnel, parmi lesquelles on trouve le personnel administratif et technique et le personnel de service, sont brièvement décrites dans l'article premier de la Convention.

52. Toutes ces catégories de personnes bénéficient de quelque forme d'immunité de juridiction, même si la portée de l'immunité en question varie d'un cas à l'autre, la plus large étant celle accordée aux agents diplomatiques et la plus restreinte celle dont bénéficie le personnel de service⁹⁸. Enfin, il faut souligner que les « domestiques privés » ne jouissent d'aucune immunité, à moins que l'État accréditaire ne la leur accorde volontairement⁹⁹. En tout cas, le dénominateur commun justifiant l'octroi de l'immunité à ces diverses personnes

réside dans l'exercice de certaines fonctions au service de l'État accréditant, auquel elles sont liées de façon formelle, indépendamment de la nature juridique de ce lien (légal ou contractuel). La nature de ces fonctions, telles qu'elles résultent de la Convention, ne fait aucun doute : il s'agit de fonctions et d'activités de nature publique et officielle. Bref, toutes ces tâches s'accomplissent en exécution des fonctions propres à la mission diplomatique énumérées à l'article 3 de la Convention, lesquelles fonctions sont une manifestation évidente de la puissance publique. Ce lien avec l'exercice de fonctions publiques est plénier dans le cas des agents diplomatiques, qui, aux termes de l'article 42, n'ont pas le droit d'exercer « dans l'État accréditaire une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel ». En ce qui concerne les autres catégories de personnel de la mission, la référence au lien avec l'État accréditant et avec la finalité publique des activités de la mission est également manifeste comme il ressort de la fréquente mention des « fonctions officielles » comme critère de détermination aux fins de l'octroi de toute forme d'immunité de juridiction.

53. On retiendra également que la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques consacre un lien spécial entre les catégories de personnel susmentionnées et l'État, à savoir la nationalité. Sans être déterminant pour l'exercice de fonctions diplomatiques, administratives, techniques ou de service dans une mission diplomatique, ce lien influe sur le régime de l'immunité de juridiction et est digne d'intérêt aux fins du présent sujet¹⁰⁰. Ainsi, l'article 38, paragraphe 1, limite l'immunité de juridiction d'un agent diplomatique qui a la nationalité de l'État accréditaire ou y a sa résidence principale aux seuls « actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions ». Par contre, il ne reconnaît aucune forme d'immunité aux autres catégories de personnel dans la même situation, lesquelles ne bénéficient d'immunité que dans la mesure où l'État accréditaire la leur aurait accordée librement et volontairement. Le lien entre octroi d'immunité et exercice de fonctions officielles au nom de l'État se trouve ainsi renforcé. Ce lien avait déjà été mis en évidence par la Commission elle-même, qui, dans son commentaire sur le projet d'article 37 (qui deviendra l'article 38, paragraphe 1, de la Convention), estime nécessaire que l'agent diplomatique dans cette situation « bénéficie d'un minimum d'immunité pour pouvoir utilement remplir ses fonctions¹⁰¹ ».

54. En résumé, le lien avec l'État, le fait d'agir pour le compte de ce dernier et l'exercice d'activités officielles au bénéfice de cet État par l'intermédiaire de la mission diplomatique sont les critères qui permettent de distinguer les catégories de personnes bénéficiant de l'immunité dans le contexte des relations diplomatiques, et, par conséquent, d'identifier les représentants de l'État.

b) *Convention sur les missions spéciales*

55. La Convention sur les missions spéciales octroie une forme d'immunité aux mêmes catégories de personnes

⁹⁴ Ibid., par. 49.

⁹⁵ Préambule, premier paragraphe.

⁹⁶ Ibid., art. 1 e.

⁹⁷ Voir *Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 92 et suiv., par. 53, où figure le projet d'articles relatif aux relations et immunités diplomatiques, adopté en seconde lecture. On notera que l'article premier n'est pas accompagné de commentaire (définitions).

⁹⁸ Voir *ibid.*, p. 103, le commentaire relatif au projet d'article 31 ; et p. 106, paragraphes 2 et 3 du commentaire relatif au projet d'article 37.

⁹⁹ Voir *ibid.*, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 37.

¹⁰⁰ Voir art. 8 et 38.

¹⁰¹ Voir *Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 106, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 37.

que la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, à une exception près, qui s'explique par la nature particulière des activités diplomatiques qu'elle régit. En effet, elle s'applique non seulement au chef de la mission, aux membres du personnel diplomatique et aux membres du personnel administratif et technique et du personnel de service de la mission spéciale, mais aussi aux «représentants de l'État», à savoir toutes personnes investies d'un mandat spécial de représentation, peu importe la catégorie à laquelle elles appartiennent¹⁰². On notera que l'expression «fonctionnaire» ne figure nulle part dans la Convention.

56. Le régime des immunités de juridiction résultant de la Convention sur les missions spéciales est comparable à celui défini dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, les fonctions remplies au sein de la mission étant ici encore le critère déterminant pour établir tant les catégories de personnes bénéficiant des immunités que la portée de ces dernières¹⁰³. Le lien de rattachement à l'État et le caractère public des fonctions de l'intéressé résultent de la définition même de l'expression «mission spéciale», qui s'entend d'«une mission temporaire, ayant un caractère représentatif de l'État, envoyée par un État auprès d'un autre État avec le consentement de ce dernier pour traiter avec lui de questions déterminées ou pour accomplir auprès de lui une tâche déterminée¹⁰⁴». Interdiction est ici encore faite aux représentants de l'État et membres du personnel diplomatique d'exercer «dans l'État de réception une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel¹⁰⁵». En outre, les représentants de l'État d'envoi dans la mission spéciale et les membres du personnel diplomatique de celle-ci qui sont ressortissants de l'État de réception ou y ont leur résidence permanente «ne bénéficient que de l'immunité de juridiction [...] pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions¹⁰⁶».

57. De surcroît, la Convention sur les missions spéciales reconnaît, en son article 21, des immunités particulières à une certaine catégorie de personnes, comme suit :

1. Le chef de l'État d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, dans l'État de réception ou dans un État tiers, des facilités, privilèges et immunités reconnues par le droit international aux chefs d'État en visite officielle.

2. Le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'État d'envoi, jouissent, dans l'État de réception ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international.

¹⁰² Voir l'article 14, qui dispose que «[l]e chef de la mission spéciale ou, si l'État d'envoi n'a pas nommé de chef, l'un des représentants de l'État d'envoi, désigné par ce dernier, est autorisé à agir au nom de la mission spéciale et à adresser des communications à l'État de réception». Aux termes de l'article premier, paragraphe e, «[l]'expression "représentant de l'État d'envoi dans la mission spéciale" s'entend de toute personne à qui l'État d'envoi a attribué cette qualité». Il convient de noter que le représentant de l'État n'est pas nécessairement un membre du personnel diplomatique puisque la Convention distingue entre les deux catégories de personnes (voir, par exemple, les articles 29, 31, 40, par. 1, et 48).

¹⁰³ Voir, en particulier, les articles 31, 36 et 37.

¹⁰⁴ Voir l'article premier, paragraphe a. Le caractère représentatif de la mission spéciale découle également du préambule de la Convention.

¹⁰⁵ Voir l'article 48.

¹⁰⁶ Voir l'article 40. Voir aussi l'article 10.

58. Ces dispositions tirent sans aucun doute leur raison d'être dans la spécificité des missions spéciales qui, dans bien des cas, sont dirigées par le chef de l'État, le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou un autre ministre ou haut représentant de l'État. Leur intérêt réside précisément en ceci qu'elles distinguent entre deux catégories de personnes auxquelles s'appliquent des régimes partiellement distincts. Par ailleurs, elles consacrent l'expression «autres personnalités de rang élevé», inconnue de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques¹⁰⁷.

59. Dans tous les cas, la Convention sur les missions spéciales retient comme critère le lien de rattachement à l'État, le fait d'agir pour le compte de celui-ci et le caractère officiel des fonctions exercées aux fins de déterminer les représentants de l'État bénéficiant de l'immunité. En outre, la mention du chef de l'État, du chef de gouvernement, du ministre des affaires étrangères et d'autres personnalités de rang élevé introduit la notion de fonctionnaire de haut rang dont le lien de rattachement à l'État va au-delà de la place qu'il occupe dans l'organisation administrative (au sens large) de l'État.

c) *Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel*

60. La Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel énumère en son article premier les différentes catégories de personnes auxquelles elle s'applique, dont, outre le chef de mission et le chef de délégation, les membres du personnel diplomatique de la mission ou délégation et les membres du personnel administratif et technique et du personnel de service. Pas plus que la Convention sur les missions spéciales, elle ne définit pas précisément quant au fond la notion de chef de mission ou de délégation. La Commission ne s'est pas davantage intéressée à cette question à l'occasion de ses travaux à l'origine de ladite convention¹⁰⁸.

61. La Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel institue un régime d'immunités de juridiction qui dépendent de la nature du lien de rattachement entre l'intéressé et l'État, et en particulier des fonctions exercées au sein de la mission ou de la délégation. Ainsi accorde-t-elle la plus large immunité aux chefs de mission et de délégation et aux autres membres du personnel diplomatique¹⁰⁹, les membres du personnel de service bénéficiant de la plus restreinte¹¹⁰. On notera à cet égard que l'immunité des membres du personnel administratif et technique ne couvre pas les actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions¹¹¹, cette restriction

¹⁰⁷ La Commission a déjà formulé des observations au sujet de l'emploi de cette expression dans le commentaire adopté à titre provisoire en 2013 [voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 50, paragraphe 11 du commentaire relatif au projet d'article 3].

¹⁰⁸ Voir le projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales et les commentaires y relatifs dans *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), document A/8410/Rev.1, p. 301 et suiv., par. 60.

¹⁰⁹ Voir art. 30 et 60.

¹¹⁰ Voir art. 36, par. 3, et 66, par. 3.

¹¹¹ Voir art. 36, par. 2, et 66, par. 2.

étant également valable pour les membres du personnel de service¹¹². Quant à elles, les personnes au service privé des membres de leur délégation ne bénéficient de l'immunité de juridiction que dans la mesure admise par l'État hôte¹¹³. Par ailleurs, le caractère officiel des fonctions confiées aux personnes qualifiées comme représentants de l'État est d'autant plus affirmé que, aux termes de la Convention, le chef de mission et les membres du personnel diplomatique de la mission « n'exerceront pas dans l'État hôte une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel¹¹⁴ ». Enfin, le chef de mission et les membres du personnel diplomatique de la mission ou délégation qui sont ressortissants de l'État hôte ou y ont leur résidence permanente bénéficient de l'immunité de juridiction uniquement pour « les actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions¹¹⁵ ».

62. En ce qui concerne les délégations envoyées à des conférences organisées sous les auspices d'une organisation internationale de caractère universel, l'article 50 de la Convention dispose que le chef de l'État, le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères et toute autre personne de rang élevé jouissent, en plus de ce qui est accordé par la Convention, des immunités qui leur sont reconnues par le droit international :

1. Le chef de l'État ou tout membre d'un organe collectif exerçant les fonctions de chef de l'État conformément à la constitution de l'État en cause, quand ils se trouvent à la tête de la délégation, jouissent, dans l'État hôte ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international aux chefs d'État.

2. Le chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou toute autre personne de rang élevé, quand ils se trouvent à la tête ou sont membres de la délégation, jouissent, dans l'État hôte ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente Convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international à ces personnes.

63. On notera qu'au paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 50, la Commission a apporté une précision importante au sujet des personnes de rang élevé, également mentionnées dans la Convention sur les missions spéciales, faisant observer que

la Commission a considéré que les personnes de rang élevé visées au paragraphe 2 avaient droit à des privilèges et immunités spéciaux en vertu des fonctions qu'elles exercent dans leur pays, fonctions qu'elles n'exerceraient pas en qualité de chef de mission. L'expression « personnes de rang élevé » doit donc s'entendre, non pas des personnes auxquelles leur État accorde un rang particulièrement élevé à cause des fonctions qu'elles exercent dans une mission, mais aux personnes qui ont un rang élevé dans leur État et sont temporairement appelées à prendre part à une délégation à un organe ou à une conférence¹¹⁶.

64. De l'examen du régime juridique institué par la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, on peut dégager les mêmes conclusions que de ceux de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la Convention sur les missions spéciales. Premièrement, comme les deux autres, cette

convention ne parle pas expressément de « représentant de l'État », ne définit pas les catégories de personnes auxquelles elle s'applique, mais établit clairement un lien de rattachement entre tous les bénéficiaires de l'immunité de juridiction et l'État. Deuxièmement, en faisant référence, en son article 50, à une catégorie comprenant des « personnes de rang élevé », elle réintroduit l'idée de deux régimes d'immunités partiellement différenciés.

d) *Convention de Vienne sur les relations consulaires*

65. La Convention de Vienne sur les relations consulaires diffère quelque peu des autres instruments examinés, tant parce qu'elle vise des personnes employées dans un poste consulaire que parce qu'elle définit la portée de l'immunité de juridiction qui leur est octroyée. Sa singularité tient en ceci qu'elle opère une distinction entre « fonctionnaires consulaires » et « employés consulaires », les deux seules catégories de personnes bénéficiant de l'immunité de juridiction¹¹⁷. L'expression « fonctionnaire consulaire » s'entend de « toute personne, y compris le chef de poste consulaire, chargée en cette qualité de l'exercice de fonctions consulaires¹¹⁸ », et l'expression « employé consulaire » de « toute personne employée dans les services administratifs ou techniques d'un poste consulaire¹¹⁹ ». Elle institue en outre, en son article 69, la catégorie des « agents consulaires », précisant que les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leurs activités et le régime juridique auxquels ils sont soumis sont fixés par accord entre les États intéressés. La Commission n'a toutefois pas traité de cette disposition dans son projet d'articles.

66. L'immunité de juridiction reconnue aux fonctionnaires consulaires et aux employés consulaires est moins étendue que celle des agents diplomatiques étant expressément circonscrite aux « actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires¹²⁰ ». De surcroît, l'immunité de juridiction civile ne joue pas en cas d'action « résultant de la conclusion d'un contrat passé par un fonctionnaire consulaire ou un employé consulaire qu'il n'a pas conclu expressément ou implicitement en tant que mandataire de l'État d'envoi¹²¹ ». On retiendra également que, sans accorder l'immunité de juridiction pénale aux fonctionnaires consulaires, la Convention prévoit néanmoins expressément que toute procédure pénale doit être conduite « avec les égards qui sont dus au fonctionnaire consulaire en raison de sa position officielle et [...] de manière à gêner le moins possible l'exercice des fonctions consulaires¹²² ».

67. De ce qui précède, on peut conclure que la Convention de Vienne sur les relations consulaires lie plus étroitement encore l'octroi de l'immunité à certaines catégories de personnes à l'exercice par celles-ci de fonctions spécifiques pour le compte de l'État. Il est de nouveau

¹¹⁷ Voir art. 43. Voir aussi art. 58, par. 2, et par. 63, concernant les fonctionnaires consulaires honoraires.

¹¹⁸ Article premier, paragraphe 1 d.

¹¹⁹ Article premier, paragraphe 1 e.

¹²⁰ Art. 43, par. 1.

¹²¹ Art. 43, par. 2 a.

¹²² Art. 41, par. 3. La même formule est reprise à l'article 63 de la Convention, qui concerne l'ouverture d'une procédure pénale contre un « fonctionnaire consulaire honoraire ».

¹¹² Voir *supra* la note 110.

¹¹³ Voir art. 36, par. 4, et 66, par. 4.

¹¹⁴ Voir art. 39.

¹¹⁵ Voir art. 36 et 37.

¹¹⁶ *Annuaire... 1971*, vol. II (1^{re} partie), document A/8410/Rev.1, p. 334, paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 50.

établi que ces fonctions doivent être une émanation de la puissance publique, ainsi qu'il ressort de l'article 5 de la Convention et de la disposition selon laquelle le fonctionnaire consulaire peut, dans certaines conditions, accomplir des « actes diplomatiques » ou « être chargé de représenter l'État d'envoi auprès de toute organisation intergouvernementale »¹²³. Le lien de rattachement entre les catégories de personnes bénéficiant de l'immunité et l'État est donc évident et se trouve encore accentué par l'article 43, par. 2 a, qui qualifie les fonctionnaires consulaires et employés consulaires de « mandataire[s] de l'État d'envoi »¹²⁴.

68. On peut ainsi dire que les critères permettant de déterminer les bénéficiaires de l'immunité sont les mêmes dans les quatre conventions susévoquées, à savoir : l'existence d'un lien de rattachement à l'État, le fait d'agir pour le compte de celui-ci et l'exercice de fonctions officielles. On notera toutefois que la Convention de Vienne sur les relations consulaires emploie une terminologie distincte, et notamment des expressions nouvelles comme « fonctionnaire », « employé » et « mandataire de l'État d'envoi ».

e) *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*

69. En cinquième lieu, même si elle ne traite pas des immunités, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, procède de la même logique que les autres conventions examinées ici dans la mesure où elle institue un régime spécial applicable à certaines catégories de personnes rattachées à l'État et bénéficiant d'une protection internationale du fait de l'exercice de fonctions particulières. Examiner les catégories de « personnes jouissant d'une protection internationale » au sens de la Convention peut donc aider à définir les critères permettant de qualifier certaines personnes de « représentants de l'État » aux fins de notre sujet.

70. À cet effet, la disposition pertinente ici est le paragraphe 1 de l'article premier, aux termes duquel l'expression « personne jouissant d'une protection internationale » s'entend :

a) [d]e tout chef d'État, y compris chaque membre d'un organe collégial remplissant en vertu de la constitution de l'État considéré les fonctions de chef d'État; de tout chef de gouvernement ou de tout ministre des affaires étrangères [...];

b) [d]e tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un État [...].

71. Cette formulation diffère quelque peu de celle du projet d'article que la Commission avait initialement approuvé, aux termes duquel devaient être considérés comme ayant droit à une protection internationale :

a) [t]out chef d'État ou tout chef de gouvernement [...];

¹²³ Art. 17.

¹²⁴ Voir aussi article 71, paragraphe 1, qui limite la portée des immunités accordées aux fonctionnaires consulaires qui sont ressortissants ou résidents permanents de l'État de résidence.

b) [t]oute personnalité officielle ou tout fonctionnaire d'un État [...] qui, conformément au droit international général ou à un accord international, a droit à une protection spéciale aux fins ou en raison de l'accomplissement de fonctions au nom de cet État [...]»¹²⁵.

72. On retiendra que les alinéas a et b du paragraphe 1 du projet d'article retenu en définitive par la Convention visent respectivement le ministre des affaires étrangères et les fonctionnaires et personnalités officielles¹²⁶ et que l'alinéa b ne parle plus de protection spéciale accordée à ces derniers en raison de l'exercice de fonctions au nom de l'État.

73. Cet article est d'autant plus digne d'intérêt qu'il énumère toutes les catégories de personnes jouissant d'une protection internationale, les regroupant en deux catégories distinctes qui pourraient correspondre à celles examinées par la Commission à l'occasion de ses travaux sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et donc bénéficiers, respectivement, de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*.

74. En ce qui concerne l'immunité *ratione personae*, la Commission avait déjà évoqué le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention dans son commentaire du projet d'article 3, qu'elle a adopté à titre provisoire à sa soixante-cinquième session, en 2013¹²⁷. Cette disposition est néanmoins utile s'agissant de définir la notion de « représentant de l'État » aux fins du présent rapport dans la mesure où elle énumère les catégories de personnes susceptibles de bénéficier d'une protection spéciale du fait de leur rattachement à l'État et des fonctions de représentation qu'elles exercent pour le compte de l'État ou en son nom. À cet égard, on retiendra en particulier le commentaire de la Commission sur le projet d'article premier, adopté en 1972, qui distingue entre, d'une part, le chef de l'État et le chef du gouvernement et, d'autre part, les autres fonctionnaires et représentants officiels. La protection reconnue aux premiers en droit international découle de leur statut spécial et de leur qualité de chef d'État ou de gouvernement¹²⁸. Les seconds sont définis selon des critères¹²⁹ comme le statut de « fonctionnaire » ou de « personnalité officielle » « au service d'un État »¹³⁰, leur droit à une protection internationale « exist[ant] aux fins ou en raison de l'accomplissement de fonctions officielles¹³¹ ». Ces observations sont toujours valables au regard de l'actuel article premier de

¹²⁵ Projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, projet d'article premier, dans *Annuaire... 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.I, p. 339 et 340.

¹²⁶ La version française et la version espagnole du texte officiel de la Convention ont ajouté « personnalité officielle » et *personalidad oficial*, respectivement, aux fonctionnaires ou représentants d'un État. Cela est dû au fait que l'expression « personnalité officielle » figurait déjà dans la version française du projet d'article premier adopté par la Commission.

¹²⁷ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 51, commentaire relatif au projet d'article 3, notamment le paragraphe 4 (p. 54).

¹²⁸ *Annuaire... 1972*, vol. II, document A/8710/Rev.I, p. 340, paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article premier.

¹²⁹ *Ibid.*, par. 4. Bien que la Commission donne quelques exemples au paragraphe 9 de son commentaire (*ibid.*, p. 341 et 342), elle se contente de mentionner les agents diplomatiques, les experts en mission et les fonctionnaires consulaires, ainsi que certains fonctionnaires des organisations internationales.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 341, par. 7.

¹³¹ *Ibid.*, p. 342, par. 10.

la Convention, même si celui-ci ne vise pas l'exercice de fonctions au nom de l'État.

75. La Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, présente donc un double intérêt aux fins du présent rapport : premièrement, elle établit deux catégories de personnes relevant de régimes de protection distincts ; deuxièmement, elle met l'accent sur le rattachement à l'État, soit en raison de la qualité ou du statut spécial de l'intéressé ou du fait qu'il agit au nom de l'État. De surcroît, elle opère une distinction d'ordre terminologique entre les deux catégories en réservant l'expression «représentant de l'État» aux membres de la deuxième, dont relèvent également les «fonctionnaire[s]» et autres «personnalité[s] officielle[s]».

f) *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens*

76. La Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens définit également les organes et personnes bénéficiaires d'immunité. Ainsi parle-t-elle, en son article 2, paragraphe 1 b i), de «[l']État et ses divers organes de gouvernement» ; en son article 2, paragraphe 1 b iv), des «représentants de l'État agissant à ce titre» ; et en son article 3, paragraphe 2, des «privileges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État».

77. On notera que cette convention ne couvre pas les poursuites au pénal, ni, donc, l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹³². Les références aux organes de gouvernement de l'État, aux représentants de l'État agissant à ce titre et à l'immunité *ratione personae* du chef de l'État sont néanmoins utiles pour ce qui est de définir le concept de «représentant de l'État» aux fins du présent rapport, d'une part, parce qu'elles indiquent qu'il existe deux catégories de personnes distinctes auxquelles s'appliquent, respectivement, l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* et, d'autre part, parce qu'elles mettent l'accent sur les fonctions représentatives exercées par les bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*¹³³.

78. On retiendra que le terme «fonctionnaire» ne figure ni dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens élaboré par la Commission, ni dans la Convention. Ainsi qu'il est dit plus haut, ces textes parlent d'«organes de gouvernement» et de «représentants» de l'État. En outre, dans le projet d'articles, la Commission a estimé que l'expression «organe de l'État» s'entendait d'entités et non de «personnes», exception faite du chef de l'État et du chef du gouvernement, qui entrent dans certains cas dans cette catégorie¹³⁴.

¹³² Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 48, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 3, et la note 267.

¹³³ À cet égard, on notera les observations formulées par la Commission dans son commentaire relatif au projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adopté en seconde lecture en 1991 : voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 14, 15 et 18, paragraphes 6, 8 et 17 du commentaire relatif au projet d'article 2, et p. 21, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 14 à 16, paragraphe 6 et paragraphes 8 à 10 du commentaire relatif au projet d'article 2.

g) *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*

79. S'agissant des conventions internationales incriminant des comportements répréhensibles indépendamment de leur rapport avec les relations internationales, on trouve très tôt mention de la catégorie des fonctionnaires dans la pratique conventionnelle. Ainsi, en son article IV, qui désigne les personnes pouvant commettre le génocide, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide vise expressément les «gouvernants», les «fonctionnaires» et les «particuliers». S'il est vrai que la Convention ne définit pas ces termes, on peut néanmoins déduire de la mention «gouvernants» et «fonctionnaires», d'un côté, et «particuliers», de l'autre, qu'il existe deux catégories de personnes, les premières agissant à titre officiel et les secondes à titre privé. Toutefois, ladite disposition ne fournit aucun autre élément qui permette de distinguer les «gouvernants» des «fonctionnaires» ou de dégager les critères d'identification du caractère officiel de leurs actes.

80. Cependant, l'emploi des termes «gouvernants» et «fonctionnaires» nous permet de conclure qu'il existe deux catégories distinctes de personnes qui agissent pour le compte de l'État et dont les fonctions relèvent d'une nature différente. On se rappellera à ce propos que l'inclusion du terme «gouvernants» a donné lieu, en 1948, au sein de la Sixième Commission, à de longs et riches débats qui ont mis en évidence que, pour la majorité des États, les termes «gouvernants» et «fonctionnaires» n'étaient pas interchangeables¹³⁵. Ainsi, on peut citer l'intervention de l'Égypte, selon laquelle «le concept de gouvernant englobe, en effet, non seulement le monarque constitutionnel [...] mais également les ministres et tous ceux qui exercent le pouvoir gouvernemental, par opposition aux fonctionnaires de l'administration¹³⁶» ou les propos de l'Inde, qui a déclaré qu'il fallait «inclure, outre les fonctionnaires publics et les particuliers, les personnes exerçant l'autorité dans l'État¹³⁷». On doit encore mentionner la déclaration de la France, pour qui le mot contesté «gouvernants» «ne vise en réalité que ceux qui ont la responsabilité effective du pouvoir¹³⁸. Ce débat n'a rien perdu de son intérêt pour le présent propos.

81. Il convient enfin de relever que la proposition de remplacer les termes «gouvernants et fonctionnaires» par «agents de l'État» faite par la Belgique¹³⁹, selon laquelle cette expression permettait d'englober les deux catégories de personnes, n'a pas été retenue.

h) *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*

82. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants fait de la

¹³⁵ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 93^e séance, p. 314 à 322. Sur l'emploi de ces deux termes, on relèvera les propos du Venezuela, qui a fait remarquer que «les gouvernants de son pays [étaient] tous considérés comme des fonctionnaires», mais que, «puisque'il n'en [était] pas ainsi dans les autres États», il ne voyait pas d'inconvénient à maintenir le mot «gouvernants» (*ibid.*, p. 318).

¹³⁶ *Ibid.*, p. 315.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 317.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 315.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 316.

qualité de fonctionnaire un élément de la définition même de la torture en énonçant que la « douleur » ou les « souffrances » subies par la victime doivent avoir été « infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite » (art. 1, par. 1). Par ailleurs, selon l'article 2, paragraphe 3, les ordres donnés par un supérieur doivent émaner « d'un supérieur ou d'une autorité publique ». Enfin, dans ses dispositions qui mettent à la charge de l'État l'obligation d'incriminer la torture en droit interne, la Convention fait à nouveau expressément référence à « un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel » (art. 16, par. 1)¹⁴⁰.

83. Pour sa part, le Comité contre la torture a repris la terminologie de la Convention dans les observations générales adoptées jusqu'à aujourd'hui¹⁴¹, ajoutant les expressions « quiconque agit, de droit ou de fait, au nom de l'État partie¹⁴² », « [les] agents [de l'État] [...] et quiconque agit à sa demande¹⁴³ », « les autorités de l'État ou toute autre personne agissant à titre officiel¹⁴⁴ », « un supérieur ou [...] une autorité publique¹⁴⁵ », les « personnes appartenant à la chaîne de commandement¹⁴⁶ » ou les « supérieurs hiérarchiques – y compris les fonctionnaires¹⁴⁷ ». Par ailleurs, dans les dispositions de son observation générale n° 3 (2012) relative à l'application de l'article 14 sur l'incompatibilité de l'immunité de certaines personnes avec la Convention, le Comité emploie l'expression « agents [de l'État]¹⁴⁸ ».

84. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne définit toutefois pas les termes « agent », « autorité publique » ou « toute autre personne agissant à titre officiel ». À ce

¹⁴⁰ Parallèlement à ces mentions expresses des agents de la fonction publique et des autorités publiques, l'article 10, paragraphe 1, qui prévoit les mesures de formation visant à prévenir la torture, énumère les catégories de personnes suivantes : « [le] personnel civil ou militaire chargé de l'application des lois, [le] personnel médical, [les] agents de la fonction publique et [les] autres personnes qui peuvent intervenir dans la garde, l'interrogatoire ou le traitement de tout individu arrêté, détenu ou emprisonné de quelque façon que ce soit ».

¹⁴¹ Dans son observation générale n° 1 (1997) sur l'application de l'article 3, le Comité emploie les termes « un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel » [Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 44 (A/53/44)*, annexe IX, p. 54, par. 3 et 8 b. Dans son observation générale n° 2 (2007) sur l'application de l'article 2, le Comité utilise les termes « fonctionnaires et agents [...] ainsi que [...] toute autre personne agissant à titre officiel » (par. 15) et « agents » (par. 18) [ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 44 (A/63/44)*, annexe VI, p. 171 et 172]. Dans son observation générale n° 3 (2012) sur l'application de l'article, il emploie les expressions « autorités de l'État ou toute autre personne agissant à titre officiel » au paragraphe 7 et « agents de l'État » au paragraphe 18 [ibid., *soixante-huitième session, Supplément n° 44 (A/68/44)*, annexe X, p. 268 et 270, respectivement].

¹⁴² Observation générale n° 2 (2007) [ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 44 (A/63/44)*, annexe VII, p. 169, par. 7.

¹⁴³ Ibid., par. 7, et p. 171, par. 15.

¹⁴⁴ Ibid., p. 172, par. 18 ; observation générale n° 3 (2012) [ibid., *soixante-huitième session, Supplément n° 44 (A/68/44)*, annexe XI, p. 268, par. 7.

¹⁴⁵ Observation générale n° 2 (voir *supra* la note 142), p. 174, par. 26.

¹⁴⁶ Ibid., p. 170, par. 9.

¹⁴⁷ Ibid., p. 174, par. 26.

¹⁴⁸ Observation générale n° 3 (2012) [ibid., *soixante-huitième session, Supplément n° 44 (A/68/44)*, annexe XI, p. 276, par. 42.

jour, le Comité n'a pas non plus donné de définition à ces notions. La Convention met néanmoins clairement l'accent sur la notion « à titre officiel » et emploie le qualificatif « public » pour désigner aussi bien les « agents » que les « autorités ». Ce lien avec l'État et avec l'exercice de fonctions propres à ce dernier apparaît ainsi avec évidence. Ce lien a également été souligné par le Comité contre la torture par l'affirmation récurrente selon laquelle les fonctionnaires, les autorités et les personnes agissent « à titre officiel ou au nom de l'État » et par l'emploi de l'expression « autorités de l'État », mais aussi par l'affirmation selon laquelle les personnes « agissent à titre officiel en ce sens qu'[elles] se substituent à l'État en s'acquittant des obligations qui lui incombent¹⁴⁹ ». Des considérations qui précèdent, on peut dégager un deuxième critère d'identification, à savoir qu'il existe une pluralité des personnes ayant un lien avec l'État et avec l'exercice de fonctions officielles. Ces personnes ne se réduisent pas à la notion stricte de « fonctionnaire » et sont également désignées par d'autres formulations comme « autorités » ou « agents »¹⁵⁰.

i) Instruments contre la corruption

85. Pour les besoins du présent rapport, les instruments universels et régionaux qui ont été adoptés depuis les années 1990 pour lutter contre le phénomène de la corruption présentent un intérêt tout particulier. Tous ces textes ont pour point commun de s'articuler autour des fonctionnaires de l'État. Par conséquent, non seulement il est expressément fait mention de cette catégorie de personnes dans leurs articles, mais en outre on y trouve des définitions de ce qu'il faut entendre par agent public.

86. Ainsi, la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose en son article 2 a qu'

[o]n entend par « agent public » : i) toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un État Partie, qu'elle ait été nommée ou élue, à titre permanent ou temporaire, qu'elle soit rémunérée ou non rémunérée, et quel que soit son niveau hiérarchique ; ii) toute autre personne qui exerce une fonction publique, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique, ou qui fournit un service public, tels que ces termes sont définis dans le droit interne de l'État Partie et appliqués dans la branche pertinente du droit de cet État ; iii) toute autre personne définie comme « agent public » dans le droit interne d'un État Partie. Toutefois, aux fins de certaines mesures spécifiques prévues au chapitre II de la présente Convention, on peut entendre par « agent public » toute personne qui exerce une fonction publique ou qui fournit un service public tels que ces termes sont définis dans le droit interne de l'État Partie et appliqués dans la branche pertinente du droit de cet État.

87. La Convention vise également l'« agent public étranger », défini dans l'article 2 b comme

toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue ; et toute personne qui exerce une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique.

¹⁴⁹ Observation générale n° 2 (voir *supra* la note 142), p. 172, par. 17.

¹⁵⁰ La pluralité des personnes ayant un lien avec l'État ressort avec évidence de l'énumération suivante tirée de l'observation générale n° 2 : « [les] fonctionnaires et [les] agents [de l'État], ainsi que [...] toute personne agissant à titre officiel, au nom de l'État ou en liaison avec celui-ci, sous sa direction ou son contrôle, ou encore au nom de la loi » (ibid., p. 171, par. 15).

Les termes « agents publics » et « agents publics étrangers » reviennent dans tout le texte de la Convention¹⁵¹, à l'exception de quelques dispositions où il est également question de « fonctionnaire » comme d'une catégorie distincte de celle d'« agent public »¹⁵².

88. La Convention interaméricaine contre la corruption emploie conjointement les termes « fonctionnaire », « employé gouvernemental » ou « serviteur public », définis à l'article premier comme

tout fonctionnaire ou employé d'un État ou de ses entités, y compris ceux qui ont été choisis, désignés ou élus pour mener des activités ou exercer des fonctions au nom de l'État ou au service de l'État, à tous les échelons hiérarchiques.

89. Enfin, la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe dispose que

a) l'expression « agent public » est interprétée par référence à la définition de « fonctionnaire », « officier public », « maire », « ministre » ou « juge » dans le droit national de l'État dans lequel la personne en question exerce cette fonction et telle qu'elle est appliquée dans son droit pénal;

b) le terme « juge » qui figure à l'alinéa a ci-dessus comprend les membres du ministère public et les personnes exerçant des fonctions judiciaires;

c) dans le cas de poursuites impliquant un agent public d'un autre État, l'État qui poursuit ne peut appliquer la définition d'agent public que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national¹⁵³.

90. Cette définition est également applicable à la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, laquelle se borne à mentionner les « agents publics dans l'exercice de [leurs] fonctions »¹⁵⁴.

91. La définition d'« agent public » donnée par la Convention pénale sur la corruption présente un intérêt tout particulier pour le présent rapport. En effet, comme il est indiqué dans le Rapport explicatif de la Convention :

Les rédacteurs de la présente Convention ont souhaité couvrir, dans la mesure du possible, toutes les catégories d'agents publics afin d'éviter des lacunes dans l'incrimination de la corruption dans le secteur public. Cela ne signifie cependant pas nécessairement que les États doivent modifier leur définition générale d'« agent public ». Concernant la référence à la « loi nationale », il doit être noté que l'intention des rédacteurs de la Convention était d'imposer des obligations aux Parties contractantes en vertu de cette convention seulement dans la mesure où elles sont compatibles avec leur Constitution et les principes fondamentaux de leur système juridique y compris, le cas échéant, les principes relatifs au fédéralisme¹⁵⁵.

92. Autrement dit, les systèmes nationaux restent libres de conserver leur définition d'« agent public » en droit interne, mais les catégories de personnes et de fonctions qui doivent à tout le moins apparaître dans la notion d'agent public sont expressément énoncées pour éviter les lacunes dans la répression de la corruption. À cet égard, la mention des « maires » et des « ministres », qui « [d]ans

beaucoup de pays [...] sont assimilés à des agents publics, aux fins de l'application des infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions¹⁵⁶ », revêt un intérêt particulier. De la même façon, aux termes du rapport explicatif, les « juges » sont des « personnes, élues ou non élues, qui exercent des fonctions judiciaires. Cette notion doit être interprétée le plus largement possible : l'élément décisif, ici, ce n'est pas le titre officiel de la personne, mais le caractère judiciaire des fonctions qu'elle exerce. Il va de soi que les procureurs entrent dans le champ de cette définition, bien que dans certains États ils ne soient pas considérés comme faisant partie de "la magistrature"¹⁵⁷ ». Cette conception large de la notion d'agent public se retrouve également dans le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, qui étend le champ d'application de la Convention aux arbitres et aux jurés nationaux comme étrangers¹⁵⁸.

93. Par-delà les différences que l'on peut constater entre les différents instruments examinés dans la présente section, on peut dégager plusieurs éléments communs pour circonscrire la notion d'« agent public » : a) ce terme désigne des personnes exerçant des fonctions officielles au nom ou pour le compte de l'État ; b) il est indifférent que ces personnes aient accédé à ces fonctions par élection ou par nomination ; c) il est indifférent également que ces fonctions soient exercées à titre permanent ou temporaire, contre rémunération ou à titre gratuit ; d) il est indifférent en outre que ces fonctions officielles relèvent des pouvoirs exécutif (administration), judiciaire ou législatif ; e) il est indifférent enfin que ces fonctions officielles soient exercées au sein de l'administration centrale de l'État ou dans d'autres structures politiques ou administratives ou encore au sein d'entreprises ou d'organismes du secteur public. Si l'on peut s'interroger sur l'applicabilité de ces éléments dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, il est néanmoins indéniable que l'on peut s'en servir comme point de départ pour dégager les critères permettant de définir la notion de représentant de l'État aux fins du présent sujet.

j) *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*

94. Au paragraphe 1 de son article 27, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale pose ce qui suit :

Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.

95. L'article énumère plusieurs catégories de personnes dotées de la « qualité officielle », laquelle n'est pas à prendre en considération aux fins d'établir la responsabilité pénale internationale. Cette énumération présente un intérêt pour le présent rapport, étant donné qu'en son paragraphe 2, l'article 27 relie le concept de « qualité officielle » à l'immunité, disposant que

¹⁵¹ Voir art. 7, 8, 12, 15 à 20, 25, 30, 38 et 52.

¹⁵² Voir art. 7 et 30.

¹⁵³ Art. 1.

¹⁵⁴ Art. 5.

¹⁵⁵ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption, *Série des traités européens*, n° 173, p. 6 et 7, par. 27.

¹⁵⁶ Ibid., par. 28.

¹⁵⁷ Ibid., par. 29.

¹⁵⁸ Voir article premier du Protocole additionnel.

[I]es immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.

96. L'article 27 est de portée générale en ce qu'il vise à inclure toute personne à laquelle peut s'appliquer le concept de « qualité officielle » ; cela correspond dans une certaine mesure à l'approche qu'a suivie la Commission dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté en 1996¹⁵⁹. On peut donc supposer que les termes « qualité officielle » s'appliquent à toute personne qui représente l'État ou qui agit pour le compte ou au nom de celui-ci¹⁶⁰.

97. L'article 8 *bis* du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui traite du crime d'agression, définit celui-ci comme un crime de dirigeant, posant en son paragraphe 1 qu'un tel crime est commis « par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État¹⁶¹ ». Il convient toutefois de noter que cette disposition ne modifie ni le contenu ni la portée de l'article 27. En réalité, il faut interpréter la référence à la capacité effective « de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État » comme un élément factuel, rattaché au pouvoir d'influence ou de décision de la personne considérée, qui s'applique indépendamment de l'appartenance de l'auteur du crime d'agression à l'une des catégories de personnes énumérées au paragraphe 1 de l'article 27¹⁶². En conséquence, cet élément factuel ne peut en lui-même être pris comme critère pour définir le concept général de « qualité officielle », indépendamment de son application éventuelle à des personnes ayant cette qualité.

4. AUTRES TRAVAUX DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

98. À l'occasion de ses travaux passés, la Commission a dû plusieurs fois aborder le concept de représentant de l'État, d'organe de l'État ou d'agent de l'État. Les travaux ayant débouché sur des traités ont déjà été examinés plus haut, dans la section consacrée à la pratique conventionnelle. Néanmoins, d'autres travaux de la Commission peuvent être utilement considérés aux fins du présent rapport. Il s'agit de la formulation des Principes de Nuremberg, du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

¹⁵⁹ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 17, par. 50.

¹⁶⁰ La doctrine a elle aussi suivi cette interprétation, étant entendu que le concept de « qualité officielle » s'applique aux personnes qui, de fait, exercent les fonctions mentionnées à l'article 27 du Statut de Rome. Voir, notamment, Triffterer, « Irrelevance of official capacity », p. 788 et 789 ; Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, p. 449 et 450.

¹⁶¹ Un libellé similaire est utilisé dans les amendements aux éléments de crime relatifs à l'article 8 *bis*, adoptés par la Conférence de révision du Statut de Rome. Voir *Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai-11 juin 2010, Documents officiels*, p. 23, résolution RC/Res.6, annexe II, « Éléments », par. 2.

¹⁶² Rappelons que la référence à la direction et au contrôle effectifs trouve son origine dans la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg concernant la responsabilité pénale des industriels qui, manifestement, ne peuvent être considérés comme ayant une qualité officielle. Voir à ce sujet McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, p. 178 et 179, ainsi que p. 181.

a) *Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal*

99. Dans le projet de document exposant les principes de Nuremberg, qui furent ensuite adoptés par l'Assemblée générale¹⁶³, la Commission faisait référence, sous le principe III, à une personne ayant agi « en qualité de chef d'État ou de gouvernant » et, sous le principe IV, aux ordres donnés par le « gouvernement » ou par un « supérieur hiérarchique ». Ni le Rapporteur spécial, M. Jean Spiropoulos, ni la Commission n'ont donné une définition du « chef de gouvernement », mais il apparaît clairement, à la lecture des commentaires approuvés par la Commission, que dans l'un et l'autre de ces deux cas, et surtout dans celui du principe III, il est question d'une personne agissant au titre d'une qualité officielle, sur la base des références faites par le Tribunal de Nuremberg aux « représentants de l'État » et aux personnes « allégu[ant] [un] mandat [...] reçu de l'État »¹⁶⁴.

b) *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954*

100. À l'article 2 du premier projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹⁶⁵, adopté en seconde lecture en 1954, la Commission mentionne les « autorités d'un État » parmi les auteurs éventuels des infractions définies dans ce même article. En outre, à l'article 3 du code, qui dispose que la qualité officielle n'a pas d'incidence sur la responsabilité encourue pour avoir commis de tels crimes, les termes « chef d'État ou de gouvernant » (*Head of State et responsible government official* dans la version anglaise) sont utilisés. Le projet de code ne définit cependant pas davantage que les Principes de Nuremberg ce qu'il faut pour entendre par « autorités d'un État », lesquelles sont opposées aux termes « particuliers » (*private individuals* en anglais) dans le commentaire du projet d'article 2. Quoi qu'il en soit, on peut conclure sur la base de ce lien entre le projet de code et les Principes de Nuremberg adoptés en 1950 que les deux textes se réfèrent à une personne agissant au nom et pour le compte de l'État.

101. Il ressort néanmoins des travaux de la Commission qui ont conduit à l'adoption du premier projet de code que la définition des termes *responsible government official* suscitait déjà des doutes à l'époque. Il convient à cet égard de prendre tout particulièrement note du deuxième rapport du Rapporteur spécial M. Jean Spiropoulos, qui, dans son analyse des points de vue exprimés par les États à la Sixième Commission, citait notamment les déclarations de la Belgique (M. Van Glabbeke) et des Pays-Bas (M. Röling). De l'avis de la Belgique, « il exist[ait] encore une certaine confusion quant à la signification exacte du

¹⁶³ Résolution 488 (V) de l'Assemblée générale du 12 décembre 1950.

¹⁶⁴ Voir *Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 12 à 16, par. 95 à 127, notamment les paragraphes 103 et 104. Le texte des Principes de Nuremberg est reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 12, par. 45.

¹⁶⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693)*, p. 9.

mot «gouvernant». Les avis [étaient] partagés quant à la question de savoir s'il faut entendre par «gouvernant» un membre du gouvernement exclusivement, ou également un ancien membre d'un gouvernement ou bien encore toute personne qui occupe dans l'État une fonction très élevée dans les trois domaines du pouvoir, exécutif, législatif et judiciaire. Certains documents parl[ai]ent de fonctionnaires de grade élevé et la signification de cette expression n'est guère plus claire que celle du mot «gouvernant»¹⁶⁶. Pour leur part, les Pays-Bas soutenaient que «la disposition relative à la qualité officielle du défendeur ne saurait être appliquée de la même manière aux grands et aux petits criminels de guerre¹⁶⁷». Malgré ces observations, le Rapporteur spécial n'a pas abordé, dans son rapport, la question de la définition et de la portée du terme «gouvernant» (*responsible government official*), se contentant d'indiquer que, dans le cas de l'invasion du territoire d'un État par les forces armées d'une autre État, «le simple soldat ne serait pas pénalement responsable en droit international [...] il serait contraire à toute logique de considérer le simple soldat comme pénalement responsable d'une action décidée et dirigée par les autorités d'un État¹⁶⁸». Cependant, dans son troisième rapport, soumis à la Commission en 1954 et sur la base duquel le code a été adopté en seconde lecture, le Rapporteur spécial s'est expressément référé à l'utilisation, dans le projet d'article 3, du terme «gouvernant» (*responsible government official*) et, renvoyant aux débats de l'Assemblée générale sur la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, a indiqué que

¹⁶⁶ *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, document A/CN.4/44, par. 85. La version anglaise du commentaire indique ceci : *there was still some confusion regarding the exact meaning of the words "responsible government official". Opinions differed: some said "responsible government official" referred solely to a member of a government ... or even any person occupying an important post in the three important branches of government, the legislative, the executive or the judicial. Some documents referred to highly placed officials and the meaning of that expression was no clearer than the words "responsible government official"*.

¹⁶⁷ *Ibid.*, par. 82. La version anglaise du commentaire indique ce qui suit : *the provision concerning the official position of a defendant could not be applied in the same way to major and minor war criminals*.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 58, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article premier. La version anglaise du commentaire indique ce qui suit : *the simple soldier would not be criminally responsible under international law ... It would go beyond any logic to consider a mere soldier as criminally responsible for an action which has been decided and directed by the authorities of a State*. La Commission a souscrit à ce point de vue dans son rapport sur l'adoption du projet de code en première lecture, en particulier dans son commentaire, où, au sujet de la question de la complicité, elle a également affirmé ceci : «[O]n n'a pas voulu stipuler que tous ceux qui contribuent, dans l'exercice normal de leurs fonctions, à la perpétration de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité pourraient, de ce seul fait, être considérés comme complices de ces crimes. Il ne peut être question de punir, comme complices d'un tel crime, tous les membres des forces armées d'un État ou les travailleurs des industries de guerre» (*it is not intended to stipulate that all those contributing, in the normal exercise of their duties, to the perpetration of offences against the peace and security of mankind could, on that ground alone, be considered as accomplices in such crimes. There can be no question of punishing as accomplices in such an offence all the members of the armed forces of a State or the workers in war industries*) [Documents officiels de l'Assemblée générale, sixième session, Supplément n° 9 (A/1858), p. 16, paragraphe 12 du commentaire relatif au projet d'article 2, au troisième paragraphe]. S'il est vrai que ces commentaires concernent manifestement la pertinence de la situation hiérarchique d'une personne au regard de sa responsabilité pénale, ils présentent un intérêt pour le présent sujet, car ils affirment qu'une distinction peut être établie entre un «gouvernant» (*responsible government official*) et d'autres personnes accomplissant des actes au nom de l'État, en exécution de décisions prises par d'autres (*ibid.*).

ce terme visait «ceux qui ont la responsabilité effective du pouvoir¹⁶⁹». Quoiqu'il en soit, la Commission ne propose, dans son commentaire du projet de code, aucune définition des «autorités d'un État».

c) *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996*

102. Dans plusieurs dispositions du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1996, la Commission vise des personnes qui appartiendraient à chacune des catégories définies dans le présent rapport. La disposition la plus importante à cet égard est le projet d'article 7, qui prévoit, aux fins d'établir la responsabilité pénale individuelle résultant de la commission des crimes définis dans le code, que la «qualité officielle de l'auteur d'un crime [est indifférente] [...] même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement¹⁷⁰». En outre, dans les commentaires des projets d'articles 2, 4, 5 et 16, la Commission se réfère également, de différentes manières, aux diverses catégories de personnes examinées dans le présent rapport.

103. Lorsqu'elle définit la responsabilité individuelle et distingue celle-ci de la responsabilité de l'État, la Commission fait référence à l'«agent de l'État», ainsi qu'à l'individu ayant agi «pour le compte de l'État», «au nom de l'État» ou même «en tant qu'agent de fait, sans pouvoir légal»¹⁷¹, et elle insiste particulièrement sur le fait que «l'agression ne peut être commise que par des individus qui sont des agents de l'État et qui se servent de leur pouvoir de commandement et des moyens qu'il procure pour commettre ce crime¹⁷²». Les commentaires contiennent aussi des références aux individus qui «occupent des postes d'autorité gouvernementale ou de commandement militaire¹⁷³», à la «hiérarchie gouvernementale ou [...] la chaîne de commandement militaire¹⁷⁴» et aux «hauts fonctionnaires de l'administration et [...] chefs militaires¹⁷⁵». La Commission ne présente cependant dans aucun des commentaires une définition ou une liste des personnes auxquelles s'appliquent ces catégories. À cet égard, si la Commission ne précise pas, dans le commentaire relatif au projet d'article 7, en quoi consiste la «qualité officielle de l'auteur d'un crime» mentionnée dans le projet d'article, elle apporte toutefois des indications sur ce concept en faisant état des «personnes occupant des postes d'autorité gouvernementale, qui sont à même d'élaborer des plans ou des politiques» et qui peuvent «invoker la souveraineté de l'État»¹⁷⁶, des «per-

¹⁶⁹ *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, document A/CN.4/85, seconde partie, sect. XIV c, p. 120.

¹⁷⁰ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 27.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 19, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 2. Les mêmes termes sont soulignés par la Commission dans le commentaire du projet d'article 4 (*ibid.*, p. 23).

¹⁷² *Ibid.*, p. 20, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 2. Voir également le commentaire du projet d'article 16 (*ibid.*, p. 45).

¹⁷³ *Ibid.*, p. 24, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 5.

¹⁷⁴ *Ibid.*, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 5.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 22, paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 2, et p. 24, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 5.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 27, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 7.

sonnes occupant les plus hautes fonctions officielles et ayant, de ce fait, les plus grands pouvoirs de décision¹⁷⁷ » et des personnes qui prétendent « que les faits constitutifs du crime entraînent dans le cadre de l'exercice de [leurs] fonctions¹⁷⁸ ».

104. Il découle de ces références que les personnes dont il est question dans les dispositions susmentionnées du projet de code ont un lien avec l'État (elles sont des agents de l'État, des représentants de l'État ou des officiers ou agissent au nom ou pour le compte de l'État) et exercent une forme ou une autre d'autorité gouvernementale, notamment au plus haut niveau. Ces qualités sont particulièrement pertinentes pour poser les critères permettant de définir le « représentant de l'État » aux fins du présent sujet.

105. Il convient enfin de relever que la Commission n'a pas non plus utilisé de termes précis pour désigner ces personnes, à l'exception du « chef d'État ». En ce qui concerne les autres personnes, elle se borne à mentionner, au projet d'article 7, leur « qualité officielle » ou à faire référence, dans les commentaires des projets d'article, aux « hauts fonctionnaires de l'administration » et aux « chefs militaires », à l'exercice des « plus hautes fonctions officielles » ou à l'occupation de « postes d'autorité gouvernementale ou de commandement militaire ».

d) *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*

106. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁷⁹ contient plusieurs dispositions pertinentes aux fins du présent rapport, tout particulièrement les projets d'article du chapitre II de la première partie, qui concernent l'attribution à l'État du comportement de personnes ou d'entités. L'intérêt de ces dispositions tient à ce qu'elles visent différentes catégories de personnes (ou d'entités) qui agissent au nom ou pour le compte de l'État et auxquelles s'applique par conséquent le concept de « représentant de l'État » analysé dans le présent rapport.

107. Il convient à cet égard de relever que les projets d'articles 4 et 5 se rapportent à deux catégories distinctes, définies respectivement comme les « organes de l'État » et les personnes ou entités « exerçant des prérogatives de puissance publique », sans pour autant être des organes de l'État. Aux termes du projet d'article 4, un organe de l'État est toute personne ou entité qui « exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'[elle] occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État » (par. 1). Cette personne ou entité doit en outre avoir le « statut [d'un organe de l'État] d'après le droit interne de l'État » (par. 2). Le projet d'article 5 vise les « personne[s] ou entité[s] qui ne [sont] pas [des] organe[s] de l'État au titre de l'article 4, mais qui [sont] habilité[e]s

par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique ». Bien que les projets d'articles 4 et 5 concernent tant les personnes que les entités, seule la référence aux personnes est à prendre en considération pour définir le concept de représentant de l'État aux fins du présent rapport.

108. Les commentaires des projets d'article du chapitre II de la première partie contiennent également des éléments intéressants. Ainsi, le commentaire introductif du chapitre II pose la règle générale en matière d'attribution de la responsabilité, selon laquelle « le seul comportement attribué à l'État sur le plan international est celui de ses organes de gouvernement ou d'autres entités qui ont agi sous la direction, à l'instigation ou sous le contrôle de ces organes, c'est-à-dire en qualité d'agents de l'État¹⁸⁰ ». Le comportement d'un organe de l'État est attribuable à l'État « quel que soit le niveau de l'administration ou du gouvernement auquel ce comportement intervient¹⁸¹ », ce qui signifie qu'il peut y avoir en pratique une diversité de personnes ou de représentants de l'État qui agissent en qualité d'agents de l'État. Pour que le comportement soit attribué à l'État, la condition essentielle est que le représentant de l'État doit avoir agi en qualité d'organe de l'État, quelles qu'aient pu être ses motivations propres. De surcroît, ce qui compte n'est pas la fonction qu'exerce l'agent au sein de l'appareil d'État mais le fait qu'il assume « des fonctions publiques » et exerce « des prérogatives de puissance publique »¹⁸². En ce qui concerne le concept de représentant de l'État, le commentaire de cette disposition établit clairement que même le comportement de subordonnés, si ces derniers ont agi en leur qualité officielle, peut être attribué à l'État. Comme l'indique la Commission dans son commentaire relatif au projet d'article 7, la question essentielle est celle de savoir « si l'organe en question a agi ou non en sa qualité officielle¹⁸³ ».

109. En outre, considérant le champ de l'exercice de la puissance publique, la Commission fait observer dans son commentaire relatif au projet d'article 5 que le terme « publique » est nécessairement imprécis. En vue de le définir, « [p]articulièrement importants seront non seulement le contenu des prérogatives, mais aussi la manière dont elles sont conférées à une entité, les fins auxquelles elles vont être exercées et la mesure dans laquelle l'entité doit rendre compte de leur exercice à l'État¹⁸⁴ ». En droit interne, le lien entre l'État et la personne exerçant des prérogatives de puissance publique peut prendre diverses formes. En droit international, il importe principalement que l'acte accompli soit considéré comme un acte officiel de « puissance publique ». Même des organes ou des agents agissant de facto peuvent exercer cette autorité s'ils « exercent » en fait des prérogatives de puissance publique, en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives » (art. 9).

¹⁷⁷ Ibid., p. 28, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 7.

¹⁷⁸ Ibid., paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 7.

¹⁷⁹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

¹⁸⁰ Ibid., p. 40, paragraphe 2 du commentaire introductif du chapitre II.

¹⁸¹ Ibid., paragraphe 5 du commentaire introductif du chapitre II.

¹⁸² Ibid., paragraphe 6 du commentaire introductif du chapitre II.

¹⁸³ Ibid., p. 48, paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 7.

¹⁸⁴ Ibid., p. 45, paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 5.

110. Ainsi, le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite contient des éléments qui sont d'une aide appréciable pour déterminer les critères permettant de définir le concept de «représentant de l'État» aux fins du présent sujet, à savoir: *a*) l'existence d'un lien, qui peut prendre différentes formes, entre la personne considérée et l'État; *b*) le fait que la personne considérée agit au nom de l'État; et *c*) la condition selon laquelle la personne considérée doit exercer des fonctions officielles et des prérogatives de puissance publique.

5. CONCLUSIONS

111. Sur la base de l'examen de la pratique qui précède, il est possible de tirer un certain nombre de conclusions aux fins d'établir les critères permettant de déterminer ce qui constitue un représentant de l'État aux fins du présent projet d'articles, à savoir:

a) le représentant de l'État a un lien avec l'État. Ce lien peut prendre plusieurs formes (constitutionnelle, légale ou contractuelle) et il peut être temporaire ou permanent. Il peut être *de jure* ou *de facto*;

b) le représentant de l'État agit en cette qualité sur le plan international ou exerce des fonctions officielles au double plan international et interne;

c) le représentant de l'État exerce des prérogatives de puissance publique, agissant au nom de l'État. La puissance publique inclut les fonctions exécutives, législatives et judiciaires.

112. Ces critères s'appliquent tant aux représentants de l'État jouissant de l'immunité *ratione personae* (chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères) qu'à ceux qui jouissent de l'immunité *ratione materiae* (tous les autres). Toutefois, ils sont particulièrement pertinents dans le cas de l'immunité *ratione materiae*, étant donné qu'il est impossible de dresser une liste exhaustive des catégories de personnes auxquelles celle-ci s'applique. En conséquence, afin d'établir si une personne donnée est un représentant de l'État, il faut déterminer au cas par cas si tous les critères sont remplis.

C. Terminologie

113. Le deuxième élément à envisager aux fins du sujet a trait aux termes désignant les personnes concernées par l'immunité. Comme indiqué plus haut, cette question, essentiellement terminologique, va au-delà de la simple préférence linguistique pour tel ou tel mot. En substance, le choix des termes suit deux critères: *a*) l'acception retenue doit être suffisamment large pour englober toutes les personnes concernées; et *b*) la pratique établie de la Commission doit être prise en compte. À ces deux critères, il faudrait en ajouter un troisième: le terme retenu doit être facile à comprendre – sans ambiguïté aucune – par les fonctionnaires nationaux responsables de l'application des règles régissant l'immunité, notamment les juges, procureurs, avocats et autres responsables de l'application des lois. Il convient de garder à l'esprit que ces fonctionnaires, spécialisés dans leurs domaines de compétence juridiques respectifs, sont naturellement amenés à «raisonner» suivant les catégories et les termes utilisés dans leur propre

droit interne. En conséquence, le choix de mots ici doit être guidé par l'intérêt d'utiliser des termes qui ne peuvent en aucun cas induire en erreur, notamment dans le cas de termes qui ont un sens différent selon les pays et dont l'emploi pourrait avoir un fâcheux effet de préjuger la manière dont la portée subjective de l'immunité est interprétée.

114. Dans cette optique, il convient de souligner premièrement que l'analyse de la pratique qui précède fait ressortir l'absence d'uniformité dans l'utilisation d'un ou plusieurs termes pour désigner les mêmes personnes. À l'exception de l'emploi clair et uniforme d'expressions comme «chef d'État», «chef de gouvernement» et «ministre des affaires étrangères», force est de constater que tant la jurisprudence que les conventions examinées, voire la doctrine, utilisent différents termes pour désigner la catégorie des personnes visées dans le présent rapport. Qui plus est, il n'est pas toujours possible d'expliquer chaque fois pourquoi tel terme est employé et non tel autre.

115. Ainsi, s'agissant des seuls traités, on constate que la terminologie suivante est utilisée en français, les termes correspondants en anglais et en espagnol étant indiqués:

a) agent diplomatique (*diplomatic agent/funcionario diplomático*)¹⁸⁵;

b) agent diplomatique (*diplomatic agent/agente diplomático*)¹⁸⁶;

c) personnel diplomatique (*diplomatic staff/personal diplomático*)¹⁸⁷;

d) fonctionnaire consulaire (*consular officer/funcionario consular*)¹⁸⁸;

e) employé consulaire (*consular employee/empleado consular*)¹⁸⁹;

f) agent consulaire (*consular agent/agente consular*)¹⁹⁰;

g) mandataire de l'État d'envoi (*agent of the sending State/agente del Estado que envía*)¹⁹¹;

h) personnel administratif et technique, personnel de service (*administrative and technical staff, service staff/personal administrativo y técnico, personal de servicio*)¹⁹²;

i) représentants (*representatives/representantes*), de manière générale¹⁹³;

¹⁸⁵ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Convention sur les missions spéciales et Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

¹⁸⁸ Convention de Vienne sur les relations consulaires.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Convention sur les missions spéciales et Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

¹⁹³ Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens.

j) représentant (*representative/representante*), dans le cadre des missions spéciales¹⁹⁴ ;

k) représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle (*representative or official/representante, funcionario o personalidad oficial*)¹⁹⁵ ;

l) personnalités de rang élevé (*persons of high rank/personalidades de rango elevado*)¹⁹⁶ ;

m) organes de gouvernement (*organs of Government/órganos de gobierno*) ; cette catégorie comprend les chefs d'État et de gouvernement¹⁹⁷ ;

n) gouvernants, fonctionnaires (*constitutionally responsible rulers, public officials/gobernantes, funcionarios*)¹⁹⁸ ;

o) agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel (*public official or other person acting in an official capacity/funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas*)¹⁹⁹ ;

p) supérieur ou autorité publique (*superior officer or a public authority/funcionario superior o autoridad pública*)²⁰⁰ ;

q) agent public (*public official/funcionario público*) et agent public étranger (*foreign public official/funcionario público extranjero*)²⁰¹ ;

r) fonctionnaires (*civil servants/empleados públicos*)²⁰² ;

s) fonctionnaire, employé gouvernemental ou serviteur public (*public official, government official or public servant/funcionario público, oficial gubernamental o servidor público*)²⁰³ ;

t) agent public (*public official/agente público*)²⁰⁴ ;

u) qualité officielle (*official capacity/cargo oficial*)²⁰⁵.

116. Comme on peut le voir, les termes employés sont non seulement très variés, mais ils ne correspondent pas toujours aux termes utilisés en anglais et en espagnol.

117. Deuxièmement, dans l'analyse des travaux de la Commission qui n'ont pas été pris en compte dans les traités, on retrouve les termes suivants :

a) chef d'État ou de gouvernement (*responsible government official/autoridad del Estado*)²⁰⁶ ;

b) qualité officielle (*official position/carácter oficial*)²⁰⁷ ;

c) agent de l'État (*agent of the State/agente del Estado*)²⁰⁸ ;

d) hauts fonctionnaires de l'administration ou chefs militaires (*high-level government officials or military commanders/funcionarios públicos o mandos militares de alto nivel*) et hauts fonctionnaires de l'administration et chefs militaires (*senior government officials and military commanders/funcionarios y jefes militares*)²⁰⁹ ;

e) organe de l'État (*State organ/órgano del Estado*)²¹⁰ ;

f) personne qui exerce des prérogatives de puissance publique (*person exercising governmental authority/persona que ejerce atribuciones del poder público*)²¹¹.

118. Comme s'agissant des traités, il convient de souligner la diversité des termes utilisés et le fait qu'ils ne correspondent pas toujours à la terminologie utilisée dans les deux autres langues.

119. Par conséquent, on peut conclure qu'il n'y a pas de terme utilisé de manière uniforme et constante pour désigner la catégorie de personnes visées dans le présent rapport. De surcroît, les termes utilisés ne renvoient pas toujours à l'ensemble des personnes qui pourraient, selon les critères décrits plus haut, être rangées dans cette catégorie. Au contraire, certains des termes figurant dans les paragraphes ci-dessus ne renvoient souvent qu'à une seule catégorie de personnes, à l'exclusion de celles qui répondraient à la définition de bénéficiaire de l'immunité *ratione personae*. Compte tenu de ce qui précède et des débats antérieurs de la Commission ainsi que de la façon dont cette dernière elle-même utilise ces termes dans ses travaux, la Rapporteuse spéciale estime qu'il importe de s'arrêter sur ceux qui résultent de l'intitulé même du sujet, c'est-à-dire « représentant » en français, *official* en anglais et *funcionario* en espagnol ; de même que sur les mots « organe » (*organ* en anglais et *órgano* en espagnol) et « agent » (*agent* en anglais et *agente* en espagnol). Ces

¹⁹⁴ Convention sur les missions spéciales.

¹⁹⁵ Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques.

¹⁹⁶ Convention sur les missions spéciales et Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

¹⁹⁷ Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens.

¹⁹⁸ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

¹⁹⁹ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Convention des Nations Unies contre la corruption.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Convention interaméricaine contre la corruption.

²⁰⁴ Convention pénale sur la corruption.

²⁰⁵ Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Cette expression couvre le chef de l'État (*Head of State/Jefe de Estado*), le chef de gouvernement (*Head of Government/Jefe de Gobierno*), un membre du gouvernement (*member of government/miembro de un gobierno*), un membre du Parlement (*member of parliament/parlamentario*), un représentant élu (*elected representative/representante elegido*) et un agent d'un État (*government official/funcionario de gobierno*).

²⁰⁶ Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal ; et projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954.

²⁰⁷ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996.

²⁰⁸ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 (commentaires).

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

²¹¹ Ibid.

termes, dont la définition est tirée de dictionnaires généraux et de dictionnaires juridiques, sont brièvement étudiés ci-après, afin de déterminer s'ils conviennent.

1. *FUNCIONARIO*

120. D'après le *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española), le terme espagnol *funcionario* («fonctionnaire») s'entend généralement de toute «personne titulaire d'une charge publique», bien qu'en Argentine, en Équateur et en Uruguay il puisse également désigner «tout fonctionnaire de haut rang, notamment dans la hiérarchie de l'État»²¹². Ces deux acceptions ne sont pas fondamentalement différentes. Par ailleurs, selon divers dictionnaires juridiques, le terme «fonctionnaire» s'entend de toute «personne qui s'acquitte de fonctions relevant de l'administration et est au service de l'État, ayant volontairement pris place dans l'organisation de l'État et gagnant ainsi sa vie»²¹³, de «toute personne au service de l'administration publique et qui exerce une activité professionnelle rémunérée, régie par le droit administratif»²¹⁴, de «toute personne qui exerce des fonctions publiques et est au service de l'État, ayant volontairement pris place dans l'organisation de l'État»²¹⁵, et de «toute personne investie d'une charge officielle» ou qui «exerce des fonctions publiques, est investie d'une mission de service public, qu'elle ait été élue ou nommée par l'autorité compétente»²¹⁶. Quoiqu'il en soit, il convient de préciser que dans les pays de langue espagnole le terme *funcionario* ne désigne pas en général le chef d'État, le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères ou d'autres ministres, ni même, d'ailleurs, d'autres hauts responsables politiques. On utilise plus couramment le terme *mandatorio* ou *dignatario* dans le cas du premier groupe et *alto cargo* ou *alto funcionario* pour les autres. En outre, ce mot ne désigne pas non plus les parlementaires, qui sont appelés *representantes*, ni, quoique dans une moindre mesure, les personnes qui exercent des fonctions judiciaires, alors même qu'elles ont généralement qualité de fonctionnaire, au sens administratif du terme.

121. On traduit généralement *funcionario* par «fonctionnaire» en français et par *officer*, *official*, *civil servant* ou *public servant* en anglais²¹⁷.

²¹² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22^e éd., Madrid, Espasa, 2001, p. 1099. On y lit : [p]ersona que desempeña un empleo público ; et : [e]mpleado jerárquico, particularmente en el estatal.

²¹³ *Gran Diccionario Jurídico*, Barcelone, De Vecchi, 1991, p. 167. On y lit : la persona que realiza funciones de la Administración y que está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente a la estructura orgánica del mismo, haciendo de la función asumida su medio habitual de vida.

²¹⁴ *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa Calpe, 1991, p. 446. On y lit : aquellas personas incorporadas a la [Administración] por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo.

²¹⁵ L. Ribó Durán (dir. publ.), *Diccionario de Derecho*, 2^e éd., Barcelone, Bosch, 1995, p. 294. On y lit : la persona que realiza funciones públicas y que está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente en la estructura orgánica del mismo.

²¹⁶ I. Rivera García (dir. publ.), *Diccionario de términos jurídicos*, 2^e éd., Orford, New Hampshire, Equity, 1985, p. 110. On y lit : [a]quel que ha sido investido con la autoridad de un cargo ; et : que ejerce funciones públicas, faena de Gobierno, ya sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

²¹⁷ E. Le Docte (dir. publ.), *Diccionario jurídico en cuatro idiomas*, Anvers, Maklu Uitgevers, 1987, p. 312 et 313.

122. S'agissant du terme français «fonctionnaire», on trouve la définition suivante dans les dictionnaires généraux : «[a]gent public qui, nommé dans un emploi permanent, a été titularisé dans un grade de la hiérarchie des administrations de l'État», ou «[t]itulaire d'une fonction publique»²¹⁸, et «[p]ersonne qui remplit une fonction publique ; personne qui occupe, en qualité de titulaire, un emploi permanent dans les cadres d'une administration publique»²¹⁹. Selon les dictionnaires juridiques est «fonctionnaire» tout «[a]gent d'une collectivité publique dont la situation dans la fonction publique est caractérisée par la permanence de l'emploi dans lequel il a été nommé et par sa titularisation dans un grade de la hiérarchie» ou toute «personne nommée dans un emploi permanent et titularisée dans un grade de la hiérarchie»²²⁰, tel que régi, par cette définition, par le droit administratif²²¹. D'après le *Dictionnaire de droit international public*, le fonctionnaire, synonyme d'agent de l'État, s'entend de toute «[p]ersonne nommée pour occuper normalement un emploi permanent dans l'administration de l'État et qui agit au nom de celui-ci, ayant été habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique dans le cadre des compétences reconnues par la législation nationale et sous l'autorité du gouvernement»²²².

123. En outre, on retiendra que le terme anglais *official*, qui sera étudié plus loin, a une acception plus large que le terme «fonctionnaire» ou *funcionario*, bien que, dans certains cas, il puisse avoir la même signification. On notera également qu'à l'expression espagnole *funcionario* peut également correspondre l'expression *civil servant*, dont la portée plus limitée renvoie à une catégorie de personnes appartenant à la «fonction publique», définie comme suit : «La fonction publique est l'ensemble des fonctionnaires [...] ayant pour mission d'administrer l'État [...] sous le contrôle et la direction des ministres. [...] Les fonctionnaires ne doivent pas leur emploi à telle ou telle allégeance politique ; les activités politiques auxquelles ils peuvent participer sont limitées et ils conservent leur poste au-delà des changements de gouvernement»²²³.

²¹⁸ *Larousse* (voir à l'adresse suivante : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>).

²¹⁹ *Le Grand Robert de la langue française* (voir à l'adresse suivante : <https://grandrobert.lerobert.com>).

²²⁰ G. Cornu (dir. publ.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1987, p. 354.

²²¹ S. Guinchard et T. Debard (dir. publ.), *Lexique des termes juridiques*, 20^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 427.

²²² J. Salmon (dir. publ.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 50.

²²³ P. Cane et J. Conaghan (dir. publ.), *The New Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 140. On y lit : *The civil service is the body of officials ... whose task it is to administer the government ... under the control and direction of Ministers. ... Civil servants do not owe their employment to political allegiance; they are restricted as to the political activities in which they may engage, and remain in post notwithstanding changes of government.* L'explication qui suit est également intéressante : *This fundamental division among the personnel of central government, often recognized in foreign constitutions in a distinction between "government" and "administration", is in the United Kingdom essentially a matter of politics, not law. In law, both Ministers and civil servants are "servants of the Crown"* («Cette division fondamentale entre le personnel de l'État central, souvent exprimée dans les constitutions étrangères dans la distinction entre "gouvernement" et "administration", est, au Royaume-Uni, essentiellement une question de politique et non de droit. En droit, les ministres tout comme les fonctionnaires sont "serviteurs de la Couronne" »).

2. REPRÉSENTANT

124. Dans les dictionnaires généraux, le terme français «représentant» s'entend de toute «[p]ersonne qui a reçu pouvoir d'agir au nom de quelqu'un, qui accomplit un acte au nom et pour le compte de quelqu'un²²⁴» et de toute «personne qui représente, qui a reçu pouvoir d'agir au nom de quelqu'un»; de toute «[p]ersonne à laquelle un groupe social confie le pouvoir politique, pour l'exercer en son nom», de toute «[p]ersonne qui a été élue, a reçu par élection la délégation d'un pouvoir (surtout du pouvoir législatif)» ou de toute «[p]ersonne désignée pour représenter un État, un gouvernement, auprès d'un autre²²⁵». D'après le *Vocabulaire juridique* est «représentant» tout «[o]rgane d'une autorité agissant dans un intérêt public ou parfois même délégataire de cet organe²²⁶», ce terme étant utilisé dans le domaine des relations internationales pour désigner plus spécifiquement les représentants diplomatiques et les représentants auprès d'une organisation internationale. Définissant le mot «gouvernant», le même dictionnaire confère aux représentants un sens proche: «[t]erme doctrinal désignant, par opposition aux simples agents et aux gouvernés, l'ensemble des représentants, dépositaires ou titulaires du pouvoir politique²²⁷». Le *Dictionnaire de droit international* définit le représentant comme toute «[p]ersonne physique dûment investie du pouvoir de parler, d'agir, de transmettre et de recevoir des communications au nom d'un sujet de droit international (État, organisation internationale ou autre entité) et susceptible, ce faisant, d'engager ce sujet de droit». La définition précise que «[c]e terme s'applique notamment aux agents diplomatiques [...] ainsi qu'aux délégués à une conférence internationale ou dans un organe d'une organisation internationale» et est «utilisé à dessein pour prendre en compte des situations particulières et permettant d'éviter l'emploi de la terminologie traditionnelle utilisée pour se référer aux chefs de mission²²⁸». On notera également que ce dictionnaire définit le terme «représentativité (ou caractère représentatif)» comme le «[c]aractère d'un organe ou d'une personne qui apparaît comme l'image ou le symbole de la nation qu'il incarne. Tel est un des caractères attribués encore aujourd'hui aux chefs d'État²²⁹».

125. Le terme «représentant» se traduit d'ordinaire en espagnol par *representante* et en anglais par *representative*²³⁰, parfois aussi par *agent*²³¹.

126. En espagnol, le mot *representante* est défini de manière générale dans le *Diccionario de la lengua española* comme celui «qui représente», la «personne qui représente une communauté». Les dictionnaires juridiques ne sont guère plus explicites: ils ne définissent généralement pas ce terme mais seulement celui de «représentation», comme un ensemble «de personnes qui représentent une entité, une collectivité, une entreprise ou

un gouvernement²³²»; ou comme «le mécanisme permettant à une personne, la personne représentée, de charger une autre personne, le représentant, d'exprimer sa volonté avec effet juridique²³³». Enfin, certains dictionnaires se bornent à définir l'expression «représentation politique» au sens du seul droit constitutionnel, comme la «relation existant entre le peuple et les personnes qui agissent en son nom, constituant la volonté du corps politique²³⁴».

127. Selon les dictionnaires généraux, le terme anglais *representative* s'entend de toute «personne choisie ou nommée pour agir ou parler au nom d'une ou plusieurs autres», en particulier «pour prendre la parole et agir au nom d'autres personnes dans une assemblée législative ou un organe délibérant» ou «du délégué qui participe à une conférence, à des négociations, etc., aux fins d'y représenter les intérêts d'une autre personne ou d'un groupe²³⁵». Le *Black's Law Dictionary* le définit simplement comme «celui qui représente un autre ou agit en son nom», renvoyant également à la notion d'agent (*agent*)²³⁶.

3. OFFICIAL

128. Le terme *official* s'entend de «[toute] personne exerçant un mandat public ou des fonctions publiques, en particulier comme représentant d'une organisation ou d'un ministère²³⁷». Selon le *Black's Law Dictionary*, c'est «[celui] qui exerce un mandat public ou en est investi; la personne choisie ou nommée pour exercer certains des pouvoirs souverains d'un gouvernement, appelée également fonctionnaire public²³⁸». Ces définitions diffèrent de celles de *civil service* – «les branches administratives

²³² Rivera García, *Diccionario de términos jurídicos*, p. 242. La définition en espagnol est: [conjunto] de personas que representan a una entidad, colectividad, corporación o Gobierno.

²³³ *Gran diccionario jurídico DVE*, p. 309. La définition en espagnol est la suivante: la institución jurídica que posibilita la actuación de una persona, llamada representado, por medio de otra, llamada representante, que manifiesta una voluntad en nombre de la primera con eficacia jurídica.

²³⁴ *Diccionario jurídico Espasa*, p. 876. La définition en espagnol est la suivante: Relación existente entre el pueblo y las personas que actúan en su nombre, formando la voluntad del cuerpo político.

²³⁵ Voir à l'adresse suivante: www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante: A person chosen or appointed to act or to speak for another or others; [a] person chosen or elected to speak and act on behalf of others in a legislative assembly or deliberative body; et: [a] delegate who attends a conference, negotiations, etc., so as to represent the interests of another person or group.

²³⁶ B. A. Garner (dir. publ.), *Black's Law Dictionary*, 9^e éd., St. Paul, West, 2009, p. 1416. La définition en anglais est la suivante: One who stands for or acts on behalf of another.

²³⁷ Voir à l'adresse suivante: www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante: A person holding public office or having official duties, especially as a representative of an organization or government department.

²³⁸ Garner, *Black's Law Dictionary*, p. 1195. La définition en anglais est la suivante: One who holds or is invested with a public office; a person elected or appointed to carry out some portion of a government's sovereign powers. Also termed public official. Ce même dictionnaire juridique définit un *officer* comme «une personne exerçant un mandat de confiance, d'autorité ou de commandement. Dans les affaires publiques, ce terme désigne en particulier la personne exerçant un mandat public au service d'un gouvernement national, étatique ou local, autorisée par ce gouvernement à exercer une fonction précise» (A person who holds an office of trust, authority, or command. In public affairs, the term refers especially to a person holding public office under a national, state, or local government, and authorized by that government to exercise some specific function) [ibid., p. 1193].

²²⁴ *Larousse*. Le dictionnaire donne comme synonymes les mots «agent» et «mandataire».

²²⁵ *Le Grand Robert*.

²²⁶ Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 691.

²²⁷ *Ibid.*, p. 377.

²²⁸ Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, p. 979 et 980.

²²⁹ *Ibid.*, p. 984.

²³⁰ Le Docte, *Diccionario jurídico en cuatro idiomas*, p. 608 et 609.

²³¹ B. Dhucq et D. Frison, *Dictionnaire de l'anglais juridique*, Paris, BMS, 2004, p. 591.

de l'État» et «le corps de personnes employées par ces branches-fonctionnaires publics»²³⁹ – et de *civil servant* : «un membre de la fonction publique»²⁴⁰, et correspondraient davantage au concept de *funcionario*, examiné précédemment.

129. Le terme *official* se traduit habituellement en espagnol par *funcionario*²⁴¹ ou *responsable*²⁴² et en français par «fonctionnaire»²⁴³ mais il ressort de ce qui précède que pour le présent propos ces significations ne sont ni équivalentes ni interchangeables.

4. AGENTE

130. Selon le *Diccionario de la lengua española* est *agente* toute «personne agissant sous pouvoir d'autrui» (en espagnol : *persona que obra con poder de otro*). D'après les dictionnaires juridiques, il s'entend de toute «personne qui agit, opère et exécute au nom et avec le pouvoir d'autrui», la formulation *agencia de Gobierno* («agence de l'État») s'entendant d'«une entité subordonnée au souverain, investie d'une mission publique»²⁴⁴. D'autres dictionnaires juridiques le définissent comme «la personne agissant ou intervenant au nom d'autrui avec des pouvoirs prévus pour une fin déterminée»²⁴⁵ ou renvoient simplement au concept d'organes administratifs comme équivalent²⁴⁶. Enfin, dans un dictionnaire juridique, la seule mention de ce terme vise l'agent diplomatique²⁴⁷.

131. Selon les dictionnaires généraux, le terme français «agent» s'entend de toute «[p]ersonne qui accomplit certaines missions pour le compte d'un particulier ou d'une collectivité (société, gouvernement, État...)» ou de tout «[e]mployé des secteurs public et privé exerçant une fonction d'exécution sous le contrôle d'une autorité, ou titulaire de certaines charges jouant un rôle d'intermédiaire»²⁴⁸, ou encore de toute «[p]ersonne chargée des affaires et des intérêts d'un individu, d'un groupe ou d'un pays, pour le compte desquels elle agit» et est présenté comme synonyme de «fonctionnaire»²⁴⁹. D'après les dictionnaires juridiques est agent «toute personne au service d'une administration publique; en ce sens les agents s'opposent aux gouvernants, qui ont seuls la qualité de

représentant²⁵⁰», «tout collaborateur d'un service public, le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif»²⁵¹ ou toute «personne recrutée par l'État, sous statut ou sous contrat, afin d'accomplir certaines fonctions» et «chargée de fonctions publiques, à titre permanent ou temporaire, aussi bien pour le compte de l'administration de l'État que pour celui des collectivités locales ou des établissements publics autonomes»²⁵². Dans tous les cas, ces définitions envisagent l'«agent» essentiellement du point de vue du droit administratif de l'État. Cependant, les dictionnaires juridiques parlent également d'agent dans le domaine du droit international. De ce point de vue, il est intéressant de noter le sens que lui donne le *Dictionnaire de droit international public* : «personne qui agit pour le compte d'une personne juridique internationale, qui est chargée par elle de fonctions ou de missions, soit publiques soit privées [...]; personne chargée de fonctions diplomatiques ou consulaires [...]; personne chargée de fonctions de représentation politique sans caractère diplomatique [...]» et «[e]n matière de responsabilité internationale : organes de l'État ou de l'organisation internationale»²⁵³.

132. En anglais, le terme *agent* s'entend généralement de toute «personne agissant au nom d'une autre personne ou d'un groupe»²⁵⁴ et juridiquement, de tout «employé ou représentant d'un organe de l'État»²⁵⁵ (*government agent*) ou de «toute personne nommée pour traiter publiquement de questions relevant de l'administration de l'État ou de la chose publique»²⁵⁶ (*public agent*). En outre, selon le *Black's Law Dictionary*, l'expression *public power* s'entend du «pouvoir dont est investie une personne en qualité d'agent ou d'organe de l'État», étant entendu que «les pouvoirs publics se décomposent en diverses formes de pouvoir législatif, judiciaire et exécutif»²⁵⁷.

5. ÓRGANO

133. Selon le *Diccionario de la lengua española*, on entend par *órgano* («organe») toute «personne ou tout ensemble de personnes représentant une organisation ou une personne morale aux compétences déterminées». Selon les dictionnaires juridiques, la formulation *órganos administrativos* s'entend des «personnes exerçant

²³⁹ Ibid., p. 281. Les définitions en anglais sont les suivantes : *The administrative branches of a government*; et : *The group of people employed by these branches – civil servant*.

²⁴⁰ Voir à l'adresse suivante : www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante : *A member of the civil service*.

²⁴¹ S. M. Kaplan (dir. publ.), *English/Spanish and Spanish/English Legal Dictionary*, 4^e éd., Wolters Kluwer, 2013, p. 438.

²⁴² Ibid.

²⁴³ Dhucq et Frison, *Dictionnaire de l'anglais juridique*, p. 156.

²⁴⁴ Rivera García, *Diccionario de términos jurídicos*, p. 9. Les définitions en espagnol sont les suivantes : *persona que actúa, opera y ejecuta a nombre y con poder de otra*; et : *agencia del Gobierno: una criatura subordinada al soberano creada para llevar a cabo una función gubernamental*.

²⁴⁵ *Gran diccionario jurídico DVE*, p. 43. La définition en espagnol est la suivante : *la persona que obra o interviene en nombre de otro, con facultades para conseguir un fin determinado*.

²⁴⁶ Ribó Durán, *Diccionario de derecho*, p. 38.

²⁴⁷ *Diccionario Jurídico Espasa*, p. 45.

²⁴⁸ Larousse. Sont donnés comme synonymes les mots «émissaire», «mandataire» et «représentant».

²⁴⁹ *Le Grand Robert*.

²⁵⁰ Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 36.

²⁵¹ Guinchard et Debard *Lexique des termes juridiques*, p. 47.

²⁵² Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, p. 49 et 51.

²⁵³ Ibid., p. 49. Le *Vocabulaire juridique* lui donne une définition similaire : «Terme parfois utilisé dans les documents diplomatiques pour désigner une personne chargée d'une mission par un gouvernement, par exemple d'établir des relations officielles avec un autre gouvernement» (Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 37).

²⁵⁴ Voir à l'adresse suivante : www.oxforddictionaries.com. La définition en anglais est la suivante : *A person who acts on behalf of another person or group*.

²⁵⁵ Garner, *Black's Law Dictionary*, p. 73. La définition en anglais est la suivante : *An employee or representative of a governmental body*.

²⁵⁶ Ibid., p. 74. La définition en anglais est la suivante : *A person appointed to act for the public in matters pertaining to governmental administration or public business*.

²⁵⁷ Ibid., p. 1289. La définition en anglais est la suivante : *A power vested in a person as an agent or instrument of the functions of the state*; et : *Public powers comprise the various forms of legislative, judicial, and executive authority*.

une fonction publique²⁵⁸». Cette définition générique englobe toutes les catégories d'organes, qu'ils agissent à titre représentatif ou honorifique ou à titre rémunéré dans le cadre d'une carrière professionnelle dans l'administration; qu'ils aient le pouvoir de commander et jouissent de prérogatives d'honneur et de dignité (autorités) ou exécutent simplement les décisions d'autrui; ou exercent leurs fonctions à titre permanent ou temporaire.

134. Les dictionnaires généraux entendent le terme français «organe» de «[c]e qui sert d'intermédiaire, de porte-parole» et de toute «[i]nstitution chargée de faire fonctionner certains services de l'État»²⁵⁹. Selon les dictionnaires juridiques, le terme «organe» s'entend au sens large de toute «[p]ersonne ou service chargé de remplir une fonction constitutionnelle, administrative ou internationale déterminée²⁶⁰». Le *Dictionnaire de droit international public* le définit comme une «[p]ersonne, groupe ou institution par laquelle un sujet de droit international remplit certaines fonctions», terme «[a]ppliqué parfois de manière plus restreinte aux fonctionnaires susceptibles de représenter l'État, exprimant sa volonté dans les relations internationales. Par exemple: organes des relations extérieures: chef d'État, ministre des affaires étrangères, agents diplomatiques, etc.», et «[d]ans le domaine de la responsabilité internationale, personne ou groupe considéré comme agissant au nom de l'État et dont les actes sont par conséquent imputés à cet État»²⁶¹. Notons que le *Dictionnaire de droit international public* définit le chef de l'État comme «organe suprême» et le chef de gouvernement comme «organe supérieur» de l'État²⁶².

135. Enfin, selon l'*Oxford English Dictionary*, le terme anglais *organ* s'entend de toute «personne, ensemble de personnes ou chose servant à atteindre un but ou à exercer une fonction²⁶³». Il n'est pas défini dans les dictionnaires juridiques consultés.

6. CONCLUSIONS

136. De l'analyse terminologique qui précède, on est conduit à conclure d'abord que les mots *funcionario*, *official* et «représentant» n'ont pas le même sens. Comme indiqué au départ, ces termes n'ont pas un sens uniforme ou équivalent et ne peuvent donc pas être employés indifféremment dans les différentes versions linguistiques du projet d'articles.

137. De ces trois mots, seul le terme *official* semble pouvoir être utilisé dans un sens large permettant de l'appliquer globalement à toutes les catégories de personnes couvertes par l'immunité de juridiction pénale. En effet, ses équivalents espagnol et français (*funcionario* et «fonctionnaire») ne paraissent pas offrir la même souplesse.

²⁵⁸ Ribó Durán, *Diccionario de Derecho*, p. 428, et *Gran diccionario jurídico DVE*, p. 257. La définition en espagnol est la suivante: *las personas que desempeñan un oficio público*.

²⁵⁹ Larousse. La seconde définition se retrouve à l'identique dans *Le Grand Robert*.

²⁶⁰ Cornu, *Vocabulaire juridique*, p. 550.

²⁶¹ Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, p. 790.

²⁶² Ibid.

²⁶³ J. Simpson et E. Weiner (dir. publ.), *Oxford English Dictionary*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press. La définition en anglais est la suivante: *a person, body of people, or thing by which some purpose is carried out or some function is performed*.

138. On relèvera par ailleurs que les termes *funcionario* et «fonctionnaire» sont étroitement liés au système administratif qui opère une nette distinction entre, d'une part, le gouvernement et, d'autre part, l'administration au sens de bureaucratie permanente au service de l'État en général et du gouvernement en particulier. Dans un tel système, les fonctionnaires au sens strict désignent les personnes qui ont un lien permanent avec l'administration et y servent l'État mais ne se livrent à aucune activité de nature politique et n'exercent généralement pas de fonctions représentatives, à la différence des membres du gouvernement au sens large de ce terme. Cela étant, il ne semble pas que *funcionario* et «fonctionnaire» soient les termes qui conviennent le mieux pour désigner collectivement toutes les personnes objet du présent rapport.

139. Par ailleurs, le terme «représentant» et ses équivalents dans les deux autres langues mettent l'accent sur la qualité représentative des personnes ainsi qualifiées. En conséquence, on doit se demander si ce mot est bien le plus propre à désigner l'ensemble des catégories de personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère, du chef de l'État aux juges, en passant par les responsables militaires ou les fonctionnaires de police, pour n'en citer que quelques-unes. Cette question revêt un intérêt particulier aux fins du sujet, la Commission ayant considéré que les personnes pouvant bénéficier de l'immunité étaient soit celles qui représentent l'État soit celles qui accomplissent des fonctions publiques. À ce propos, il convient de s'arrêter sur la nécessité de distinguer entre la qualité représentative d'une personne et la possibilité que ses actes soient considérés comme accomplis «à titre officiel» ou comme attribuables à l'État. Dans le cas du chef de l'État, du chef de gouvernement et des ministres des affaires étrangères, la qualité représentative est régie par des règles spéciales de droit international. En revanche, dans le cas des personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité *ratione materiae*, il n'est pas évident que toutes aient en soi qualité représentative, cette qualité étant régie par les règles de droit interne qui leur confèrent leurs compétences et attributions et qui constituent le fondement juridique de l'accomplissement des actes à raison desquels l'immunité de juridiction pénale pourrait être invoquée. Autrement dit, il ne semble pas que le terme «représentant» soit le plus idoine pour désigner collectivement l'ensemble des personnes objet du présent rapport.

140. Les instruments internationaux n'emploient pas toujours un seul et même terme pour désigner telle ou telle catégorie de personnes. Il ne faut en effet pas oublier la souplesse indispensable que le multilinguisme impose s'agissant de la rédaction des textes juridiques internationaux. Néanmoins, on observera également que la Commission elle-même a été amenée, dans divers projets d'article, à employer une terminologie différente pour désigner les mêmes catégories de personnes. Cela étant, comme il ressort de l'analyse des termes énumérés aux paragraphes 115 et 117 plus haut, on a tendance à employer toujours un ou plusieurs termes assez semblables pour désigner les mêmes catégories de personnes dans tel ou tel instrument.

141. Selon la Rapporteuse spéciale, il conviendrait de retenir la même solution dans le cas du projet d'articles

sur l'immunité de juridiction pénale étrangère et, partant, d'envisager d'employer dans toutes les versions linguistiques les expressions «agent de l'État» ou «organe de l'État». Ces deux formulations présentent l'avantage d'être très usitées dans la pratique internationale pour désigner toute personne ayant un lien avec l'État et agissant en son nom et pour son compte. Au surplus, à cause de l'acception large que l'on donne généralement, semble-t-il, à ces deux expressions, on peut les employer pour désigner globalement aussi bien les personnes qui représentent l'État sur le plan international que celles qui exercent des fonctions supposant l'exercice de la puissance publique. Enfin, ces deux formules ont déjà été utilisées dans les conventions examinées ainsi que par la Commission. On notera toutefois que cette dernière a choisi d'employer le mot «organe» à l'occasion de deux sujets qui, au-delà des différences de fond et de méthode, entretiennent un certain rapport avec l'immunité de juridiction pénale étrangère, à savoir les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Même si, dans ces deux cas, le terme «organe» renvoie à des personnes et des entités, rien n'empêche de l'utiliser, dans le cadre du présent sujet, exclusivement pour désigner des personnes physiques. L'emploi du mot «organe» présenterait en outre l'avantage de mieux convenir, semble-t-il, pour dénommer le chef d'État et le chef de gouvernement, qui sont rarement désignés par le mot «agent» dans la pratique juridique et diplomatique.

142. Dès lors, le terme «organe» paraissant, pour la Rapporteuse spéciale, convenir le mieux afin de désigner l'ensemble des personnes susceptibles de bénéficier de l'immunité de juridiction pénale étrangère, elle propose à la Commission de se prononcer à la présente session sur la dénomination des personnes bénéficiant de cette immunité en modifiant l'intitulé du sujet et en remplaçant dans les projets d'article déjà adoptés le terme «fonctionnaire» par celui d'«organe». Toutefois, en attendant que la Commission se prononce sur ce sujet, la Rapporteuse spéciale continuera d'utiliser provisoirement, dans le présent rapport comme dans les projets d'article qui y figurent, les termes *funcionario* en espagnol, *official* en anglais et «représentant» en français.

D. Notion générale de «représentant» aux fins du projet d'articles

143. Le projet d'article proposé ci-après s'inspire de l'analyse qui précède des critères permettant de définir la notion de représentant de l'État. Il prend en considération l'existence de deux catégories de personnes clairement différenciées suivant l'immunité qui leur est applicable, à savoir l'immunité *ratione personae* ou l'immunité *ratione materiae*. Chacune de ces deux catégories de personnes fait ainsi l'objet d'un alinéa distinct. En outre, la définition proposée prend en compte, dans le second alinéa, les critères de définition de la notion de représentant énumérés plus haut au paragraphe 108.

144. La définition donnée dans le projet d'article renvoyant à toute personne bénéficiant de l'immunité, tant *ratione personae* que *ratione materiae*, il convient également de la reproduire dans le projet d'article consacré aux définitions, dont elle constituerait l'alinéa e. Par

conséquent, la Rapporteuse spéciale propose d'insérer l'alinéa suivant dans le projet d'article 2 (ancien projet d'article 3).

«Projet d'article 2 (ancien projet d'article 3). Définitions

«Aux fins du présent projet d'articles :

«e) on entend par représentant de l'État :

«i) le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères ;

«ii) toute autre personne qui agit pour le compte et au nom de l'État et le représente ou exerce des prérogatives de puissance publique, que ses fonctions soient législatives, exécutives ou judiciaires et quelle que soit sa position dans l'organisation de l'État.»

E. Portée subjective de l'immunité *ratione materiae*

145. Comme indiqué aux paragraphes 12 et 13 *supra*, la détermination des personnes auxquelles s'applique l'immunité *ratione materiae* constitue l'un des critères normatifs de ce type d'immunité de juridiction pénale. Le premier critère d'identification de ces personnes est celui du lien avec l'État qui justifie de leur accorder une immunité de juridiction pénale dans l'intérêt de l'État, le but étant d'en protéger les prérogatives souveraines. Ce lien avec l'État est par conséquent un élément central de la définition de la notion de représentant.

146. Ce lien a un rapport avec la notion d'«acte accompli à titre officiel», qui constitue le second élément normatif de l'immunité *ratione materiae*, mais ne peut s'y réduire ou se confondre avec elle. Par contre, pour définir la portée subjective de ce type d'immunité, la mention du lien avec l'État doit se limiter au constat que l'intéressé peut agir au nom et pour le compte de l'État et remplir des fonctions supposant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Autrement dit, pour définir la notion de représentant aux fins de l'immunité *ratione materiae*, il a été fait abstraction du contenu concret de l'acte accompli par la personne. Ce contenu lié à la notion et aux limites de l'«acte accompli à titre officiel» sera étudié dans le prochain rapport. Bref, l'existence d'un lien entre le bénéficiaire de l'immunité *ratione materiae* et l'État doit s'entendre de ceci que l'intéressé a qualité pour accomplir des actes supposant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Que l'acte concret réalisé par le représentant bénéficie ou non de ladite immunité dépendra de la présence ou non des autres critères normatifs, à savoir : l'acte en question peut être qualifié d'«acte accompli à titre officiel» et son auteur l'a accompli alors qu'il était représentant de l'État.

147. Cette précision est d'autant importante que, dans la pratique hétérogène des États, il existe des personnes qui ont un lien formel avec l'État sans être investies de fonctions supposant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Sans rechercher l'exhaustivité, on peut citer les médecins, les professeurs, les conducteurs de transports en commun publics, les agents de l'administration

ou certains agents de certaines administrations nationales qui ont le statut de fonctionnaire mais dont on ne peut pas considérer – en règle générale et sur le fondement de ce simple lien avec l'État – qu'ils exercent des prérogatives de puissance publique. Sur ce point, il faut rappeler que si l'immunité de juridiction pénale étrangère est reconnue aux représentants de l'État avec l'objectif de garantir la souveraineté de l'État, elle ne peut être accordée qu'aux personnes qui ont qualité pour exercer des prérogatives de cette souveraineté, autrement dit des prérogatives de puissance publique.

148. La Commission a déjà traité de la notion de prérogatives de puissance publique sans pour autant en donner une définition. Néanmoins, lors de l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, elle a employé cette expression à plusieurs reprises et donné, dans les commentaires des projets d'article correspondants, quelques exemples isolés de ce que l'on peut entendre par puissance publique, à savoir les fonctions de police²⁶⁴, un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire ou des pouvoirs ayant trait au contrôle de l'immigration ou à la mise en quarantaine²⁶⁵. L'absence de définition de la notion de « prérogatives de puissance publique » peut s'expliquer par la diversité des cas susceptibles de surgir dans la pratique et qui appellent une analyse au cas par cas. Aussi, « [p]articulièrement importants seront non seulement le contenu des prérogatives, mais aussi la manière dont elles sont conférées [...], les fins auxquelles elles vont être exercées et la mesure dans laquelle [le titulaire des prérogatives] doit rendre compte de leur exercice à l'État²⁶⁶ ». Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute que la notion de « prérogatives de puissance publique » doit s'entendre au sens large comme englobant l'exercice de prérogatives législatives, judiciaires et exécutives.

149. En tout état de cause, l'élément déterminant pour définir le terme « représentant » aux fins de l'immunité *ratione materiae* est le fait que, par les attributions qui lui sont conférées par le droit interne, l'intéressé puisse exercer des prérogatives de puissance publique. Par conséquent, le rang hiérarchique du représentant n'est pas en soi un élément suffisant pour conclure que telle personne est représentant de l'État aux fins du sujet. Il ressort de la pratique

²⁶⁴ Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 40, paragraphe 6 du commentaire introductif du chapitre II; et p. 45, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 5.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 44, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 5.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 45, paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 5. La Commission a affirmé à cette occasion que « ce qui est considéré comme "public" relève de chaque société, de son histoire et de ses traditions ».

examinée plus haut que l'immunité *ratione materiae* est généralement invoquée en faveur de représentants de rang supérieur ou intermédiaire et qu'elle ne l'est que très rarement en faveur de personnes de rang subalterne. Cette pratique vient confirmer ce qui a été dit précédemment, les représentants de rang supérieur ou intermédiaire étant, dans la majorité des cas, ceux qui sont investis de l'exercice de fonctions propres à la puissance publique. On ne peut cependant exclure à première vue que des personnes de rang subalterne puissent exercer ces mêmes prérogatives en certaines circonstances. En définitive, l'existence d'un lien avec l'État plaçant une personne en position de pouvoir exercer des prérogatives de puissance publique ne dépend pas forcément de critères formels tels que le rang hiérarchique ou le statut juridique du poste occupé ou de la charge exercée. Au contraire, le poids à accorder à ces éléments formels pour savoir si telle personne peut exercer des prérogatives de la puissance publique s'apprécie au regard de chaque espèce et requiert un examen au cas par cas. Bref, on ne saurait conclure que toute personne ayant un lien avec l'État permettant de la qualifier de représentant au sens large bénéficie nécessairement de l'immunité *ratione materiae*, ni davantage que seuls les représentants de rang supérieur peuvent y prétendre.

150. Enfin, il convient de tenir compte du fait que, comme la Commission l'a déjà indiqué, l'ancien chef d'État, l'ancien chef de gouvernement et l'ancien ministre des affaires étrangères sont également susceptibles de bénéficier de l'immunité *ratione materiae*²⁶⁷. Par conséquent, ces personnes doivent entrer dans le champ d'application de cette immunité, toutes ayant eu au cours de leur mandat un lien avec l'État leur donnant qualité pour exercer des prérogatives de puissance publique.

151. Compte tenu de ce qui précède, le projet d'article suivant est proposé, inspiré du projet d'article sur la portée subjective de l'immunité *ratione personae* adopté par la Commission en 2013 :

« TROISIÈME PARTIE

« IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE*

« *Projet d'article 5. Bénéficiaires de l'immunité ratione materiae*

« Les représentants de l'État qui exercent des prérogatives de puissance publique bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère. »

²⁶⁷ Voir le paragraphe 3 du projet d'article 4 ainsi que le commentaire relatif audit article, en particulier son paragraphe 7 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 51, 53 et 54].

CHAPITRE III

Futur programme de travail

152. Dans son prochain rapport, la Rapporteuse spéciale achèvera l'analyse des autres critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, à savoir la notion d'« acte accompli à titre officiel » et la portée temporelle de l'immunité. Par

ailleurs, elle envisagera les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère. Elle aura ainsi achevé l'étude des aspects substantiels de l'immunité, avant d'entamer l'étude de ses aspects procéduraux dans un rapport ultérieur.

ANNEXE

Projets d'article proposés

« *Projet d'article 2* (ancien projet d'article 3). *Définitions*

soient législatives, exécutives ou judiciaires et quelle que soit sa position dans l'organisation de l'État. »

« Aux fins du présent projet d'articles :

« TROISIÈME PARTIE

« e) on entend par représentant de l'État :

« IMMUNITÉ *RATIONE MATERIAE*

« i) le chef de l'État, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères ;

« *Projet d'article 5. Bénéficiaires de l'immunité ratione materiae*

« ii) toute autre personne qui agit pour le compte et au nom de l'État et le représente ou exerce des prérogatives de puissance publique, que ses fonctions

« Les représentants de l'État qui exercent des prérogatives de puissance publique bénéficient de l'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère. »

LES ACCORDS ET LA PRATIQUE ULTÉRIEURS DANS LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/671

Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, par M. Georg Nolte, Rapporteur spécial*

[Original: anglais]
[26 mars 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	118
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	120
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-2 122
<i>Chapitres</i>	
I. IDENTIFICATION DES ACCORDS ULTÉRIEURS ET DE LA PRATIQUE ULTÉRIEURE.....	3-19 123
A. Conduite « dans l'application » et « au sujet de l'interprétation » du traité	4-6 123
B. Conduite non pertinente « dans l'application » du traité ou « à l'égard de son interprétation ».....	7-10 124
C. Détermination d'une conduite « dans l'application » ou « à l'égard de l'interprétation » d'un traité	11-18 125
D. Conclusion	19 127
II. EFFETS POSSIBLES DES ACCORDS ULTÉRIEURS ET DE LA PRATIQUE ULTÉRIEURE DANS LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION.....	20-41 127
A. Jurisprudence de la Cour internationale de Justice.....	21-29 127
B. Pratique des États.....	30-38 129
C. Spécificités de la pratique.....	39-41 131
III. FORME ET VALEUR DE LA PRATIQUE ULTÉRIEURE AU SENS DE L'ARTICLE 31, PARAGRAPHE 3 <i>b</i>	42-48 132
A. Diversité des formes possibles de pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 <i>b</i>	43 132
B. Densité et uniformité de la pratique ultérieure	44-48 132
IV. ACCORD DES PARTIES À L'ÉGARD DE L'INTERPRÉTATION D'UN TRAITÉ	49-75 134
A. Existence et portée de l'accord.....	50-53 134
B. Un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3, peut être informel	54 135
C. Connaissance de leur accord par les parties	55 135
D. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, ne doit pas être nécessairement, en soi, juridiquement contraignant	56-57 135
E. Le silence comme élément éventuel d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3	58-70 136
F. La pratique ultérieure indiquant un accord sur la non-application temporaire d'un traité ou un simple arrangement pratique	71-72 138
G. Modification ou extinction d'un accord au sujet de l'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3 <i>a</i> ou <i>b</i>	73-75 139

* Le Rapporteur spécial tient à exprimer sa reconnaissance pour l'appui qu'il a reçu du Program in Law and Public Affairs de l'Université de Princeton, dont une bourse a permis l'élaboration du présent rapport.

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
V. DÉCISIONS ADOPTÉES DANS LE CADRE DE CONFÉRENCES DES ÉTATS PARTIES	76-111	140
A. Forme des conférences des États parties	77-78	140
B. Types d'actes adoptés par les États parties dans le cadre d'une conférence des parties	79-83	141
C. Accords et pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, pouvant découler de conférences des États parties.....	84-95	142
D. Forme et procédure.....	96-107	144
E. Actes qui ne sont pas adoptés en présence de toutes les parties à un traité	108-111	146
VI. PORTÉE INTERPRÉTATIVE DES ACCORDS OU DE LA PRATIQUE ULTÉRIEURS.....	112-166	147
A. Procédures d'interprétation et article 31, paragraphe 3 <i>a</i> et <i>b</i>	113-114	147
B. Lien entre interprétation et modification	115-116	148
C. Modification d'un traité par accord ultérieur ou par une pratique ultérieurement suivie.....	117-166	148
VII. FUTUR PROGRAMME DE TRAVAIL	167	157
ANNEXE Avant-projet de conclusions		158

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.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne (Genève, 27 juillet 1929)	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 118, n° 2733, p. 303.
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 annexe 9, <i>Facilitation</i> , 13 ^e éd. (juillet 2011), disponible sur le site de l'Organisation de l'aviation civile internationale, à l'adresse suivante : www.icao.int .
Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (Washington, 2 décembre 1946)	Ibid., vol. 161, n° 2124, p. 72.
Convention portant création de l'Organisation maritime internationale (Genève, 6 mars 1948)	Ibid., vol. 289, n° 4214, p. 3, et vol. 1276, p. 468.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, n°s 970 à 973, p. 31.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève)	Ibid., vol. 75, n° 972, p. 135.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)	Ibid., vol. 75, 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] et 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., vol. 1125, n°s 17512 et 17513, p. 3 et 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.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Ibid., vol. 500, n° 7310, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, n° 8638, p. 261.
Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (Londres, Moscou et Washington, 1 ^{er} juillet 1968)	Ibid., vol. 729, n° 10485, p. 161.
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 relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau [Ramsar (Iran), 2 février 1971]	Ibid., vol. 996, n° 14583, p. 245, et vol. 1437, p. 344.

Sources

- 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 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (Londres, Mexico, Moscou et Washington, le 29 décembre 1972) Ibid., vol. 1046, n° 15749, p. 120.
- Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (Washington, 3 mars 1973) Ibid., vol. 993, n° 14537, p. 243.
- Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage (avec annexes) [Bonn, 23 juin 1979] Ibid., vol. 1651, n° 28395, p. 333.
- 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.
- Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II) [Genève, 10 octobre 1980] Ibid.
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3.
- 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) Ibid., vol. 1836, n° 31364, p. 3.
- Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrants (New York, 4 août 1995) Ibid., vol. 2167, n° 37924, p. 3.
- 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. Pour les amendements de Copenhague et de Beijing, voir *ibid.*, respectivement vol. 1785, p. 517, et vol. 2173, p. 183. Le Protocole tel qu'ajusté et amendé est paru dans Programme des Nations Unies pour l'environnement, *Manuel du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 8^e éd., 2009.
- Amendement au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Beijing, 3 décembre 1999) Ibid., vol. 2173, n° 26369, p. 183.
- 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 de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1673, n° 28911, p. 57.
- Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992) Ibid., vol. 1771, n° 30822, p. 107.
- Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Kyoto, 11 décembre 1997) Ibid., vol. 2303, n° 30822, p. 162.
- Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992) Ibid., vol. 1760, n° 30619, p. 79.
- 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.
- 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, *Recueil des Traités*, vol. 1975, n° 33757, p. 3.
- Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 15 avril 1994) Ibid., vol. 1867 à 1869, n° 31874.
- Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (Genève, 21 mai 2003) Ibid., vol. 2302, n° 41032, p. 166.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ALVAREZ, Jose E.
«Limits of change by way of subsequent agreements and practice», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 123 à 132.
- ANDERSON, D. H.
«The Straddling Stocks Agreement of 1995: an initial assessment», édité par C. Warbrick et D. McGoldrick, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, n° 2 (1996), p. 463 à 475.
- AUST, Anthony
«The theory and practice of informal international instruments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n° 4 (1986), p. 787 à 812.
Modern Treaty Law and Practice, 3^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BERNHARDT, Rudolf
Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, Berlin, Heymann, 1963.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence
«Environmental treaties in time», *Environmental Policy and Law*, vol. 39, n° 6 (2009), p. 293 à 298.
«Subsequent practice, practices, and “family resemblance”: towards embedding subsequent practice in its operative milieu», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 53 à 68.
- BOYLE, Alan E.
«Saving the world? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions», *Journal of Environmental Law*, vol. 3, n° 2 (1993), p. 225 à 245.
- 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 364.
- BRUNNÉE, Jutta
«COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 1 (2002), p. 1 à 52.
«Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements», dans R. Wolfrum et V. Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, p. 101 à 126.
«Treaty amendments», dans D. B. Hollis (dir. publ.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 347 à 366.
- BUGA, I.
«Subsequent practice and treaty modification», dans M. J. Bowman et D. Kritsiotis (dir. publ.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties* (à paraître).
- BUGNION, François
«L’emblème de la Croix-Rouge», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 59, n° 702 (1977), p. 319 à 335.
Vers une solution globale de la question de l’emblème, 4^e éd., Genève, CICR, 2006.
Croix rouge, croissant rouge, cristal rouge, Genève, CICR, 2007.
- CARNAHAN, Burrus M.
«Treaty review conferences», *AJIL*, vol. 81, n° 1 (1987), p. 226 à 230.
- CAROZZA, Paolo G.
«Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Notre Dame Law Review*, vol. 73, n° 5 (1998), p. 1217 à 1238.
- CHAN, Phil C. W.
«Acquiescence/estoppel in international boundaries: *Temple of Preah Vihear* revisited», *Chinese Journal of International Law*, vol. 3 (2004), p. 421 à 439.
- CHURCHILL, Robin, et Geir ULFSTEIN
«Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law», *AJIL*, vol. 94 (2009), p. 623 à 659.
- COT, Jean-Pierre
«La conduite subséquente des parties à un traité», *RGDIP*, vol. 70 (1966), p. 632 à 666.
- CRAWFORD, James
«A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 29 à 33.
- CREMA, Luigi
«Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 13 à 28.
- CROOK, John R.
«Contemporary practice of the United States», *AJIL*, vol. 105 (2011), p. 775 à 818.
- DENZA, Eileen
Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- DISTEFANO, Giovanni
«La pratique subséquente des États parties à un traité», *AFDI*, vol. 40 (1994), p. 41 à 71.
- DÖRR, Oliver
«Article 31. General rule of interpretation», dans O. Dörr et Kirsten Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 521 à 571.
- ÉTAS-UNIS D’AMÉRIQUE, DÉPARTEMENT DE LA DÉFENSE
Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress, United States Government Printing Office, 1992.
- 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.
- FOX, Hazel
«Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case», dans M. Fitzmaurice, O. Elias et P. Merkouris (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.
- GAILLARD, Emmanuel
La jurisprudence du CIRDI, volume II, 2004-2008, Paris, Pedone, 2010.
- GARDINER, Richard
Treaty Interpretation, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GAUTIER, Philippe
«Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États», dans N. Angelet (dir. publ.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 425 à 454.

- HAFNER, Gerhard
«Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 105 à 122.
- HALABI, Sam Foster
«The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39 (2010), p. 121 à 183.
- HANDL, Günther
«International "lawmaking" by conferences of the parties and other politically mandated bodies», dans R. Wolfrum et V. Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, p. 127 à 143.
- HARASZTI, Gyorgy
Some Fundamental Problems in the Law of Treaties, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973.
- HELPER, Laurence R.
«Consensus, coherence and the European Convention on Human Rights», *Cornell International Law Journal*, vol. 26 (1993), p. 133 à 165.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, et Louise DOSWALD-BECK (dir. publ.)
Droit international humanitaire coutumier, vol. 1, *Règles*, Bruxelles, Comité international de la Croix-Rouge et Bruylant, 2006.
Customary International Humanitarian Law, vol. 2, *Practice*, Cambridge, CICR et Cambridge University Press, 2005.
- 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: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 173 à 181.
- JOYNER, Daniel H.
Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- KADELBACH, Stefan
«Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 145 à 153.
- 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.
- KARL, Wolfram
Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht. Zum Einfluss der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge, Berlin, Springer, 1983.
- KELLY, G. M.
«The Temple Case in historical perspective», *The British Year Book of International Law* 1963, vol. 39 (1965), p. 462 à 472.
- KOHEN, Marcelo G.
«*Utī possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice», *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), p. 253 à 275.
«Keeping subsequent agreements and practice in their right limits», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 34 à 45.
- KOLB, Robert
«La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14 (2004), p. 9 à 32.
- KRÄHENMANN, Sandra
«Protection of prisoners in armed conflict», dans D. Fleck (dir. publ.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 359 à 411.
- LINDERFALK, Ulf
«Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation», *Netherlands International Law Review*, vol. 54, n^o 1 (2007), p. 133 à 154.
On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Dordrecht, Springer, 2007.
- MALKANI, Bharat
«The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, n^o 3 (2013), p. 523 à 556.
- MARSTON, Geoffrey (dir. publ.)
«United Kingdom materials on international law 1981», *The British Year Book of International Law* 1981, vol. 52, n^o 1 (1982), p. 361 à 533.
- MCADAM, Jane
Complementary Protection in International Refugee Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MILLETT, Piers
«The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, n^o 1 (2010), p. 25 à 43.
- MURPHY, Sean D.
«The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 82 à 94.
- NOLTE, Georg
«Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 210 à 306.
«Third report of the ILC Study Group on Treaties over Time: subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 307 à 386.
- ODENDAHL, K.
«Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», dans O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 699 à 708.
- ORGANISATION MARITIME INTERNATIONALE
«Dumping at sea: the evolution of the Convention on the prevention of marine pollution by dumping of wastes and other matter (LC), 1972», *Focus on IMO*, juillet 1997.
- PAN, Eric J.
«Authoritative interpretation of agreements: developing more responsive international administrative regimes», *Harvard International Law Journal*, vol. 38 (1997), p. 503 à 535.
- RICHTSTEIG, Michael
Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis, 2^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2010.
- RÖBEN, Volker
«Conference (meeting) of States parties», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 605 à 612.

ROBERTS, Anthea

«Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», *AJIL*, vol. 104 (2010), p. 179 à 225.

ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD, MINISTÈRE DE LA DÉFENSE

The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, Joint Service Publication 383, Shrivenham, Joint Doctrine and Concepts Centre, 2004.

RUIZ FABRI, Hélène

«Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 160 à 166.

SALMON, Jean

Manuel de droit diplomatique, Bruxelles, Bruylant, 1994.

SANDOZ, Yves, Christophe SWINARSKI, et Bruno ZIMMERMANN (dir. publ.)

Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Dordrecht, CICR et Martinus Nijhoff, 1987.

SANDS, Philippe, et Pierre KLEIN

Bowett's Law of International Institutions, 5^e éd., Singapour, Sweet and Maxwell, 2001.

SHAW, Malcolm N.

International Law, 6^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

SHIELDS DELESSERT, Christiane

Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, Ambilly, Schulthess, 1977.

SIMMA, Bruno

«Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 46 à 49.

SINCLAIR, Ian

The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984.

SKORDAS, A.

«General provisions: article 5», dans A. Zimmermann (dir. publ.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 669 à 706.

SOREL, Jean-Marc

«Convention de Vienne de 1969: Article 31», dans O. Corten et Pierre Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1289 à 1334.

SPIEKER, Heike

«Medical transportation», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 52 à 60.

THIRLWAY, Hugh

«The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006—part three», *The British Year Book of International Law*, vol. 77, n° 1 (2006).

TREVES, Tullio

«The General Assembly and the meeting of the States parties in the implementation of the LOS Convention», dans A. G. Oude Elferink (dir. publ.), *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2005, p. 55 à 74.

TROUWBORST, Arie

«Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on migratory species and its daughter instruments to climate change», *Diversity*, vol. 4, n° 3 (2012), p. 258 à 300.

VILLIGER, Mark E.

Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2009.

«The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The “crucible” intended by the International Law Commission», dans E. Cannizzar (dir. publ.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 105 à 122.

WIERSEMA, Annecoos

«The new international law-makers? Conferences of the parties to multilateral environmental agreements», *Michigan Journal of International Law*, vol. 31 (2009), p. 231 à 287.

WUERTH, Ingrid

«Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions», dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 154 à 159.

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*, t. 151, Leyde, Sijthoff, p. 3 à 114.

Introduction

1. Au cours de sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission du droit international a examiné le premier rapport sur le sujet «Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités» et a adopté provisoirement cinq projets de conclusion assortis de commentaires¹. Ces projets de conclusion :

a) situent le sujet dans le cadre général des règles relatives à l'interprétation des traités figurant dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [projet de conclusion 1] ;

b) définissent les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne de 1969 comme moyens d'interprétation authentiques (projet de conclusion 2) ;

c) déterminent les relations entre les accords ultérieurs, la pratique ultérieure et les conditions dans lesquelles il est possible d'interpréter les termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps (projet de conclusion 3) ;

d) formulent les définitions de l'accord ultérieur et de deux formes de pratique ultérieure (projet de conclusion 4) ;

¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 17 à 40.

e) traitent de l'attribution d'une pratique ultérieure (projet de conclusion 5).

2. Lors des débats à la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-cinquième session², les États ont en général réagi de façon favorable aux travaux de la Commission sur le sujet³. Les questions et préoccupations précises qui ont été soulevées au cours du débat seront traitées dans le présent rapport et lors de l'examen par la Commission des projets de conclusion conformément à ses méthodes de travail. Certains faits nouveaux pertinents sont intervenus depuis la soixante-cinquième session de la Commission, notamment les arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*⁴ et dans celle de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenant)]*⁵. Le deuxième rapport porte sur les aspects suivants du sujet :

² *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie).

³ Les déclarations des États au cours des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur le sujet «Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de ses soixante-troisième et soixante-cinquième sessions (point 81 de l'ordre du jour)» sont disponibles dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission, 17^e à 26^e séance (A/68/C.6/SR.17 à SR.26)*.

⁴ *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 3.

⁵ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 226. Voir aussi *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande) [Cambodge c. Thaïlande]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2013*, p. 281, à la page 307, par. 75.

a) l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure (chap. I)⁶ ;

b) les effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités (chap. II) ;

c) la forme et la valeur de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b* (chap. III)⁷ ;

d) les conditions dans lesquelles un «accord» des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité est établi en vertu de l'article 31, paragraphe 3 (chap. IV)⁸ ;

e) les décisions adoptées dans le cadre de conférences des États parties (chap. V) ; et

f) la portée éventuelle de l'interprétation par les accords ultérieurs et la pratique ultérieure (chap. VI).

⁶ Le paragraphe 3 *a* de l'article 31 emploie l'expression synonyme «accord ultérieur intervenu entre les parties».

⁷ La Commission a laissé ouverte cette question [voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 33, paragraphe 20 du commentaire relatif au projet de conclusion 4] ; il s'agit là d'une distinction faite par l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui a noté dans l'affaire *États-Unis – Jeux* que la «pratique ultérieurement suivie» comportait deux éléments : «i) il [fallait] que l'on puisse discerner des actes ou déclarations communs et d'une certaine constance ; et ii) ces actes ou déclarations [devaient] supposer un accord sur l'interprétation de la disposition pertinente» (OMC, rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes et leurs États membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, WT/DS375/R, WT/DS376/R et WT/DS377/R, adopté le 21 septembre 2010, par. 7.558).

⁸ La Commission a décidé d'examiner cette question à un stade ultérieur des travaux [voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 32 et 33, paragraphe 16 du commentaire relatif au projet de conclusion 4].

CHAPITRE I

Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure

3. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie, en tant que moyens d'interprétation, doivent être identifiés comme tels.

A. Conduite «dans l'application» et «au sujet de l'interprétation» du traité

4. La pratique ultérieure aux fins de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et de l'article 32 doit être suivie «dans l'application du traité⁹» et les accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, doivent intervenir «au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application des dispositions de celui-ci¹⁰». Bien que certains aspects de l'«interprétation» puissent être sans rapport avec l'«application» d'un traité¹¹, toute application d'un traité suppose son interprétation – même si la règle en

question peut paraître claire à première vue¹². C'est pourquoi la conduite «au sujet de l'interprétation» du traité et la conduite «dans l'application» du traité supposent l'une et l'autre qu'un État ou plusieurs États prennent, ou se voient attribuer, une position quant à l'interprétation du traité¹³. Alors que dans le cas d'un «accord

⁹ *Ibid.*, p. 18, projet de conclusion 4, paragraphe 3.

¹⁰ *Ibid.*, par. 1.

¹¹ Selon Haraszti, l'interprétation «vise à élucider le sens du texte» tandis que l'application «implique la détermination des conséquences incombant aux parties contractantes» (*Some Fundamental Problems in the Law of Treaties*, p. 18) ; il considère cependant qu'«il n'est possible d'appliquer une règle juridique, quelle qu'en soit la forme, que si son contenu a été élucidé» (*ibid.*, p. 15).

¹² 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 sous la forme d'un additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie)], par. 423 ; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 27 à 29 et 213 ; Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», p. 47 ; Linderfalk, «Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation», p. 141 à 144 et 147 ; Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», p. 44 ; Villiger, «The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The “crucible” intended by the International Law Commission», p. 111.

¹³ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 235 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 167 ; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht. Zum Einfluss der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge*, p. 114 et 118 ; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», p. 556 et 557, par. 80 et 82.

ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité», au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* (première branche de l'alternative), la position au sujet de l'interprétation d'un traité est expressément et résolument assumée, cette position peut être moins clairement identifiable dans le cas d'un « accord ultérieur [...] au sujet [...] de l'application de ses dispositions », au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* (seconde branche de l'alternative)¹⁴. Une telle position supposée au sujet de l'interprétation à partir de « l'application » résulte de simples actes d'application du traité, c'est-à-dire de « toute mesure prise sur la base du traité objet de l'interprétation¹⁵ », aux fins de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et de l'article 32¹⁶.

5. Il est difficile d'envisager une conduite « dans l'application du traité » qui ne suppose pas de la part de l'État partie concerné une position « au sujet de l'interprétation » du traité. De fait, une conduite de l'État concerné qui ne peut être considérée comme une prise de position au sujet de l'interprétation du traité ne peut pas non plus intervenir « dans » son « application ». Il en résulte que toute conduite « dans l'application du traité » n'est qu'un exemple, quoique le plus important, de tous les actes accomplis « au sujet de l'interprétation » d'un traité. La conjonction « ou » figurant à l'article 31, paragraphe 3 *a*, ne vise donc pas une alternative, mais désigne plutôt un exemple de la même chose.

6. Il convient de noter que l'« application » du traité ne traduit pas nécessairement la position d'un État partie qui est la seule juridiquement possible en vertu du traité et compte tenu des circonstances¹⁷. En outre, la notion d'« application » n'exclut pas les pratiques d'acteurs non étatiques que le traité considère comme des formes de son application et qui peuvent être attribuées à une ou plusieurs de ses parties¹⁸.

B. Conduite non pertinente « dans l'application » du traité ou « à l'égard de son interprétation »

7. Une conduite ultérieure sans rapport avec une obligation conventionnelle ne s'inscrit pas « dans l'application du traité » ou « à l'égard » de son interprétation. S'agissant par exemple de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice concernant *Certaines dépenses des Nations Unies*, certains juges ont exprimé des doutes sur le point de savoir si la poursuite du paiement de leur quote-part par les États Membres de l'Organisation des Nations Unies impliquait leur acceptation d'une certaine

pratique de l'Organisation¹⁹. À cet égard, Sir Gerald Fitzmaurice a formulé une mise en garde célèbre selon laquelle « [s]'il est poussé trop loin, l'argument tiré de la pratique peut aboutir à une pétition de principe²⁰ ». Selon Sir Gerald Fitzmaurice, il « n'est guère possible de conclure du simple fait que les États Membres *paient*, qu'ils admettent nécessairement être en tout cas dans l'obligation juridique positive de le faire²¹ ».

8. De même, dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, la Cour internationale de Justice a considéré que la démarche entreprise par les parties à l'Accord de 1987 (concernant la saisine de la Cour de tout litige entre elles) en vue de la conclusion d'un compromis (qui aurait précisé l'objet du différend) ne signifiait pas que les parties aient considéré que c'était là une condition nécessaire à l'établissement de la compétence de la Cour²².

9. Un autre exemple de pratique volontaire qui n'est pas censée être suivie « dans l'application » ou « à l'égard de l'interprétation » d'un traité concerne la « protection complémentaire » dans le contexte du droit des réfugiés. Des personnes à qui le statut de réfugié en vertu de la Convention relative au statut des réfugiés a été refusé se voient néanmoins souvent accorder une « protection complémentaire » équivalente à celle accordée au titre de la Convention. Les États qui accordent une protection complémentaire ne considèrent cependant pas qu'ils agissent « dans l'application » de la Convention²³.

10. Il est parfois difficile de distinguer les accords ou la pratique ultérieurs pertinents à l'égard de l'interprétation ou dans l'application d'un traité, aux fins de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, et de l'article 32, d'autres conduites ou évolutions dans le contexte plus général du traité, notamment d'« évolutions contemporaines » dans le domaine du traité. Une telle distinction n'en est pas moins importante car seule la conduite d'une ou de plusieurs parties à l'égard de l'interprétation du traité acquiert une valeur spécifique dans le processus d'interprétation. Il suffit d'indiquer à ce stade que la valeur probante ou interprétative conférée à un accord ou une pratique en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, et de l'article 32 est d'autant plus grande que cet accord ou cette pratique a un lien plus spécifique avec le traité²⁴. L'arrêt rendu dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)* n'est que l'exemple le plus récent illustrant la nécessité, mais aussi, parfois, la difficulté d'opérer la distinction²⁵.

¹⁹ *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 201 et 202 (opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice) et aux pages 189 à 195 (opinion individuelle de Sir Percy Spender).

²⁰ Ibid., p. 201.

²¹ Ibid.

²² *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 6, à la page 16, par. 28.

²³ Voir Skordas, « General provisions: article 5 », p. 682, par. 30; et McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, p. 21.

²⁴ Sur la « valeur » (probante ou interprétative) d'un accord ou d'une pratique comme moyen d'interprétation, voir chap. III *infra*.

²⁵ *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [voir *supra* la note 4], p. 41 à 58, par. 103 à 151.

¹⁴ Cette seconde possibilité a été introduite sur la proposition du Pakistan, mais son champ d'application et son but n'ont jamais été explicités ni clarifiés, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première 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), 31^e séance, 19 avril 1968, p. 183, par. 53.

¹⁵ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, p. 167.

¹⁶ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 18, projet de conclusion 1, paragraphe 4, et projet de conclusion 4, paragraphe 3.

¹⁷ Voir sect. C, et chap. II, sect. B.2 *infra*.

¹⁸ Voir Boisson de Chazournes, « Subsequent practice, practices, and "family resemblance": towards embedding subsequent practice in its operative milieu », p. 54, 56 et 59 à 60.

C. Détermination d'une conduite « dans l'application » ou « à l'égard de l'interprétation » d'un traité

11. Pour déterminer qu'un accord ultérieur ou une pratique ultérieure, aux fins de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32, représente une prise de position quant à l'interprétation d'un traité, il est souvent nécessaire de procéder à une soigneuse analyse factuelle et juridique. C'est ce qu'illustrent des exemples tirés de la pratique juridictionnelle et étatique.

1. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

12. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice fournit plusieurs exemples de cas dans lesquels ce qui avait pu paraître à première vue pertinent a été en définitive considéré comme n'étant pas un accord ou une pratique ultérieurs pertinents, et inversement. Ainsi, la Cour a considéré que des « communiqués ministériels conjoints » « ne sauraient être englob[és] dans la base conventionnelle du droit de libre navigation » vu que « les modalités de la coopération qu'ils organisent sont susceptibles d'être révisées selon les convenances des parties »²⁶. La Cour a néanmoins estimé que l'absence de certaines précisions quant à l'interprétation d'un traité, ou l'absence de certaines formes d'application de celui-ci, constituait une pratique qui indiquait la position juridique des parties selon laquelle l'emploi d'armes nucléaires n'était pas interdit sur la base de différents traités relatifs aux armes empoisonnées²⁷. En tout état de cause, la portée exacte d'une expression collective des vues des parties ne peut être déterminée que par un examen attentif de la question de savoir si et dans quelle mesure elle est censée être entendue « au sujet de l'interprétation » du traité. C'est pourquoi la Cour a conclu dans l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* que

les résolutions et lignes directrices pertinentes [de la Commission baleinière internationale] qui ont été adoptées par consensus invitent les États parties à s'interroger sur la possibilité, d'un point de vue pratique et scientifique, d'atteindre les objectifs de recherche par des méthodes non létales, mais sans leur faire obligation de ne recourir à des méthodes létales qu'en l'absence de toute autre solution²⁸.

2. TRIBUNAL DES DIFFÉRENDS IRANO-AMÉRICAINS

13. Lorsque le Tribunal des différends irano-américains a eu à trancher la question de savoir si la Déclaration sur le règlement des différends obligeait les États-Unis à restituer des biens militaires à la République islamique d'Iran, notamment en se référant à la pratique ultérieurement

²⁶ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213, aux pages 234 et 235, par. 40; voir aussi *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, à la page 1091, par. 68, dans lequel la Cour a laissé entendre que l'une des parties ne considérait pas que certaines formes de coopération pratique étaient juridiquement pertinentes s'agissant de la question de la frontière en cause et n'a donc pas souscrit à la position contraire de l'autre partie.

²⁷ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 248, par. 55 et 56; voir aussi *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 803, à la page 815, par. 30; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 232 à 235.

²⁸ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant)]* (voir supra la note 5), p. 257, par. 83.

suivie par les parties, le Tribunal a conclu que ce traité comportait une obligation implicite d'indemnisation en cas de non-restitution :

66. Bien que le paragraphe 9 de la Déclaration générale ne prévoie expressément aucune obligation de dédommager l'Iran pour le cas où certains articles ne sont pas restitués en raison des dispositions de la loi américaine applicables avant le 14 novembre 1979, le Tribunal considère qu'une telle obligation est implicitement contenue dans ce paragraphe.

[...]

68. De plus, le Tribunal note que l'interprétation énoncée au paragraphe 66 ci-dessus est conforme à la pratique ultérieurement suivie par les Parties dans l'application des accords d'Alger et, en particulier, à la conduite des États-Unis. Cette pratique, conformément à l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne, doit aussi être prise en considération pour l'interprétation d'un traité. Dans la communication qu'ils ont adressée à l'Iran le 26 mars 1981 pour l'informer que l'exportation d'articles de défense ne serait pas approuvée, les États-Unis ont expressément indiqué que « le coût des équipements sera[it] remboursé à l'Iran dans la mesure du possible »²⁹.

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

La conduite ultérieure d'un État partie ne peut servir de base à l'interprétation d'un traité que s'il apparaît que cette conduite a été motivée par le traité. En l'espèce, il n'existe aucune preuve, ni aucun argument, permettant d'affirmer que les États-Unis étaient disposés à dédommager l'Iran pour donner suite à une supposée obligation imposée par le paragraphe 9. Une telle conduite pourrait tout autant correspondre à la reconnaissance d'une obligation contractuelle de paiement. En l'absence de toute indication selon laquelle cette conduite était motivée par le traité, il est erroné d'utiliser celle-ci pour interpréter le traité³⁰.

Rapprochées l'une de l'autre, l'opinion de la majorité et l'opinion dissidente font clairement ressortir les points pertinents.

3. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

14. Parfois aussi, le fait que les États parties prennent position à l'égard de l'interprétation d'un traité peut être déduit du caractère du traité ou d'une disposition particulière. Alors que la pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité est souvent constituée d'actes de différents organes de l'État (exécutif, législatif ou judiciaire) dans l'application consciente d'un traité et à différents niveaux (interne et international), la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, n'aborde généralement pas expressément la question de savoir si telle ou telle pratique a été suivie « dans l'application » ou « à l'égard de l'interprétation » de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme)³¹, ou si l'État a ainsi assumé une position juridique. Ainsi, lorsqu'elle expose la situation juridique interne dans les

²⁹ *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, sentence partielle n° 382-B1-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19 (1988-II), p. 294 et 295.

³⁰ *Ibid.*, opinion individuelle du juge Holtzmann, partiellement concordante et partiellement dissidente, p. 304.

³¹ Voir, par exemple, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, par. 103, série A n° 161; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, par. 60, série A n° 45; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, par. 48, CEDH 2008; comparer, par contre, avec *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, par. 146, CEDH 2005-I; *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, par. 100, série A n° 201.

États membres, la Cour pose rarement la question de savoir si cette situation juridique résulte d'un processus législatif comportant un examen des prescriptions éventuelles de la Convention. La Cour suppose néanmoins que, dans l'exercice de leurs fonctions législatives ou autres, les États sont conscients des obligations que leur impose la Convention et agissent d'une manière correspondant à l'interprétation qu'ils font de bonne foi de leurs obligations³². À l'instar de la Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme a même, dans certains cas, considéré que le fait que les parties «ne redoutaient pas» une certaine interprétation de la Convention pouvait indiquer une prise de position de leur part à l'égard de l'interprétation du traité³³. Bien qu'elle vise moins souvent la pratique législative des États et se concentre davantage sur les évolutions générales au plan international, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a néanmoins parfois recouru à cette pratique législative comme moyen d'interprétation³⁴.

4. DROIT DE LA MER

15. 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 fournit un très bon exemple de la nécessité d'examiner soigneusement, d'emblée, si un acte ou un accord constitue effectivement un accord ultérieur ou une pratique ultérieure «à l'égard de l'interprétation» ou «dans l'application» du traité. Il est prévu dans l'Accord que les dispositions de celui-ci et de la Convention doivent être interprétées «comme un seul et même instrument» et qu'en cas d'incompatibilité les dispositions de l'Accord l'emportent³⁵. Le fait que seules les parties à la Convention puissent devenir parties à cet accord relatif à l'application³⁶ permet de penser que, tant que toutes les parties à la Convention ne sont pas parties à l'Accord, celui-ci vise (aussi) à influencer l'interprétation de la Convention. C'est pourquoi, bien qu'il prévoit la «non-application» de dispositions de la Convention³⁷ et crée de nouvelles institutions, et apporte même, en quelque sorte, des modifications à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'Accord relatif à l'application constitue aussi une forme de pratique ultérieure à l'égard de l'interprétation de la Convention en assumant certaines positions à cet égard³⁸.

³² Voir note précédente; voir en outre *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, par. 41, série A n° 31; *Jorgic c. Allemagne*, n° 74613/01, par. 69, 2007-III; *Mazurek c. France*, n° 34406/97, par. 52, CEDH 2000-II.

³³ *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, par. 62, CEDH 2001-XII.

³⁴ Voir, par exemple, 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, p. 10, par. 12.

³⁵ L'Accord établit en différents endroits (art. 2; annexe, sect. 1, par. 17; annexe, sect. 2, par. 6; annexe, sect. 3, par. 14; et annexe, sect. 7, par. 2) que les dispositions pertinentes de la section 4 de la partie XI de la Convention sont interprétées et appliquées conformément à l'Accord.

³⁶ *Ibid.*, art. 4, par. 2.

³⁷ *Ibid.*, voir, par exemple, annexe, sect. 2, par. 3.

³⁸ Au contraire, l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs est ouvert à la signature des États qui ne sont pas parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer

5. DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

16. L'article 118 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève) dispose que les «prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives». C'est intentionnellement que les États parties n'ont pas affirmé la pertinence de la volonté d'un prisonnier de guerre de ne pas être rapatrié, afin que des États ne puissent invoquer abusivement la volonté des prisonniers de guerre pour différer leur rapatriement³⁹. Dans sa pratique, cependant, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a toujours subordonné sa participation à la condition que la volonté d'un prisonnier de guerre de ne pas être rapatrié soit respectée⁴⁰. Cette pratique ne signifie cependant pas nécessairement que l'article 118 doive être interprété comme exigeant qu'aucun prisonnier de guerre ne soit rapatrié contre son gré. L'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier précise ce qui suit dans son commentaire de la règle 128 A:

Selon la quatrième Convention de Genève, une personne protégée ne peut être transférée dans un pays «où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses» [article 45, paragraphe 4, de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)]. Bien que la troisième Convention de Genève ne contienne pas de disposition similaire, la pratique depuis 1949 s'est développée de telle manière que dans tous les rapatriements où le CICR a joué un rôle d'intermédiaire neutre, les parties au conflit – que celui-ci soit international ou non international – ont accepté les conditions posées par le CICR pour sa participation, y compris le principe selon lequel le CICR doit pouvoir vérifier, avant le rapatriement (ou avant la libération dans le cas d'un conflit armé non international), au moyen d'un entretien confidentiel avec les personnes concernées, qu'elles souhaitent bien être rapatriées (ou libérées)⁴¹.

17. Cette formulation porte à croire que la pratique relative au respect de la volonté du prisonnier de guerre est limitée aux cas où le CICR intervient et où l'organisation a posé une telle condition⁴². Les États ont tiré différentes conclusions de cette pratique du CICR. Selon le *Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict* du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de 2004:

Une question plus litigieuse est celle de savoir si les prisonniers de guerre *doivent* être rapatriés même contre leur gré. Il ressort de la pratique récente des États qu'ils ne devraient pas l'être. Le Royaume-Uni

(art. 1, par. 2), et il établit, dans son article 4, qu'«[a]ucune disposition du présent Accord ne porte atteinte aux droits, à la juridiction et aux obligations des États en vertu de la Convention». L'Accord relatif aux stocks de poissons a néanmoins aussi été interprété comme précisant les obligations générales de coopérer qui sont énoncées à l'article 63, paragraphe 2, et aux articles 64 et 117 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Anderson, «The Straddling Stocks Agreement of 1995: an initial assessment», p. 468).

³⁹ Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, p. 145 à 156 et p. 171 à 175; voir, de façon générale, sur l'obligation de rapatrier, Krähenmann, «Protection of prisoners in armed conflict», p. 409 et 410.

⁴⁰ Ainsi, par sa participation, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) s'efforce de concilier l'intérêt d'un rapatriement rapide et le respect de la volonté des prisonniers de guerre (*ibid.*).

⁴¹ Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, Règles, p. 599.

⁴² Henckaerts et Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice*, p. 2893 et 2894, par. 844 à 855, et mise à jour en ligne pour l'Australie, l'Espagne, Israël et les Pays-Bas, consultable à l'adresse suivante: www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_sectiond.

applique le principe selon lequel les prisonniers de guerre ne devraient pas être rapatriés contre leur volonté⁴³.

18. Cette combinaison particulière des verbes *must* («doivent») et *should* («devraient») montre que, comme le CICR, le Royaume-Uni ne fonde pas strictement sa politique sur l'idée que la pratique ultérieure semble indiquer, à savoir que la volonté déclarée du prisonnier de guerre doit toujours être respectée⁴⁴.

D. Conclusion

19. Les exemples tirés de la jurisprudence et de la pratique des États confirment qu'il est nécessaire

⁴³ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Ministère de la défense, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, p. 205, par. 8.170.

⁴⁴ Le manuel des États-Unis ne mentionne que la volonté des prisonniers de guerre malades ou blessés (voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice*, p. 2893 et 2894, par. 844 à 855); mais la pratique suivie par les États-Unis après la seconde guerre du Golfe a consisté à faire établir par le CICR la volonté du prisonnier et à agir en conséquence (États-Unis d'Amérique, Département de la défense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*).

d'identifier et d'interpréter soigneusement les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, et en particulier de se demander si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou sont motivées par d'autres considérations. Cela est particulièrement nécessaire dans le cas de «mémoires d'accord»⁴⁵. En définitive, le but affirmé ou discernable de tout accord des parties est déterminant⁴⁶. Les considérations qui précèdent conduisent à proposer la conclusion suivante :

«Projet de conclusion 6. Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure

«L'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure, au sens de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32, exige un examen approfondi, s'agissant en particulier de savoir si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou sont motivées par d'autres considérations.»

⁴⁵ Voir chap. IV, sect. D *infra*.

⁴⁶ Voir aussi Crema, «Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», p. 25 et 26.

CHAPITRE II

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

20. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme tous les moyens d'interprétation, peuvent avoir des effets différents sur l'interprétation d'un traité dans un cas particulier, c'est-à-dire au cours du processus interactif qui consiste à mettre dûment l'accent sur les différents moyens d'interprétation dans le cadre d'une «seule opération complexe»⁴⁷. La prise en considération des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure, au sens de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32, peut ainsi contribuer à clarifier un traité⁴⁸ en ce qu'elle permet de préciser (interprétation étroite) différents sens possibles d'un terme ou d'une disposition spécifique, ou la portée du traité dans son ensemble (sect. A et sect. B 1 *infra*), ou de confirmer une interprétation plus large ou une certaine marge d'appréciation par les parties (interprétation large) [sect. A et sect. B 2 *infra*]. La spécificité d'une pratique ultérieure est souvent un facteur important pour déterminer la valeur de celle-ci comme moyen d'interprétation dans un cas déterminé, en fonction du traité considéré (sect. C *infra*).

A. Jurisprudence de la Cour internationale de Justice

21. Les cours et tribunaux internationaux commencent généralement leur raisonnement, dans une affaire

⁴⁷ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 21 et 22, paragraphe 12 du commentaire relatif au projet de conclusion 1.

⁴⁸ La terminologie suit celle du projet de directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission : «L'expression "déclaration interprétative" s'entend d'une déclaration unilatérale [...] par laquelle [un État ou une organisation internationale] vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions» [*Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 23, projet de directive 1.2]; voir aussi *ibid.*, p. 56, paragraphe 18 du commentaire relatif au projet de directive 1.2.

déterminée, en examinant le «sens ordinaire» des termes du traité⁴⁹. Ils y intègrent le plus souvent l'examen des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure à un stade plus avancé, lorsqu'ils posent la question de savoir si cette conduite confirme ou modifie le résultat préliminaire auquel ils sont parvenus par l'interprétation textuelle initiale (ou par d'autres moyens d'interprétation)⁵⁰. Si les parties souhaitent ne pas donner à un terme le sens ordinaire, mais plutôt l'entendre dans un sens particulier conformément à l'article 31, paragraphe 4, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à faire ressortir ce sens particulier. Les exemples présentés ci-après, tirés principalement de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice⁵¹, illustrent la façon dont les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, en tant que moyens d'interprétation, peuvent contribuer, par leur interaction avec d'autres moyens au cours du processus d'interprétation, à préciser le sens d'un traité.

⁴⁹ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 21 et 22, paragraphe 14 du commentaire relatif au projet de conclusion 1; *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 4, à la page 8.

⁵⁰ Voir, par exemple, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 625, à la page 656, par. 59 à 61, et à la page 665, par. 80; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 6, aux pages 34 à 37, par. 66 à 71; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [voir *supra* la note 26], p. 213, à la page 290 (déclaration de M. le juge ad hoc Guillaume).

⁵¹ Un examen de la jurisprudence d'autres cours et tribunaux internationaux conduit au même résultat et donne davantage d'exemples, voir Nolte, «Second Report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice».

1. LE «SENS ORDINAIRE» D'UN TERME

22. La prise en considération des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure peut contribuer à la détermination du «sens ordinaire» d'un terme particulier en ce qu'elle permet de confirmer une interprétation étroite de différentes significations possibles de ce terme. Tel a été le cas, par exemple⁵², dans l'avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans lequel la Cour internationale de Justice a considéré, s'agissant des termes «du poison ou des armes empoisonnées», que

[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 nucléaires⁵³.

23. En revanche, il y a aussi des cas où des variations de la pratique ultérieure empêchent de préciser le sens d'un terme général selon l'une ou l'autre des différentes significations possibles⁵⁴. C'est ce qu'a confirmé la Cour, par exemple dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, dans laquelle elle a déclaré ceci :

L'impression générale qui se dégage de l'examen des documents pertinents est que les fonctionnaires chargés de l'administration des douanes [...] ont utilisé, bien que pas toujours d'une façon très conséquente, tous les facteurs d'évaluation à leur disposition. Dans ces conditions, la Cour est d'avis que l'article 95 n'énonce pas de règle stricte en ce qui touche le point litigieux. Il appelle une interprétation plus souple qu'aucune de celles avancées par l'une et l'autre des parties en litige⁵⁵.

24. Il est naturellement possible que différentes formes de pratique contribuent à la fois à une interprétation étroite et à une interprétation large de différents termes figurant dans le même traité et examinés dans le cadre de la même procédure juridictionnelle. Un exemple bien connu concerne l'interprétation donnée par la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif relatif à *Certaines dépenses*, des termes «dépenses» (interprétation large) et «action» (interprétation étroite) à la lumière des pratiques respectives ultérieurement suivies par l'organisation⁵⁶.

2. LES «TERMES DANS LEUR CONTEXTE»

25. Un traité doit être interprété suivant le sens ordinaire à attribuer aux «termes du traité dans leur contexte» (art. 31, par. 1). Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aussi, en interaction avec ce moyen particulier d'interprétation, contribuer à une interprétation

⁵² Voir aussi *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)* [voir supra la note 27], p. 815, par. 30; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 275, à la page 306, par. 67; *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 4, à la page 9.

⁵³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir supra la note 27), p. 248, par. 55.

⁵⁴ *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 15, à la page 25.

⁵⁵ *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.

⁵⁶ *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)* [voir supra la note 19], p. 158 à 161 («dépenses») et p. 164 et 165 («action»).

plus étroite ou plus large d'un terme d'un traité⁵⁷. Dans l'avis consultatif relatif à la *Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, par exemple, la Cour internationale de Justice a dû déterminer le sens de l'expression «huit [...] pays [...] qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes» aux fins de l'article 28 a de la Convention portant création de l'Organisation maritime internationale (OMI). Étant donné que ce concept de «pays qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes» autorisait différentes interprétations (détermination selon le «tonnage de jauge immatriculé» ou la «propriété appartenant aux ressortissants»), et vu l'absence de pratique pertinente de l'organisation ou de ses membres au titre de l'article 28 a lui-même, la Cour s'est tournée vers d'autres dispositions de la Convention et a conclu ceci :

Cet emploi du critère du tonnage immatriculé dans l'application de différentes dispositions de la Convention [...] [amène] la Cour à considérer comme improbable que l'on ait envisagé, lors de la rédaction de l'article 28 a et de son incorporation dans la Convention, qu'il y eût un critère autre que le tonnage immatriculé pour déterminer les pays possédant les flottes de commerce les plus importantes⁵⁸.

26. Plus récemment, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a également eu recours aux «meilleures pratiques écologiques» visées dans le Règlement relatif aux sulfures pour interpréter le texte précédemment adopté du Règlement relatif aux nodules⁵⁹.

3. «OBJET ET BUT»

27. Parallèlement aux termes et au contexte du traité, l'article 31, paragraphe 1, accorde de l'importance à «son objet et [...] son but», mais non une importance décisive, aux fins de son interprétation⁶⁰. Les accords et la pratique ultérieurs peuvent aussi contribuer à préciser l'objet et le but du traité lui-même⁶¹, ou permettre de concilier l'invocation de l'objet et du but d'un traité avec d'autres moyens d'interprétation.

⁵⁷ Voir, par exemple, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 69, à la page 87, par. 40.

⁵⁸ *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; voir aussi *ibid.*, p. 167 à 169; et *obiter dictum: Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord 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, décision du 2 juillet 2003, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXIII (numéro de vente : E/F.04.V.15), p. 59, à la page 99, par. 141.

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, p. 10, à la page 48, par. 136 et 137; voir aussi Boisson de Chazournes, «Subsequent practice, practices, and "family resemblance"», p. 66.

⁶⁰ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 190 et 198.

⁶¹ *Ibid.*, p. 191 à 194; voir aussi *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, à la page 31, par. 53; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, à la page 179, par. 109; 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; Crema, «Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», p. 21.

28. Dans les affaires de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*⁶² et des *Plates-formes pétrolières*⁶³, par exemple, la Cour internationale de Justice a précisé l'objet et le but de traités bilatéraux en se référant à la pratique ultérieure des parties. Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a conclu ceci :

Il ressort des textes conventionnels et de la pratique analysés aux paragraphes 64 et 65 ci-dessus que la [C]ommission 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 Charte⁶⁴.

29. Lorsqu'une certaine tension apparaît entre «l'objet et le but» d'un traité et les objectifs spécifiques de certaines de ses règles, la pratique ultérieure peut aider à atténuer d'éventuels conflits⁶⁵. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, par exemple, la Cour a souligné que les parties au traité de 1890 «entendaient à la fois s'assurer la libre navigation sur [le] fleuve et procéder à une délimitation aussi précise que possible de leurs sphères d'influence respectives⁶⁶», et a ainsi aplani de possibles tensions en tenant compte d'une certaine pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation (au sens de l'article 32).

B. Pratique des États

30. La pratique des États, en dehors de contextes juridictionnels ou quasi juridictionnels, confirme que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à préciser le sens d'un traité, soit en restreignant le nombre des interprétations possibles, soit en indiquant une certaine marge d'appréciation que le traité accorde aux États.

1. RESTRICTION DE LA GAMME DES INTERPRÉTATIONS POSSIBLES

31. Alors qu'il ne semble pas ressortir des termes de l'article 5 de la Convention relative à l'aviation civile internationale que les vols charter soient tenus d'obtenir une autorisation pour faire escale, une longue pratique des États exigeant une telle autorisation a conduit à considérer de manière générale que cette disposition doit être interprétée comme exigeant cette autorisation⁶⁷.

⁶² *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 38, aux pages 50 et 51, par. 27.

⁶³ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)* [voir supra la note 27], p. 813 à 815, par. 27 et 30.

⁶⁴ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (voir supra la note 52), p. 306 et 307, par. 67.

⁶⁵ Voir OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, par. 17: «la plupart des traités n'ont pas un objet et but unique, mais plutôt une variété d'objectifs et de buts différents, et peut-être divergents»; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 195.

⁶⁶ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* [voir supra la note 26], p. 1074, par. 45.

⁶⁷ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», p. 85; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 215.

32. L'expression «précautions pratiquement possibles» figurant à l'article 57 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) a été circonscrite à l'article 3, paragraphe 4, du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II) du 10 octobre 1980 qui dispose que «[p]ar précautions possibles, on entend les précautions qui sont praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire». Cette précision a fini par être admise, par le biais de la pratique ultérieure, dans de nombreux manuels militaires pour définir de façon générale le concept de «possibilité» aux fins de l'article 57 du Protocole I⁶⁸.

33. Enfin, l'article 31, paragraphe 4, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires dispose que les moyens de transport d'une mission ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Si certaines formes d'action policière suscitent généralement les protestations des États⁶⁹, le remorquage de véhicules diplomatiques est considéré dans la pratique comme autorisé⁷⁰. Cette pratique permet de penser que, si des mesures de répression contre des véhicules diplomatiques sont interdites, il est possible de procéder à l'immobilisation ou l'enlèvement de voitures si celles-ci représentent un danger ou un obstacle immédiat pour la circulation et/ou la sécurité publique⁷¹. Dans cette acception, le sens du mot «exécution» et, partant, la portée de la protection accordée aux moyens de transport sont précisés par la pratique ultérieure des parties.

34. Ainsi, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à préciser le sens d'un terme en restreignant les significations possibles des droits et obligations résultant d'un traité.

⁶⁸ Pour les manuels militaires de l'Argentine (1989), du Canada (2001) et du Royaume-Uni (2004), voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice*, p. 359 à 360, par. 160 à 164, et la mise à jour en ligne pour le manuel militaire de l'Australie (2006) [voir à l'adresse suivante : https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v2_rul_rule15_sectionc]; voir aussi Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, p. 683, par. 2202.

⁶⁹ Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, p. 160 et 161; Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, p. 208, par. 315; voir aussi les protestations des autorités britanniques après qu'un attaché des forces aériennes britanniques et l'attaché des forces armées canadiennes eurent été extraits d'une voiture appartenant à l'ambassade du Royaume-Uni (Marston, «United Kingdom materials on international law 1981», p. 434).

⁷⁰ Voir, par exemple, Australie, Department of Foreign Affairs and Trade, «Privileges and immunities of foreign representatives», disponible à l'adresse suivante : <https://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Pages/5-privileges-and-immunities.aspx>; Islande, Protocol Department Ministry of Foreign Affairs, «Diplomatic Handbook», p. 14, disponible à l'adresse suivante : www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf; Royaume-Uni, voir la déclaration de Lord Elton, Parliamentary Under-Secretary of State, Home Office, à la Chambre des lords (HL Deb, 12 décembre 1983, vol. 446 cc3-4); États-Unis, AJIL, vol. 2 (1994), p. 312 et 313.

⁷¹ Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, p. 160; Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, p. 70.

2. ÉLARGISSEMENT DE LA GAMME DES INTERPRÉTATIONS POSSIBLES OU CONFIRMATION D'UNE CERTAINE MARGE D'APPRÉCIATION

35. Des accords ou pratiques ultérieurs peuvent cependant aussi indiquer qu'il existe un grand nombre d'interprétations acceptables ou une certaine marge d'appréciation laissée aux États par un traité⁷². L'article 12 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) dispose ce qui suit :

Sous le contrôle de l'autorité compétente concernée, le signe distinctif de la croix rouge, du croissant rouge ou du lion et soleil rouge, sur fond blanc, sera arboré par le personnel sanitaire et religieux, les unités et moyens de transport sanitaires. Il doit être respecté en toutes circonstances. Il ne doit pas être employé abusivement.

36. Bien que l'emploi du terme *shall*, en anglais (« sera arboré » en français), semble indiquer que les États ont l'obligation d'employer l'emblème distinctif pour identifier le personnel et les unités sanitaires, la pratique ultérieurement suivie suggère que les États disposent d'une certaine marge d'appréciation à cet égard⁷³. Étant donné que ces dernières années, des groupes armés ont spécifiquement attaqué des convois sanitaires aisément reconnaissables à l'emblème protecteur, les États se sont abstenus dans certaines situations d'apposer un emblème distinctif sur ces convois. En réponse à une question posée par un parlementaire sur sa pratique en Afghanistan, le Gouvernement allemand a déclaré ce qui suit :

Comme d'autres fournisseurs de contingents de la Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS), les forces armées fédérales ont dû faire face à des attaques de véhicules sanitaires signalés par un emblème. Dans certains cas, ces unités et véhicules sanitaires, clairement identifiables comme tels par leur emblème protecteur, ont même été des cibles privilégiées. Les forces armées fédérales ont donc décidé, tout comme la Belgique, la France, le Royaume-Uni, le Canada et les États-Unis, de camoufler dans le cadre de la FIAS l'emblème protecteur sur les véhicules sanitaires⁷⁴.

⁷² Cela ne signifie pas qu'il puisse exister différentes interprétations possibles d'un traité, mais laisse plutôt penser que le traité peut laisser aux parties la possibilité de choisir à l'intérieur d'un spectre de différents actes autorisés, voir Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 31, citant la Chambre des lords dans *Regina v. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Adan*, ex parte *Subaskaran*, ex parte *Aitseguer* (*The Law Reports. Appeal Cases*, 2001, vol. 2, p. 515–517) [lord Steyn]: « Il convient de déterminer le sens propre de la disposition conventionnelle pertinente. [...] Dès lors, comme dans le cas d'autres traités multilatéraux, il faut donner à la Convention relative au statut des réfugiés un sens indépendant à partir des sources mentionnées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, sans le dénaturer par des traits distinctifs du système juridique de tel ou tel État contractant. En principe, il ne peut y avoir qu'une seule véritable interprétation d'un traité. [...] Dans la pratique, il incombe aux juridictions nationales, confrontées à un désaccord sur une question d'interprétation, de le régler. Mais ce faisant, elles doivent rechercher, sans être entravées par des notions relevant de leur culture juridique nationale, le véritable sens autonome du traité au niveau international. Et il ne peut exister qu'un seul véritable sens. »

⁷³ Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, p. 1440, par. 4742 à 4744; Spieker, « Medical transportation », p. 54 et 55, par. 7 à 12; noter aussi le caractère moins contraignant de la version française « sera arboré ».

⁷⁴ Parlement allemand, « Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan », 9 avril 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, p. 2 (traduction française à partir de la traduction anglaise du Rapporteur spécial).

37. Cette pratique des États confirme une interprétation selon laquelle l'article 12 n'impose pas l'obligation d'utiliser l'emblème protecteur en toutes circonstances⁷⁵, et indique donc qu'une marge d'appréciation est laissée aux parties.

38. Lorsqu'une disposition conventionnelle laisse aux États une certaine marge d'appréciation, la question peut se poser de savoir si cette latitude est limitée aux fins de la règle. Selon l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'État accréditaire peut, sans avoir à motiver sa décision, informer l'État accréditant qu'un membre de la mission est *persona non grata*. Généralement, les États procèdent à de telles notifications lorsqu'il existe des preuves ou des soupçons que des membres de la mission se livrent à des activités d'espionnage, ou ont commis d'autres violations graves du droit de l'État accréditaire, ou ont causé un incident diplomatique⁷⁶. Cependant, de nombreux États font aussi de telles déclarations dans des circonstances plus prosaïques, par exemple pour faire respecter leur politique relative à la conduite automobile en cas de facultés affaiblies⁷⁷, ou lorsque des membres de la mission ont causé un préjudice grave à un tiers⁷⁸, ou ont commis des infractions graves ou répétées⁷⁹. Il se peut même que des déclarations soient faites sans motif clair pour des raisons politiques. Il ne semble pas que d'autres États aient affirmé qu'une telle pratique constituait un abus du pouvoir de déclarer un membre d'une mission *persona non grata* pour des fins sans rapport avec des problèmes plus graves politiques ou autres. Ainsi, cette pratique donne à penser que l'article 9 laisse une très grande marge d'appréciation⁸⁰.

⁷⁵ Spieker, « Medical transportation », p. 55, par. 12.

⁷⁶ Voir Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, p. 78 à 88, avec d'autres références à des déclarations relatives à l'espionnage; voir aussi Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, p. 484, par. 630; et Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen*, p. 30.

⁷⁷ Voir Canada, Affaires étrangères, Commerce et Développement, « Politique sur la conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies », disponible en ligne à l'adresse suivante : www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=fra; États-Unis, Département d'État, note diplomatique 10-181 du Département d'État, 24 septembre 2010, p. 8 et 9, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/149985.pdf>.

⁷⁸ Pays-Bas, Département du protocole, Ministère des affaires étrangères, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*, disponible à l'adresse suivante : www.diplomatmagazine.nl/wp-content/uploads/protocol-guide-for-diplomatic-missions-and-consular-posts-january-2013.pdf.

⁷⁹ France, Ministère des affaires étrangères et du développement international, guide pour les diplomates étrangers en poste en France : protocole, immunités, respect des réglementations locales, disponible à l'adresse suivante : www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/protocole/immunités/article/respecter-les-reglementations; Turquie, Ministère des affaires étrangères, Protocol, Principal Circular Note, 06.04.2005-63552, « Traffic regulations » 2005/PDGY/63552, disponible à l'adresse suivante : www.mfa.gov.tr/06_04_2005-63552-traffic-regulations.en.mfa; Royaume-Uni, Foreign and Commonwealth Office, circulaire en date du 19 avril 1985 adressée aux chefs de missions diplomatiques à Londres, reproduite dans Marston, « United Kingdom materials on international law 1981 », p. 437.

⁸⁰ Voir G. Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », dans *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (dir. publ.), Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 112 pour une interprétation encore plus large de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

C. Spécificités de la pratique

39. La valeur interprétative de la pratique ultérieure par rapport aux autres moyens d'interprétation dans un cas particulier dépend souvent de sa spécificité par rapport au traité considéré⁸¹. Cela est confirmé, par exemple, par des décisions de la Cour internationale de Justice, des sentences arbitrales et des rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁸². La sentence rendue par le tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* est à cet égard instructive :

Il est vrai que les traités conclus par l'une des Parties contractantes et des États tiers peuvent être pris en compte pour clarifier le sens du texte d'un traité au moment où il a été conclu. La demanderesse a fourni une présentation très claire et pénétrante de la pratique de la Bulgarie sur la conclusion de traités d'investissements postérieurement à la conclusion du [Traité bilatéral relative aux investissements (BIT)] Bulgarie-Chypre de 1987. Dans les années 1990, après la fin du régime communiste bulgare, la Bulgarie a commencé à conclure des BITs contenant des clauses de règlement des différends beaucoup plus libérales, y compris en ce qu'elles prévoyaient le recours à l'arbitrage CIRDI. Cependant, cette pratique n'est pas particulièrement pertinente en l'espèce dans la mesure où les négociations ultérieures entre la Bulgarie et Chypre indiquent que ces Parties contractantes n'ont pas entendu la clause de la nation la plus favorisée dans le sens qui pourrait autrement être déduit de la pratique ultérieure de la Bulgarie lors de la conclusion des traités. En 1998, la Bulgarie et Chypre ont négocié la révision de leur BIT. Les négociations ont échoué mais elles ont spécifiquement porté sur une modification de la clause de règlement des différends [...]. Il est possible de déduire de ces négociations que les parties au BIT elles-mêmes n'ont pas considéré que la clause de la nation la plus favorisée s'étendait aux clauses de règlement des différends contenues dans d'autres BIT⁸³.

40. Si la Cour internationale de Justice et les tribunaux arbitraux tendent à accorder une plus grande valeur interprétative à une pratique relativement spécifique suivie par les États, la Cour européenne des droits de l'homme se limite le plus souvent à une évaluation comparée de caractère général et parfois sommaire de la législation interne ou des positions adoptées par les États au plan international⁸⁴. À cet égard, il convient de

⁸¹ Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», p. 91.

⁸² Voir, par exemple, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* (voir supra la note 62), p. 55 et 56, par. 38 ; *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, décision du 14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), part IV, p. 231, à la page 259, par. 74 ; OMC, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/R, adopté le 19 février 2009, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS350/AB/R ; OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, adopté le 21 mars 2005, par. 625.

⁸³ CIRDI, *Plama c. Bulgarie*, décision sur la compétence, affaire n° ARB/03/24, 8 février 2005, dans Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, p. 123, à la page 141, par. 195.

⁸⁴ Voir, par exemple, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, par. 40, série A n° 184 ; *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, par. 31, série A n° 26 ; *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, par. 46, série A n° 142. Cela a suscité les critiques de commentateurs : voir, par exemple, Carozza, «Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights», p. 1223 et 1224 ; Helfer, «Consensus, coherence and the European Convention on Human Rights», p. 140.

garder à l'esprit que, s'agissant des droits énoncés dans les traités relatifs aux droits de l'homme, les organes des États ne sont généralement pas censés les interpréter et appliquer avec autorité, mais qu'il s'agit plutôt pour eux de traduire les obligations conventionnelles (moyennant la marge d'appréciation donnée) dans la loi, la pratique des organes exécutifs et les arrangements internationaux de chaque État. À cette fin, la présence d'éléments communs suffisamment caractérisés dans les législations nationales d'un nombre significatif d'États membres peut déjà être pertinente pour déterminer la portée d'un droit humain ou la nécessité d'y apporter une restriction. De plus, le caractère de certains droits justifie parfois la prise en considération d'une pratique moins spécifique. Ainsi, dans l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*, la Cour a conclu ce qui suit :

Il ressort clairement des dispositions de ces deux instruments [internationaux] que les États contractants [...] ont estimé que seule une combinaison de mesures traitant les trois aspects du problème pouvait permettre de lutter efficacement contre la traite [...]. L'obligation de pénaliser et de poursuivre la traite n'est donc qu'un aspect de l'engagement général des États membres à lutter contre ce phénomène. La portée des obligations positives découlant de l'article 4 doit être envisagée dans le contexte plus large de cet engagement⁸⁵.

41. De même, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, la Cour a observé que «l'on peut dire qu'un consensus international se fait jour au sein des États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie⁸⁶» en concluant cependant qu'elle n'était «pas convaincue que ce consensus soit suffisamment concret pour qu'elle puisse en tirer des indications quant au comportement ou aux normes que les États contractants considèrent comme souhaitables dans une situation donnée⁸⁷». Les considérations qui précèdent conduisent à proposer la conclusion suivante :

«*Projet de conclusion 7. Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation*

«1. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, au sens de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32, peuvent contribuer à préciser le sens d'un traité, en particulier en restreignant ou en élargissant la gamme des interprétations possibles, ou en indiquant une certaine marge d'appréciation que le traité accorde aux parties.

«2. La valeur d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyen d'interprétation peut dépendre, entre autres, de leur spécificité.»

⁸⁵ *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, par. 273, 274, et 285, CEDH 2010 (extraits).

⁸⁶ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, par. 93, CEDH 2001-I.

⁸⁷ *Ibid.*, par. 94.

CHAPITRE III

Forme et valeur de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b

42. Comme l'a constaté la Commission, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, consiste en un « comportement » dans l'application d'un traité qui peut contribuer à établir un accord à l'égard de l'interprétation du traité⁸⁸. Selon le traité considéré, elle comprend non seulement un comportement à visée externe, comme des actes officiels, des déclarations et des votes à l'échelon international, mais aussi des actes accomplis au niveau interne de nature législative, exécutive ou judiciaire, ainsi que des pratiques suivies par des entités non étatiques qui relèvent de ce que le traité envisage comme des formes de son application⁸⁹. Le comportement individuel qui peut contribuer à établir une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, n'a pas à répondre à un quelconque critère particulier⁹⁰. Il reste cependant la question de savoir si la pratique collective « ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties » aux fins de l'article 31, paragraphe 3 b, doit respecter une forme particulière.

A. Diversité des formes possibles de pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b

43. Il est clair qu'une pratique ultérieurement suivie par toutes les parties peut établir leur accord à l'égard de l'interprétation d'un traité. Cette pratique ne doit pas nécessairement consister en une action conjointe⁹¹. Une conduite seulement parallèle peut être suffisante. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque deux États accordent des concessions pétrolières indépendamment l'un de l'autre d'une manière qui permet de penser qu'ils reconnaissent ainsi implicitement le cours d'une frontière dans une zone maritime. Ainsi, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria [Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)]*, la Cour internationale de Justice a affirmé que des concessions pétrolières « peuvent être [prises] en compte » si elles « reposent sur un accord exprès ou tacite entre les parties »⁹². Une question distincte est de savoir si une activité parallèle de ce type exprime effectivement une interprétation commune suffisante (un accord) à l'égard de l'interprétation d'un traité dans un cas particulier (voir chap. IV ci-dessous)⁹³.

⁸⁸ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 32 et 33, paragraphes 16 à 19 du commentaire relatif au projet de conclusion 4.

⁸⁹ Voir, par exemple, *ibid.*, p. 18, projet de conclusion 5; *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [note 4 *supra*], p. 41 à 45, par. 103 à 111, p. 48 et 49, par. 119 à 122, et p. 50, par. 126; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 228 à 230; Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 555 et 556, par. 78; Boisson de Chazournes, « Subsequent practice, practices, and “family resemblance” », p. 54, 56 et 59 à 60.

⁹⁰ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 226 et 227; Boisson de Chazournes, « Subsequent practice, practices, and “family resemblance” », p. 53.

⁹¹ *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 33; *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* [voir *supra* la note 26], p. 1213, par. 17 (opinion dissidente de M. Parra-Aranguren).

⁹² *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria [Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 303, aux pages 447 et 448, par. 304.

⁹³ *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 659, à la page 737, par. 258; mais voir *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 18,

B. Densité et uniformité de la pratique ultérieure

44. La Commission a indiqué que « si une distinction est faite entre, d'une part, la notion de pratique ultérieure [...] et, d'autre part, un éventuel accord entre les parties, la fréquence n'est pas un élément indispensable de la définition de la notion de “pratique ultérieure” [...] au sens de l'article 32⁹⁴ ». Cela ne règle pas la question de savoir si la « pratique ultérieure » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b⁹⁵, exige plus qu'une application ponctuelle du traité comme fondement possible d'un accord des parties quant à son interprétation. L'Organe d'appel de l'OMC a posé une norme relativement exigeante à cet égard en affirmant ce qui suit dans sa décision *Japon – Boissons alcooliques II*:

[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 traité⁹⁶.

45. Cette définition conduit à penser que la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, exige davantage qu'un seul « acte » ou une seule « déclaration » à l'égard de l'interprétation d'un traité, mais requiert plutôt une action dont la fréquence et l'uniformité permettent de conclure à l'existence d'un accord établi et confirmé de manière répétée quant à l'interprétation du traité. C'est là un critère relativement élevé qui supposerait qu'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, ne soit pas simplement entendue comme un moyen d'identifier un accord, mais revête plutôt une forme particulièrement large, permanente et reconnue de pratique collective afin d'établir l'accord des parties à l'égard de l'interprétation.

46. La Cour internationale de Justice, toutefois, n'a pas formulé une définition aussi abstraite de la pratique ultérieure en tant qu'activité collective aux fins de l'article 31, paragraphe 3 b. La Cour a plutôt fait une application souple de cette disposition, sans ajouter aucune autre condition. Cela est vrai, en particulier, de l'arrêt de principe qu'elle a rendu dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, dans lequel elle a réaffirmé sa jurisprudence antérieure pertinente⁹⁷. D'autres juridictions internationales ont essentiellement suivi la Cour internationale de Justice dans son interprétation souple du critère d'application de l'article 31, paragraphe 3 b. Cela est vrai du

aux pages 83 et 84, par. 117, affaire dans laquelle la Cour a considéré les concessions accordées par les parties au différend comme une preuve de leur accord tacite; voir aussi *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [note 4 *supra*].

⁹⁴ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 36, paragraphe 35 du commentaire relatif au projet de conclusion 4.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 18, paragraphe 2 du projet de conclusion 4.

⁹⁶ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, sect. E, p. 15.

⁹⁷ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* [voir *supra* la note 26], p. 1075 et 1076, par. 47 à 50, et p. 1087, par. 63; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* [voir *supra* la note 50], p. 34 à 37, par. 66 à 71.

Tribunal des différends irano-américains⁹⁸ et de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁹, tandis que le Tribunal international du droit de la mer¹⁰⁰ et la Cour de justice européenne¹⁰¹ n'ont, au moins, pas adopté la norme que l'Organe d'appel de l'OMC avait formulée dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*. Les tribunaux du CIRDI ont rendu des sentences divergentes¹⁰².

47. Un examen plus attentif fait ressortir que la différence entre la norme formulée par l'Organe d'appel de l'OMC et par des tribunaux CIRDI dans certaines sentences, d'une part, et l'approche de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales, d'autre part, est plus apparente que réelle. L'Organe d'appel de l'OMC semble avoir repris la formule «concordants, communs et d'une certaine constance» d'une publication de Sir Ian Sinclair¹⁰³, qui s'était lui-même inspiré d'une formulation analogue «concordante, commune et d'une certaine constance» de Mustafa Kamil Yasseen, ancien membre de la Commission¹⁰⁴. Sir Ian Sinclair n'a cependant pas affirmé catégoriquement que pour répondre aux exigences de l'article 31, paragraphe 3 b, la pratique ultérieure devait être «concordante, commune et d'une certaine constance». Il a au contraire écrit: «la valeur* de la pratique ultérieure dépendra naturellement de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance¹⁰⁵». Cela laisse supposer que l'expression «concordante,

commune et d'une certaine constance» n'avait pas à l'origine pour but d'établir un critère formel pour l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 b, mais donnait plutôt une indication sur les circonstances dans lesquelles la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, aurait plus ou moins de valeur comme moyen d'interprétation au cours du processus¹⁰⁶. De fait, l'Organe d'appel de l'OMC lui-même a parfois recouru, dans une situation comparable, à cette perspective nuancée lorsqu'il a affirmé ceci :

Le but de l'interprétation d'un traité est d'établir l'intention commune des parties au traité. Pour établir cette intention, la pratique antérieure d'une des parties seulement peut être pertinente, mais elle présente manifestement un intérêt plus limité que la pratique de toutes les parties¹⁰⁷.

48. On peut donc penser que la formule «concordante, commune et d'une certaine constance» ne fixe pas une norme minimale pour l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 b. C'est plutôt la mesure dans laquelle la pratique ultérieure est «concordante, commune et d'une certaine constance» qui permet de «discerner une attitude» supposant un accord des parties, lequel doit alors «être réput[é] incorpor[é] au traité¹⁰⁸». En conséquence, la Commission a estimé que «[l]a valeur de la pratique ultérieure varie suivant la mesure où elle traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes¹⁰⁹». Le fait que l'Organe d'appel de l'OMC a formulé dans certains cas une définition plus exigeante s'explique peut-être par le caractère et le fonctionnement propres des accords de l'OMC plutôt que par une position réfléchie sur les conditions d'application de l'article 31, paragraphe 3 b, à un vaste ensemble d'autres traités. Les considérations qui précèdent conduisent à proposer la conclusion suivante :

«Projet de conclusion 8. Formes et valeur de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b

«La pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, peut prendre diverses formes et doit traduire les vues communes des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité. Sa valeur en tant que moyen d'interprétation dépend de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance.»

⁹⁸ *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (2004-2009), p. 77, aux pages 116 à 126, par. 109 à 133.

⁹⁹ *Soering c. Royaume-Uni* (voir supra la note 31), par. 103; *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, par. 73 et 79 à 82, série A n° 310; *Banković et autres c. Belgique et autres* (voir supra la note 33), par. 56 et 62.

¹⁰⁰ *Navire « SAIGA » (n° 2) [Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée]*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10, aux pages 61 et 62, par. 155 et 156.

¹⁰¹ *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd et autres*, affaire C-432/92, arrêt de la Cour du 5 juillet 1994, *Recueil de jurisprudence 1994*, p. I-3116, aux pages I-3132 à I-3135, par. 43, 46 et 50 à 54; *Leonce Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli*, affaire C-52/77, arrêt de la Cour du 30 novembre 1977, *Recueil de jurisprudence 1977*, p. 2261, par. 18.

¹⁰² *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (United States/Argentina BIT)* [procédure d'annulation, décision sur la demande de l'Argentine tendant à la suspension d'exécution de la sentence], affaire n° ARB/01/3, sentence, 7 octobre 2008, par. 70, disponible à l'adresse suivante : http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3/DC830_En.pdf; *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, par. 33; Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *National Grid plc v. Argentine Republic (UK/Argentine BIT)*, décision sur la compétence, 20 juin 2006, p. 25 et 26, par. 84 et 85; Fauchald, «The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis», p. 345; voir aussi Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», p. 207 à 215.

¹⁰³ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 137.

¹⁰⁴ Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», p. 48; tandis que le qualificatif «commune» est repris des travaux de la Commission du droit international, l'expression «d'une certaine constance» et le qualificatif «concordante» représentent des conditions déduites par Yasseen d'un approfondissement du raisonnement; voir *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/CN.4/186 et Add.1 à 7, p. 106 et 107, par. 17 et 18, et p. 241 et 242, paragraphe 15 du commentaire relatif aux projets d'articles 27 et 28.

¹⁰⁵ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 137; Tribunal des différends irano-américains, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America* (voir supra la note 98), p. 118, par. 114.

¹⁰⁶ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI (numéro de vente : E/F.95.V.2), p. 53, à la page 187, par. 169; Cot, «La conduite subséquente des parties à un traité», p. 644 à 647 («valeur probatoire»); Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», p. 46; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», p. 556, par. 79; voir aussi les plaidoiries lors des audiences devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CR 2012/33, p. 26 à 29, par. 7 à 19 (Wood), et CR 2012/36, p. 3 à 8, par. 6 à 21 (Wordsworth), disponibles à l'adresse suivante : www.icj-cij.org/fr/affaire/137.

¹⁰⁷ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques [CE – Matériels informatiques]*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adopté le 22 juin 1998, par. 93.

¹⁰⁸ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 241, paragraphe 14 du commentaire relatif aux projets d'articles 27 et 28; réaffirmé dans *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* [voir supra la note 26], p. 1075 et 1076, par. 49; voir aussi Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», p. 46; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 218 et 239 à 241.

¹⁰⁹ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 242, paragraphe 15 du commentaire relatif aux projets d'articles 27 et 28; Cot, «La conduite subséquente des parties à un traité», p. 652.

CHAPITRE IV

Accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité

49. L'élément qui distingue les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, d'autres pratiques ultérieures en tant que moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32¹¹⁰, est l'« accord » des parties au sujet de l'interprétation du traité considéré. C'est l'accord des parties qui confère aux moyens d'interprétation visés à l'article 31, paragraphe 3¹¹¹, leur fonction et leur valeur propres aux fins du processus interactif d'interprétation prévu par la règle générale d'interprétation de l'article 31¹¹².

A. Existence et portée de l'accord

50. L'expression de positions contraires par différentes parties à un traité exclut l'existence d'un accord. Cela a été confirmé, notamment, dans l'affaire de la *Dette extérieure allemande*, dans laquelle le tribunal arbitral a conclu que l'on ne pouvait déduire un « accord ultérieur tacite » (*tacit subsequent understanding*) d'un certain nombre de communications émanant des institutions chargées de l'administration de l'accord, dès lors que l'une d'entre elles, la Banque d'Angleterre, avait exprimé une position divergente¹¹³.

51. Il n'y a cependant absence d'accord que dans la mesure de la divergence et tant que celle-ci perdure. La portée et la formation de tout accord éventuel doivent être soigneusement élucidées (voir chap. I *supra*)¹¹⁴. Le fait que les États appliquent différemment un traité n'autorise pas, en soi, à tirer une conclusion quant à la pertinence juridique de cette divergence. Une telle différence peut

traduire un désaccord sur la (seule) interprétation exacte, mais aussi un point de vue commun selon lequel le traité permet une certaine marge d'appréciation dans son application¹¹⁵. Il semble que les traités caractérisés par des considérations d'humanité ou d'autres intérêts généraux de la communauté, comme les traités relatifs aux droits de l'homme ou la Convention relative au statut des réfugiés, visent à une interprétation uniforme dès lors qu'ils établissent des obligations minimales et ne laissent pas de marge d'appréciation aux États.

52. S'il est vrai qu'un comportement équivoque de l'une ou plusieurs des parties empêche généralement l'identification d'un accord¹¹⁶, les juridictions internationales ont reconnu dans certains cas un accord à l'égard de l'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3, malgré l'existence de certaines indications contraires. Ainsi, tout élément du comportement d'un État qui ne cadre pas totalement avec la position générale n'a pas pour conséquence de rendre ce comportement équivoque au point d'empêcher l'identification d'un accord. Ainsi, la Cour d'arbitrage, dans l'affaire du *Canal de Beagle*, a conclu que le fait que les parties avaient conduit des négociations qui avaient ensuite fait apparaître une divergence d'opinion quant à l'interprétation d'un traité ne suffisait pas à établir que cette absence d'accord avait un caractère permanent :

De même, des négociations en vue d'un règlement qui n'ont pas abouti ne sauraient guère avoir un effet permanent. Elles pourraient tout au plus avoir provisoirement privé les actes des parties d'une valeur probante à l'appui de leurs interprétations respectives du traité, dans la mesure où ces actes ont été accomplis au cours du processus des négociations. Il n'y a pas lieu d'y accorder plus d'importance¹¹⁷.

Dans la même affaire, la Cour d'arbitrage a considéré que

[l]a simple publication d'un certain nombre de cartes ayant (comme la Cour l'a déjà montré) une qualité et une valeur extrêmement contestables ne saurait – même si elles n'en représentaient pas moins le point de vue officiel de l'Argentine – empêcher le Chili ni lui interdire d'accomplir des actes qui démontreraient, corrélativement, son propre point de vue sur la substance de ses droits en vertu du traité de 1881 – et cette publication ne saurait en soi exonérer l'Argentine de toute autre nécessité de réaction à ces actes, si elle les considérait comme contraires au traité¹¹⁸.

53. De même, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la portée des restrictions que les parties pouvaient apporter à leur acceptation de la compétence de la Commission et de la Cour avait été « confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les Parties contractantes », cette « pratique dénotant un assentiment quasi universel entre les Parties contractantes : les articles 25 et 46 [...] de la Convention ne permettent pas des restrictions territoriales ou portant

¹¹⁰ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 32 et 33, paragraphe 16 du commentaire relatif au projet de conclusion 4.

¹¹¹ Voir Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », p. 30 : « Rien ne permet de penser que le mot "accord" à l'alinéa *b* a un sens différent de celui qu'il a à l'alinéa *a*. »

¹¹² Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 21 et 22, paragraphes 12 à 15 du commentaire relatif au projet de conclusion 1 ; l'article 31 doit être « pris dans son ensemble » et envisage le processus d'interprétation comme « une seule opération complexe », sans qu'il soit possible de considérer qu'il « établi[t] une hiérarchie juridique de normes pour l'interprétation des traités », *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 239 et 240, paragraphes 8 et 9 du commentaire relatif aux projets d'articles 27 et 28.

¹¹³ *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 publication : E/F.90.V.7), p. 67, aux pages 103 et 104, par. 31 ; voir aussi OMC, rapport de l'Organe d'appel, *CE – Matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R (note 107 *supra*), par. 95 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX (numéro de publication : E/F.90.V.7), p. 149, à la page 175, par. 66 ; *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd et autres*, affaire C-432/92, (note 101 *supra*), p. 1-3134, par. 50 et 51.

¹¹⁴ *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [voir *supra* la note 4], p. 40 et 41, par. 99.

¹¹⁵ Voir *supra* le chapitre II.

¹¹⁶ *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résident en France* (voir *supra* la note 82), p. 258, par. 70 ; Kolb, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », p. 16.

¹¹⁷ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle* (voir *supra* la note 106), p. 188, par. 171.

¹¹⁸ *Ibid.*

sur le contenu»¹¹⁹. La Cour a décrit «cette pratique [...] des États» comme étant «uniforme et cohérente» tout en reconnaissant que deux États pouvaient éventuellement constituer des exceptions¹²⁰. Cette décision mérite d'être notée parce que la Cour, contrairement à son mode de raisonnement habituel, a expressément invoqué et appliqué l'article 31, paragraphe 3 *b*¹²¹. La décision permet de penser que les interprètes disposent d'une certaine marge d'appréciation pour identifier l'établissement éventuel d'un accord des parties à l'égard d'une interprétation déterminée¹²².

B. Un «accord» au sens de l'article 31, paragraphe 3, peut être informel

54. Le terme «accord» dans la Convention de Vienne de 1969¹²³ et son emploi dans le droit international coutumier relatif aux traités n'impliquent aucun formalisme particulier¹²⁴. En conséquence, la Convention de Vienne n'impose pas de prescriptions de forme à un «accord» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*¹²⁵. La Commission a cependant noté, pour distinguer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, d'une pratique ultérieure par laquelle «est établi l'accord» des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, que le premier présuppose un «acte unique commun¹²⁶». Excepté ce degré minimal de formalisme pour le moyen d'interprétation particulier visé à l'article 31, paragraphe 3 *a*, tout accord identifiable des parties est suffisant. Il n'est nullement obligatoire qu'un tel accord soit publié ou enregistré en application de l'Article 102 de la Charte des Nations Unies¹²⁷.

¹¹⁹ *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* la note 99), par. 79 et 80.

¹²⁰ *Ibid.*, par. 82.

¹²¹ L'affaire ne concernait pas l'interprétation d'un droit de l'homme particulier, mais portait plutôt sur la question de savoir si un État était effectivement lié par la Convention.

¹²² La jurisprudence plus restrictive de l'Organe de règlement des différends de l'OMC suggère que des interprètes différents peuvent évaluer différemment ces questions, voir OMC, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping* («réduction à zéro»), WT/DS294/R, adopté le 9 mai 2006, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS294/AB/R, par. 7.218: «même s'il était établi de manière concluante que tous les 76 Membres mentionnés par les Communautés européennes ont adopté une [certaine] pratique [...], cela signifierait uniquement qu'un nombre considérable de Membres de l'OMC ont adopté une approche différente de celle des États-Unis. [...] Nous notons qu'une tierce partie dans la présente procédure a présenté des arguments contestant l'opinion des Communautés européennes».

¹²³ Voir art. 2, par. 1 *a*; art. 3; art. 24, par. 2; art. 39 à 41 et 58 et 60.

¹²⁴ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 30, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 4; Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», p. 45; Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», p. 47.

¹²⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 30, paragraphe 5 du commentaire du projet de conclusion 4; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 208, 209 et 216 à 220; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», p. 554, par. 75.

¹²⁶ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 31 et 32, paragraphe 10 du commentaire relatif au projet de conclusion 4; un «acte unique commun» peut aussi consister en un échange de lettres, voir *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 juin 1990, ILR, vol. 105, p. 1, aux pages 54 à 56; Fox, «Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island case*», p. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 220 et 221.

¹²⁷ Aust, «The theory and practice of informal international instruments», p. 789 et 790.

C. Connaissance de leur accord par les parties

55. Pour qu'un accord soit établi aux fins de l'article 31, paragraphe 3, il ne suffit pas que les positions des parties à l'égard de l'interprétation ou de l'application du traité se recouvrent, mais il faut aussi que les parties sachent que leurs positions sont communes. Ainsi, dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, la Cour internationale de Justice a subordonné l'existence d'une pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, à la condition que «ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités [...] comme confirmant la frontière fixée par le traité¹²⁸». De fait, seule la connaissance de la position des autres parties à l'égard de l'interprétation d'un traité justifie qu'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, puisse être qualifié de moyen d'interprétation «authentique¹²⁹». Cela dit, la connaissance de la position de l'autre partie ou des autres parties peut avoir un caractère constructif, notamment dans le cas de traités qui sont mis en œuvre à l'échelon national sans mécanisme commun de surveillance.

D. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, ne doit pas être nécessairement, en soi, juridiquement contraignant

56. Un «accord» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ne doit pas nécessairement avoir un caractère contraignant¹³⁰. Il en va de même, a fortiori, de la pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Cela est confirmé par le fait que la Commission, dans le texte final des articles sur le droit des traités, avait employé, dans la version anglaise, l'expression *any subsequent practice which establishes the understanding* of the parties*¹³¹. La Conférence des Nations Unies sur le droit des traités a remplacé le terme *understanding* par *agreement*, non pas pour une raison de fond, mais pour des motifs portant «uniquement sur des points de rédaction» afin de souligner que les parties devaient avoir des «vues communes»¹³². Le mot *understanding* donne à penser que le terme *agreement*, à l'article 31, paragraphe 3¹³³, n'exige

¹²⁸ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* [voir *supra* la note 26], p. 1094, par. 74 («l'occupation de l'île par les Masubia»), et p. 1077 et 1078, par. 55 (le «rapport Eason» qui «semble n'avoir jamais été communiqué à l'Allemagne»); Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», p. 560, par. 88.

¹²⁹ À cet égard, l'établissement d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peut être soumis à des conditions plus strictes que ce qu'exige la formation du droit international coutumier; mais voir Boisson de Chazournes, «Subsequent practice, practices, and "family resemblance": towards embedding subsequent practice in its operative milieu», p. 53 à 55.

¹³⁰ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 31, paragraphe 6 du commentaire relatif au projet de conclusion 4; cela signifie qu'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ne produit pas nécessairement un effet juridique identique à celui du traité auquel il se rapporte; dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* [voir *supra* la note 26], p. 1091, par. 68, la Cour a laissé entendre que l'une des parties ne considérerait pas certaines formes de coopération pratique comme juridiquement pertinentes aux fins de la question de la frontière en cause et n'acceptait donc pas la position contraire de l'autre partie.

¹³¹ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 242, paragraphe 15 du commentaire relatif aux projets d'articles 27 et 28.

¹³² *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 14], 31^e séance, p. 184, par. 60; Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États».

¹³³ Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», p. 30: «Rien ne permet de penser que le mot "accord" à l'alinéa *b* a un sens différent de celui qu'il a à l'alinéa *a*»; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, p. 169 à 171.

pas que les parties assument ou créent ainsi une quelconque obligation juridique qui existerait en plus, ou indépendamment, du traité¹³⁴. Il suffit que les parties, par un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, attribuent un certain sens au traité¹³⁵ ou, en d'autres termes, adoptent certaines «vues communes¹³⁶» au sujet de celui-ci. Même s'ils ne sont pas en eux-mêmes juridiquement contraignants, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, peuvent néanmoins, en tant que moyens d'interprétation, emporter des conséquences juridiques dans le cadre du processus d'interprétation conformément à l'article 31¹³⁷.

57. Cette interprétation du mot «accord» dans l'article 31, paragraphe 3, se retrouve dans la jurisprudence des juridictions internationales. Les cours et tribunaux internationaux n'estiment pas nécessaire qu'un «accord» au sens de l'article 31, paragraphe 3, traduise l'intention des parties de créer des engagements juridiquement contraignants nouveaux, ou distincts (par exemple, «attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité¹³⁸» ou des «actes ou déclarations [...] [devant] supposer un accord sur l'interprétation de la disposition pertinente¹³⁹», ou une pratique qui traduit un accord à l'égard de l'interprétation¹⁴⁰, ou «la pratique suivie par les États contractants [...] montre qu'ils ne redoutaient pas [...]»¹⁴¹). De même, des mémorandums d'accord ont, dans certains cas, été considérés comme «une contribution potentiellement importante à l'interprétation» – mais «non comme une source de droits et d'obligations de

¹³⁴ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle* (voir *supra* la note 106), p. 187, par. 169; *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand [...]*, sentence du 16 mai 1980 (voir *supra* la note 113), p. 103 et 104, par. 31; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 190 à 195; Kolb, «La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», p. 25 et 26; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, p. 169 à 171.

¹³⁵ Cette terminologie suit celle du commentaire relatif au projet de directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités [voir *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 56, paragraphes 18 et 19 du commentaire relatif au projet de directive 1.2].

¹³⁶ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 241 et 242, paragraphes 15 et 16 du commentaire relatif aux projets d'articles 27 et 28 (dans le texte anglais, le terme *understanding* est employé dans le contexte tant du projet de disposition qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 *a*, que de celui qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 *b*).

¹³⁷ *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow*, sentence arbitrale rendue relativement à la première question, décision du 30 novembre 1992, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIV (numéro de vente: E/F.04.V.18), p. 3, à la page 131, par. 6.7; Aust, «The theory and practice of informal international instruments», p. 787 et 807; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, p. 173; Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment»; Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États», p. 434.

¹³⁸ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (voir *supra* la note 96), sect. E, p. 15.

¹³⁹ OMC, rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes et leurs États membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information* (voir *supra* la note 7), par. 7.558.

¹⁴⁰ Tribunal des différends irano-américains, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America* (voir *supra* la note 98), p. 119, par. 116.

¹⁴¹ *Banković et autres c. Belgique et autres* (voir *supra* la note 33), par. 62.

caractère indépendant»¹⁴². Au demeurant, si les parties concluent un accord juridiquement contraignant à l'égard de l'interprétation d'un traité, on peut se demander si cet accord viserait simplement à être un moyen d'interprétation parmi d'autres¹⁴³, ou si son objectif serait de prévaloir sur le traité, à l'instar d'un accord portant modification du traité en vertu de l'article 39 (voir chap. VI, sect. C.2 ci-dessous).

E. Le silence comme élément éventuel d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3

58. Bien qu'un «accord» au sens de l'article 31, paragraphe 3, puisse avoir un caractère informel et ne soit pas nécessairement contraignant, il doit cependant être identifiable afin d'être «établi». Cette condition n'est expressément formulée que pour la pratique ultérieure au titre de l'article 31, paragraphe 3 *b*, mais elle existe aussi implicitement pour tout «accord ultérieur» au titre de l'article 31, paragraphe 3 *a*, qui doit faire l'objet d'un «acte unique commun¹⁴⁴». Dès lors, un «accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ne peut être déduit du simple silence des parties.

59. Toutefois, la Commission a estimé qu'un «accord» résultant de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, pouvait résulter en partie du silence ou d'une omission. En expliquant pourquoi elle avait employé l'expression «l'accord des parties» à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 27 [qui est devenu l'article 31, par. 3 *b*] et non la formule «l'accord de toutes les parties», la Commission a indiqué ce qui suit:

Elle a considéré que la formule «l'accord de toutes les parties» [*sic*] désigne nécessairement «les parties dans leur ensemble». Elle n'a omis le mot «toutes» que pour éviter une méprise possible, qui ferait croire que chaque partie doit individuellement avoir suivi cette pratique, alors qu'il suffit qu'elle l'ait acceptée¹⁴⁵.

60. La Commission a ainsi supposé qu'il n'était pas nécessaire que toutes les parties aient suivi une pratique déterminée mais qu'une telle pratique, si elle était «acceptée» par les parties qui ne l'avaient pas suivie, établissait un accord suffisant à l'égard de l'interprétation d'un traité¹⁴⁶. Les décisions rendues par des cours et tribunaux internationaux avant et après les travaux de la Commission sur le droit des traités confirment que cette acceptation peut résulter du silence ou d'une omission.

¹⁴² *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow* (voir *supra* la note 137), p. 131, par. 6.7; voir aussi *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine («Ijzeren Rijn») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII (numéro de vente: 06.V.8), p. 35, à la page 98, par. 157.

¹⁴³ Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», p. 31 à 33; voir, par exemple, *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow* (voir *supra* la note 137), p. 131, par. 6.8.

¹⁴⁴ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 31 et 32, paragraphe 10 du commentaire relatif au projet de conclusion 4.

¹⁴⁵ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 242, paragraphe 15 du commentaire relatif aux projets d'articles 27 et 28.

¹⁴⁶ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*, WT/DS269/AB/R et WT/DS286/AB/R, adopté le 27 septembre 2005, et Corr.1, p. 113, par. 259.

1. JURISPRUDENCE DES COURS
ET TRIBUNAUX INTERNATIONAUX

61. La Cour internationale de Justice a admis la possibilité d'exprimer un accord à l'égard de l'interprétation par le biais du silence ou d'une omission en affirmant, dans l'*Affaire du temple de Préah Vihear*, que quand «il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction», alors que les autorités de l'État étaient face à un certain comportement ultérieur de l'autre partie, il y a lieu de «conclure à leur acquiescement»¹⁴⁷.

62. L'affaire du *Temple* concernait une pratique qui ne concernait peut-être pas la simple interprétation d'un traité, mais impliquait peut-être même une modification d'un traité de frontières. Néanmoins, indépendamment de la question de savoir si un traité peut être modifié par une pratique ultérieure des parties (voir chap. VI ci-dessous), la proposition générale de la Cour internationale de Justice concernant le rôle du silence aux fins de l'établissement d'un accord à l'égard de l'interprétation d'un traité par une pratique ultérieure a été confirmée dans d'autres décisions¹⁴⁸, ainsi que de manière générale par la doctrine¹⁴⁹. Les «circonstances» qui «appellent une réaction» visent notamment le contexte particulier dans lequel les États parties interagissent au sujet du traité¹⁵⁰.

63. La pertinence éventuelle du silence pour l'établissement d'un accord à l'égard de l'interprétation a été exposée par la Cour d'arbitrage dans l'affaire du *Canal de Beagle*¹⁵¹. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur l'argument de l'Argentine selon lequel les actes de souveraineté du Chili sur certaines îles ne pouvaient

constituer une conduite ultérieure pertinente puisque l'Argentine n'avait pas réagi à ces actes. La Cour a cependant conclu ceci :

Les termes de la Convention de Vienne ne spécifient nullement la manière dont l'accord doit se manifester. En l'espèce, les actes de souveraineté ne visaient pas à établir une source de droit indépendante des termes du traité; ils ne sauraient non plus être considérés comme contredisant ces termes tels qu'ils étaient compris par le Chili. Les éléments produits tendent à prouver qu'ils avaient un caractère public et étaient bien connus de l'Argentine, et qu'ils ne pouvaient que procéder du traité. Dans ces circonstances, il peut être déduit du silence de l'Argentine que les actes tendaient à confirmer une interprétation du sens du traité indépendante des actes de souveraineté eux-mêmes¹⁵².

64. L'importance que revêt le silence dépend aussi de la situation juridique à laquelle se rapporte la pratique ultérieure de l'autre partie et de la revendication ainsi exprimée. Ainsi, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a conclu ceci :

Certaines de ces activités – organisation de services publics de santé et d'enseignement, maintien de l'ordre, administration de la justice – pourraient normalement être considérées comme des actes accomplis à titre de souverain. La Cour constate cependant que, puisque le Cameroun détenait un titre préexistant sur cette région du lac, le critère juridique applicable est l'existence ou non d'un acquiescement manifeste du Cameroun au transfert de son titre au Nigéria¹⁵³.

65. Cet arrêt semble indiquer que, dans le cas de traités établissant une frontière délimitée, les circonstances n'appellent que très exceptionnellement une réaction. Dans de telles situations, il existe une forte présomption que le silence ne constitue pas l'acceptation d'une pratique¹⁵⁴. La question a effectivement été posée de savoir si la conclusion de la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire du*

¹⁴⁷ *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* [voir *supra* la note 91], p. 23.

¹⁴⁸ Voir aussi *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)* [note 27 *supra*], p. 815, par. 30; *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, p. 410, par. 39; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1, Chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998, *Recueils judiciaires* 1998, p. 590, par. 179; *Rantsev c. Chypre et Russie* (note 85 *supra*), par. 285; prudemment: OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (note 146 *supra*), p. 118 et 119, par. 272; voir aussi, pour une conclusion limitée, Tribunal des différends irano-américains, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, sentence n° 30-16-3, 18 mars 1983, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1984), p. 141, à la page 144; *The Kingdom of Belgium, the French Republic, the Swiss Confederation, the United Kingdom and the United States of America v. the Federal Republic of Germany*, Tribunal d'arbitrage des dettes extérieures allemandes, 16 mai 1980, ILR, vol. 59 (1980), p. 540 et 541, par. 31.

¹⁴⁹ Kamto, «La volonté de l'État en droit international», p. 134 à 141; Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», p. 49; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 236; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 431, par. 22; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», p. 557 à 559, par. 83 et 86.

¹⁵⁰ Par exemple, lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une organisation internationale, voir *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt du 5 décembre 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 644, aux pages 675 et 676, par. 99 à 101; Kamto, «La volonté de l'État en droit international», p. 136.

¹⁵¹ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle* (voir *supra* la note 106).

¹⁵² *Ibid.*, p. 187, par. 169 a.

¹⁵³ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria [Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)]* (voir *supra* la note 92), p. 352 et 353, par. 67.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 351, par. 64: «La Cour note toutefois que, dès lors qu'elle a conclu que la frontière dans le lac Tchad se trouvait délimitée [...], les éventuelles effectivités nigérianes doivent bien être considérées, du point de vue de leurs conséquences juridiques, comme des actes *contra legem*»; *Différend frontalier*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 554, aux pages 586 et 587, par. 63: «Elle doit cependant indiquer dès à présent, en termes généraux, la relation juridique qui existe entre les "effectivités" et les titres servant de base à la mise en œuvre du principe de l'*uti possidetis*. À cet effet plusieurs éventualités doivent être distinguées [...] Dans le cas où le fait ne correspond pas au droit, où le territoire objet du différend est administré effectivement par un État autre que celui qui possède le titre juridique, il y a lieu de préférer le titulaire du titre. Dans l'éventualité où l'"effectivité" ne coexiste avec aucun titre juridique, elle doit inévitablement être prise en considération. Il est enfin des cas où le titre juridique n'est pas de nature à faire apparaître de façon précise l'étendue territoriale sur laquelle il porte. Les "effectivités" peuvent alors jouer un rôle essentiel pour indiquer comment le titre est interprété dans la pratique»; *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. 20 (numéro de vente: E/F.93.V3), p. 119, à la page 181, par. 70 a (opinion dissidente de M. Mohammed Bedjaoui): «[J]e ne partage pas pour autant l'opinion individuelle du juge Ago qui, en l'affaire *Plateau continental Tunisie-Libye*, 1982, avait estimé que la réglementation adoptée le 16 avril 1919 par le Gouvernement italien de la Tripolitaine et de la Cyrénaïque *délimitait* la frontière maritime entre la Tunisie et la Libye, du seul fait que la voix de la Tunisie ne s'était pas élevée pour s'y opposer. Lorsqu'il s'agit d'une frontière, qu'elle soit maritime ou terrestre d'ailleurs, officiellement reconnue comme telle, on doit nécessairement être plus exigeant en raison de l'importance politique de l'opération. En tout cas, l'établissement d'une frontière doit résulter d'un accord et ne pas se fonder fragilement sur l'absence d'opposition de la part de l'une des parties.»

temple de Préah Vihear, selon laquelle les circonstances précises de l'affaire étaient de nature à appeler une réaction de la part de la Thaïlande, était justifiée¹⁵⁵. Cet aspect ne remet cependant pas en cause la norme générale énoncée par la Cour quant à la portée du silence.

2. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

66. Si la juste application de la norme juridique générale relative à la pertinence du silence pour l'établissement d'un accord au sujet de l'interprétation dépend en grande partie des circonstances de chaque espèce, il est possible de déduire certains critères généraux des décisions des cours et tribunaux internationaux. Il ressort de celles-ci qu'il n'est pas facile d'établir par un silence ou une omission une acceptation dénotant la communauté de vues nécessaire, même au-delà du domaine des traités de frontière.

67. La pratique ultérieure d'une partie dont l'autre partie n'a pas connaissance ne peut être la base d'une position commune résultant du silence de cette autre partie (voir sect. C *supra*). La question est cependant de savoir dans quelles circonstances on peut attendre d'un autre État qu'il prenne acte d'un comportement et y réagisse, lorsque ce comportement ne lui a pas été communiqué mais lui est néanmoins accessible, en étant notamment dans le domaine public. Ainsi, les délibérations et documents des parlements nationaux sont généralement publiés mais ne sont pas, le plus souvent, communiqués aux autres parties au traité. Les cours et tribunaux internationaux ont été peu enclins à considérer des travaux parlementaires ou des décisions juridictionnelles comme constitutifs d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, à laquelle les autres parties au traité devraient en principe réagir, même si ces travaux ou documents ont été portés à leur attention par d'autres voies, y compris leurs propres services diplomatiques¹⁵⁶.

68. Même lorsqu'une partie, par son comportement, exprime une certaine position envers une autre partie (ou d'autres parties) à l'égard de l'interprétation d'un traité, ce fait n'appelle pas nécessairement une réaction de l'autre ou des autres parties. Dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu, la Cour internationale de Justice a considéré que l'absence de réaction d'un État aux conclusions

d'une commission mixte d'experts qui avait été chargée par les parties de déterminer une situation factuelle particulière au sujet d'une question litigieuse n'autorisait pas à conclure qu'un accord était intervenu à propos du différend¹⁵⁷. Cela s'expliquait par le fait qu'en l'espèce les parties avaient considéré les travaux des experts comme une simple étape préparatoire en vue d'une décision à prendre ultérieurement au niveau politique. Sur un plan plus général, l'Organe d'appel de l'OMC a estimé que

dans des situations spécifiques, l'«absence de réaction» ou le silence d'une partie particulière à un traité [pouvait], compte tenu des circonstances entourant l'affaire, être compris comme une acceptation de la pratique suivie par d'autres parties. De telles situations peuvent se présenter lorsqu'une partie qui n'a pas suivi une pratique a eu connaissance ou a été informée de la pratique suivie par d'autres parties (par exemple, au moyen d'une notification ou à l'occasion de sa participation à une réunion où cette pratique a été examinée), mais ne réagit pas¹⁵⁸.

69. Cette norme, mettant l'accent sur «une notification ou [...] [la] participation à une réunion» est utile en tant que principe directeur général. Néanmoins, les conditions auxquelles est subordonnée la pertinence du silence peuvent être différentes selon les traités¹⁵⁹. La Cour européenne des droits de l'homme, en particulier, s'appuie fréquemment sur la pratique ultérieure lorsqu'elle constate un «consensus», une «vaste majorité», la «grande majorité», des «règles généralement reconnues» ou une «nette tendance»¹⁶⁰ sans chercher à soumettre cette pratique à la condition d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b. Cela explique peut-être pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme – au contraire de la Cour internationale de Justice – n'a pratiquement jamais examiné ouvertement le rôle du silence, ou de l'acquiescement, de certains États parties pour déterminer la portée d'une pratique déterminée à l'égard de l'interprétation.

70. La portée juridique éventuelle du silence face à la pratique ultérieure d'une partie à un traité ne se limite pas à sa contribution à l'établissement d'une possible position commune sous-jacente; le silence peut aussi jouer un rôle pour l'application de règles non fondées sur le consentement, comme la forclusion ou la prescription¹⁶¹.

F. La pratique ultérieure indiquant un accord sur la non-application temporaire d'un traité ou un simple arrangement pratique

71. Une pratique ultérieure commune n'indique pas nécessairement un accord entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité; elle peut aussi signifier leur

¹⁵⁵ Voir *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* [note 91 *supra*], opinion dissidente de Sir Percy Spender, p. 128: «Pour fixer les conclusions que l'on peut ou que l'on devrait tirer du silence de la Thaïlande et de l'absence de protestation de sa part, il faut, je crois, tenir compte de l'époque où se sont passés les événements qui nous occupent, de la région du monde à laquelle ils se rapportent, des conditions générales politiques existant alors en Asie, des activités politiques et autres des pays occidentaux en Asie à l'époque et du fait que, sur les deux États en cause, l'un était asiatique, l'autre européen. Je crois qu'il serait injuste d'appliquer à la conduite du Siam à cette époque des normes objectives comparables à celles qu'on pourrait raisonnablement appliquer aujourd'hui, ou qu'on aurait pu raisonnablement appliquer alors, à des États européens hautement développés»; voir aussi Chan, «Acquiescence/estoppel in international boundaries: Temple of Preah Vihear revisited», p. 439; Kelly, «The Temple Case in historical perspective», p. 471.

¹⁵⁶ *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, C.L.J. Recueil 2002, p. 625, p. 650, par. 48; OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (voir *supra* la note 146), p. 145, par. 334 («le simple accès à un arrêt publié ne peut être assimilé à l'acceptation»).

¹⁵⁷ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* [voir *supra* la note 26], p. 1089 à 1091, par. 65 à 68.

¹⁵⁸ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (voir *supra* la note 146), p. 118 et 119, par. 272.

¹⁵⁹ Les traités établissant des organisations internationales seront traités plus précisément à un stade ultérieur des travaux sur le sujet.

¹⁶⁰ *Rantsev c. Chypre et Russie* (voir *supra* la note 85), par. 285; *Jorgic c. Allemagne* (voir *supra* la note 32), par. 69; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC] (voir *supra* la note 31), par. 52; *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, par. 35, série A n° 264; *A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, par. 83, CEDH 2002-X; *Mazurek c. France* (voir *supra* la note 32), par. 52.

¹⁶¹ *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)* [voir *supra* la note 19], p. 190 à 192 (opinion individuelle de Sir Percy Spender).

accord sur la non-application temporaire du traité, ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*). C'est ce que confirment les exemples qui suivent. L'article 7 de la Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne disposait qu'«[u]n drapeau distinctif et uniforme sera adopté pour les hôpitaux, les ambulances et les évacuations. [...] Le drapeau et le brassard porteront croix rouge sur fond blanc». Lors du conflit russo-turc de 1876-1878, l'Empire ottoman a déclaré que tout en respectant le signe de la croix rouge qui protégeait les ambulances de l'armée ennemie, il adopterait à l'avenir le signe du croissant rouge sur fond blanc pour la protection de ses propres ambulances, en affirmant que «dans l'exercice des droits découlant de la Convention, la Turquie avait été, jusqu'à présent, paralysée par la nature même du signe distinctif de la Convention qui blessait les susceptibilités du soldat musulman¹⁶²». Cette déclaration a donné lieu à un échange de correspondance entre l'Empire ottoman, la Suisse, agissant en sa qualité d'État dépositaire de la Convention, et les autres États parties à celle-ci. En définitive, le signe du croissant rouge ne fut accepté que pour la durée de la guerre en cours¹⁶³. Lors des Conférences de la Paix de La Haye de 1899 et de 1907 et lors de la Conférence de révision de Genève de 1906, l'Empire ottoman, la Perse et le Siam ont demandé en vain l'inclusion du croissant rouge, du lion-et-soleil rouge et de la flamme rouge dans la Convention¹⁶⁴. L'Empire ottoman et la Perse ont cependant au moins obtenu l'acceptation des réserves qu'ils avaient formulées à cet effet en 1906¹⁶⁵. Ce fut seulement à l'occasion de la révision de la Convention de Genève en 1929, lorsque les délégués de la Turquie, de la Perse et de l'Égypte firent valoir que l'utilisation d'autres emblèmes était devenue un fait accompli et que cette pratique n'avait rencontré aucune objection¹⁶⁶, que le croissant rouge et le lion-et-soleil rouge furent finalement admis comme signes distinctifs par l'article 19, paragraphe 2, de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne. Cette reconnaissance, d'abord par l'acceptation des réserves de l'Empire ottoman et de la Perse en 1906, puis par l'article 19, paragraphe 2, de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne, ne signifiait toutefois pas que les parties avaient accepté une modification de la Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne avant 1906 par une pratique ultérieure n'ayant rencontré aucune objection. La pratique suivie par l'Empire ottoman et la Perse a plutôt été considérée, jusqu'en 1906, comme ne relevant pas de la Convention de 1864, mais a été acceptée à titre de mesure provisoire et exceptionnelle qui ne modifiait en rien l'obligation conventionnelle générale.

¹⁶² *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, n° 29, janvier 1877, p. 35 à 37, cité dans Bugnion, *Croix rouge, croissant rouge, cristal rouge*, p. 10.

¹⁶³ *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, n° 31, juillet 1877, p. 89, cité dans Bugnion, *Croix rouge, croissant rouge, cristal rouge*, p. 10, note 17.

¹⁶⁴ Bugnion, *Croix rouge, croissant rouge, cristal rouge*, p. 11.

¹⁶⁵ Réserves également formulées par l'Égypte lors de son adhésion en 1923 (voir *ibid.*, p. 12).

¹⁶⁶ Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1929, p. 248 et 249, cités dans Bugnion, *Vers une solution globale de la question de l'emblème*, p. 13, note 21.

72. Les parties peuvent aussi convenir ultérieurement, expressément ou par leur comportement, de laisser en suspens la question de l'interprétation exacte d'un traité et d'établir un arrangement pratique (*modus vivendi*) susceptible d'être remis en question par des organismes juridictionnels ou quasi juridictionnels ou d'être contesté par d'autres États parties¹⁶⁷. Un exemple d'un tel arrangement pratique est le Mémorandum d'accord conclu le 6 juillet 2011 entre le Department of Transportation des États-Unis d'Amérique et le Secretaría de Comunicaciones y Transportes des États-Unis du Mexique sur les services de transport international transfrontalier de fret routier¹⁶⁸. Le Mémorandum d'accord ne vise pas le pays tiers de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), le Canada, et précise qu'il est «sans préjudice des droits et obligations des États-Unis et du Mexique en vertu de l'ALENA¹⁶⁹». Ces circonstances donnent à penser que le Mémorandum d'accord ne vise pas à constituer un accord au sujet de l'interprétation de l'ALENA au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* ou *b*, mais qu'il reste seulement un arrangement pratique susceptible d'être contesté par d'autres parties ou d'être remis en question par un organisme juridictionnel ou quasi juridictionnel.

G. Modification ou extinction d'un accord au sujet de l'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* ou *b*

73. Une fois établi, un accord entre les parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* ou *b*, peut éventuellement prendre fin. Il se peut que les parties lui substituent un autre accord d'une portée ou d'une teneur différente quant à l'interprétation du traité. Dans ce cas, le nouvel accord remplace le précédent comme moyen d'interprétation authentique dès la date de son existence, au moins avec effet pour l'avenir¹⁷⁰.

74. Il se peut aussi qu'un désaccord entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité surgisse après un accord ultérieur à l'égard de cette interprétation. Cette divergence ne remplacera cependant pas, normalement, l'accord ultérieur initial, puisque le principe de bonne foi interdit à une partie de renier simplement les attentes légitimes créées par une interprétation commune¹⁷¹. Néanmoins, un désaveu clairement exprimé par une partie d'une pratique ultérieure précédemment convenue «[tend] nettement à réduire la valeur de la pratique ultérieure des Parties», sans toutefois amoindrir la valeur de la pratique commune

¹⁶⁷ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [voir *supra* la note 26], p. 234 et 235, par. 40; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, aux pages 65 et 66, par. 138 à 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», p. 32.

¹⁶⁸ Crook, «Contemporary practice of the United States», p. 809 à 812; voir aussi Mexique, *Diario Oficial de la Federación* (7 juillet 2011), «Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América».

¹⁶⁹ Art. 2, par. 1; voir également Crook, «Contemporary practice of the United States», p. 811.

¹⁷⁰ Hafner, «Subsequent agreements and practice», p. 118; cela signifie que l'effet interprétatif d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, ne remonte pas nécessairement au jour de l'entrée en vigueur du traité comme le soutient Yasseen («L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», p. 47).

¹⁷¹ Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 151.

suivie antérieurement¹⁷². L'accord effectif des parties au moment de l'interprétation du traité revêt naturellement la plus haute valeur au sens de l'article 31, paragraphe 3¹⁷³.

75. Les considérations qui précèdent conduisent à proposer la conclusion suivante :

« *Projet de conclusion 9. Accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité*

« 1. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, ne doit pas nécessairement revêtir une forme particulière ni avoir un caractère contraignant en tant que tel.

¹⁷² *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [voir *supra* la note 4], p. 56, par. 142.

¹⁷³ Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 152 et 153.

« 2. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, suppose une communauté de vues connue des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité. En vue d'établir un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut, lorsque les circonstances appellent une réaction, constituer une acceptation de la pratique ultérieure.

« 3. Tout accord ultérieur ou toute pratique ultérieure commune n'indique pas nécessairement un accord entre les parties à l'égard de l'interprétation d'un traité, mais peut signifier au contraire leur accord pour ne pas appliquer temporairement le traité ou pour établir un arrangement pratique (*modus vivendi*). »

CHAPITRE V

Décisions adoptées dans le cadre de conférences des États parties

76. Les États utilisent les conférences des États parties¹⁷⁴ dans le cadre du processus continu d'examen et d'application des traités multilatéraux¹⁷⁵.

A. Forme des conférences des États parties

77. La nature juridique des conférences des parties est quelque peu controversée. Pour certains, une conférence des États parties « n'est en substance rien d'autre qu'une conférence diplomatique des États¹⁷⁶ ». D'autres auteurs y voient des dispositifs autonomes et institutionnels¹⁷⁷. Quoi qu'il en soit, on peut dire que les conférences des parties accusent différents niveaux d'institutionnalisation. À un bout du spectre, on trouve les conférences qui sont un organe d'une organisation internationale [par exemple, celles de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC), de l'OMC et de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI)] et dans lesquelles les États parties agissent en leur qualité de membre dudit organe¹⁷⁸. De telles conférences ne relèvent pas du champ du présent rapport, qui ne traite pas de la pratique

ultérieure des organisations internationales¹⁷⁹. À l'autre extrémité, on trouve les conférences des parties dont le traité correspondant prévoit des réunions plus ou moins périodiques des États parties aux fins de son examen. Ces conférences d'examen sont le cadre dans lequel s'inscrit la coopération des États parties ainsi que leur conduite ultérieure en ce qui concerne le traité. Elles peuvent également avoir des fonctions spécifiques s'agissant de la modification ou de l'adaptation des traités. Par exemple, le processus des conférences d'examen 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 (Convention sur les armes biologiques)¹⁸⁰, la Conférence d'examen prévue au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires¹⁸¹, ainsi que les conférences des parties établies par les traités internationaux en matière d'environnement¹⁸². Bien que celles-ci supposent généralement un niveau plus élevé d'institutionnalisation que les conférences d'examen périodiques prévues par la Convention sur les armes biologiques et par le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, elles ne sont ni des organisations internationales ni un organe de pareilles organisations.

¹⁷⁴ Elles sont aussi désignées par les termes suivants : « réunions des parties » ou « assemblées des États parties ».

¹⁷⁵ Voir Röben, « Conference (meeting) of States Parties », p. 605 ; Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law », p. 623 ; Brunnée, « COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements », p. 1 ; Wiersema, « The new international law-makers? Conference of the parties to multilateral environmental agreements », p. 231 ; Boisson de Chazournes, « Environmental treaties in time », p. 293.

¹⁷⁶ Boyle, « Saving the world? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions », p. 235.

¹⁷⁷ Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement », p. 623 ; Sands et Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, p. 115. L'expression « disposition institutionnelle » est employée dans la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (part. VIII : Dispositions institutionnelles et ressources financières).

¹⁷⁸ 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 ; Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce ; Convention relative à l'aviation civile internationale.

¹⁷⁹ Les organisations internationales feront l'objet d'un autre rapport.

¹⁸⁰ Selon l'article XII de ce mécanisme, les États parties se réunissent pour « examiner le fonctionnement de la Convention, en vue de s'assurer que les objectifs énoncés dans le préambule et les dispositions de la Convention [...] sont en voie de réalisation. À l'occasion de cet examen, il est tenu compte de toutes les nouvelles réalisations scientifiques et techniques qui ont un rapport avec la Convention ».

¹⁸¹ Le paragraphe 3 de l'article VIII dispose qu'une conférence des parties aura lieu cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité et, si elle en décide ainsi, à des intervalles de cinq ans par la suite, « afin d'examiner le fonctionnement du présent Traité en vue de s'assurer que les objectifs du Préambule et les dispositions du Traité sont en voie de réalisation ». En procédant de la sorte, les États parties examinent le fonctionnement du Traité, article par article, et formulent des conclusions et des recommandations sur les mesures à prendre.

¹⁸² On citera, au nombre des exemples, la Conférence des parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto, et Conférence des parties à la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau.

78. Il n'est pas nécessaire, aux fins du présent rapport, de résoudre les questions doctrinales qui se posent concernant le classement des conférences des parties. Dans les paragraphes qui suivent, « conférence des parties » s'entend d'une réunion des États parties tenue en application d'un traité aux fins de l'examen ou de la mise en œuvre du traité. Ce terme n'englobe pas les réunions dans le cadre desquelles les États parties agissent en tant que membre d'un organe de l'organisation internationale. On se référera toutefois à l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu récemment dans l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*¹⁸³, qui concerne un cas limite, celui de la Commission baleinière internationale créée par la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine¹⁸⁴.

B. Types d'actes adoptés par les États parties dans le cadre d'une conférence des parties

79. Les conférences des parties exécutent toute une série d'actes, dont la nature juridique et les incidences dépendent, en premier lieu, du traité concerné. Aux fins du présent rapport, la distinction la plus importante concerne les mesures qu'une conférence des parties peut adopter « pour vérifier l'application du traité » et les procédures de modification¹⁸⁵.

80. Les fonctions d'examen des conférences des parties peuvent être énoncées dans les dispositions générales ou dans des dispositions particulières. L'article 7, paragraphe 2, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques constitue une disposition type d'examen :

En tant qu'organe suprême de la présente Convention, la Conférence des Parties fait régulièrement le point de l'application de la Convention et de tous autres instruments juridiques connexes qu'elle pourrait adopter et prend, dans les limites de son mandat, les décisions nécessaires pour favoriser l'application effective de la Convention.

81. La disposition sur les fonctions d'examen étant formulée de manière si générale, le processus d'examen de la Convention sur les armes biologiques a, par exemple, été amené à adopter « des accords additionnels » concernant l'interprétation des dispositions de la Convention¹⁸⁶. Ces accords ont été adoptés par les États parties dans le cadre

¹⁸³ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenant)]* (voir *supra* la note 5) p. 226.

¹⁸⁴ On entend souvent dire que la Convention porte création d'une organisation internationale, mais elle ne le fait pas expressément et la Commission baleinière internationale possède des fonctions qui la font relever de la définition de conférence des parties retenue ici.

¹⁸⁵ Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau : art. 6, par. 1, sur les fonctions d'examen, et art. 10 *bis*, sur les amendements ; Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques : art. 7, par. 2, sur les fonctions d'examen, et art. 15, sur les amendements ; Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques : art. 13, par. 4, sur les fonctions d'examen de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto, art. 20, sur les procédures d'amendement ; Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction : art. XI, sur la Conférence d'examen des parties, et art. XVII, sur les procédures d'amendement ; le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires ; Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac : art. 23, par. 5, sur les fonctions d'examen, art. 28, sur les amendements, et art. 33, sur les protocoles.

¹⁸⁶ Voir Millett, « The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century », p. 42.

des conférences d'examen, par consensus, et « ont porté sur tous les articles du traité afin de répondre à certaines questions particulières, dès qu'elles se posaient¹⁸⁷ ». Selon l'Unité d'appui à l'application de la Convention¹⁸⁸, un « accord additionnel » :

a) interprète, définit ou développe le sens ou la portée d'une disposition de la Convention ; ou

b) donne des instructions, établit les lignes directrices ou fait des recommandations quant à la manière de mettre en œuvre une disposition¹⁸⁹.

82. Les pouvoirs spéciaux afférents à l'examen de certaines dispositions sont évoqués à différents endroits dans les traités, qui tantôt mentionnent l'opportunité de mettre au point des « lignes directrices » qui devront être proposées par une conférence des parties¹⁹⁰ et tantôt précisent que la conférence des parties définira les « modalités [et] règles¹⁹¹ ».

83. Il existe deux types de procédure d'amendement. Les procédures formelles (qui requièrent généralement une ratification de l'État partie, selon ce que prévoit la constitution) et les procédures d'approbation tacite¹⁹² ou de non-objection¹⁹³. Les procédures formelles concernent généralement le texte même des traités, tandis que les procédures d'acceptation tacite portent le plus souvent sur des annexes et appendices contenant des noms de substances, d'espèces et d'autres éléments dont la liste doit être régulièrement mise à jour. Selon la procédure d'approbation tacite – parfois appelée « procédure de consentement tacite¹⁹⁴ » –, les amendements entrent en vigueur pour toutes les parties s'ils sont adoptés à la majorité qualifiée (en général, la majorité des deux tiers), à moins qu'une partie ou plusieurs ne s'y opposent dans le délai

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹⁸⁸ L'Unité d'appui à l'application a été créée par la Conférence des parties, en vue d'assurer un appui administratif à la Conférence et de renforcer les mesures de confiance entre les États parties [voir le document final de la sixième Conférence des États parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (BWC/CONF.VI/6), p. 19 et 20].

¹⁸⁹ Document d'information soumis par l'Unité d'appui à l'application de la Convention à la septième Conférence des États parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, intitulé « Ententes et accords additionnels intervenus aux précédentes conférences d'examen de la Convention, relatifs à chaque article de la Convention » (BWC/CONF.VII/INF.5) [mise à jour avec l'inclusion des ententes et accords conclus à cette conférence, Genève 2012], sect. I, par. 1.

¹⁹⁰ C'est particulièrement clair dans le cas des articles 7 et 9 de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé pour la lutte antitabac.

¹⁹¹ L'article 17 du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques concernant les échanges de droits d'émission fournit un exemple instructif. L'utilisation du mot « règles » dans ses dispositions a suscité un débat quant au caractère juridique des activités de cette conférence (faisant office de réunion des parties au Protocole de Kyoto), ainsi qu'à leurs effets contraignants ou non. Voir Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement », p. 639 ; Brunnée, « Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements », p. 110 à 115.

¹⁹² Voir site de l'Organisation maritime internationale, à l'adresse suivante : www.imo.org/fr/about/conventions/pages/home.aspx.

¹⁹³ Voir Brunnée, « Treaty amendments », p. 354 à 360.

¹⁹⁴ *Ibid.*

prescrit. Lorsqu'une objection expresse est soulevée dans le délai prescrit, l'amendement n'est pas en vigueur à l'égard de la partie ou des parties formulant l'objection (formule de l'exclusion expresse).

C. Accords et pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, pouvant découler de conférences des États parties

84. Les conférences d'examen ont généralement pour objectif de vérifier le fonctionnement du traité de manière à assurer la réalisation de ses objectifs. De ce fait, les décisions ou déclarations adoptées dans leur cadre jouent un rôle important s'agissant d'adapter le traité à l'évolution de la situation ou de l'interpréter d'une manière que les parties considèrent comme correcte à ce moment-là. De telles décisions et déclarations peuvent aussi constituer ou refléter des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, par lesquels le traité en question est interprété. En conséquence, la subdivision des affaires juridiques de l'OMI, à la demande des organes directeurs, a indiqué concernant les décisions sur une résolution interprétative :

Aux termes de l'article 31, paragraphe 3 a de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (la Convention de Vienne), il sera tenu compte, aux fins de l'interprétation d'un traité, des accords ultérieurs qui seraient intervenus entre les parties. L'article ne précise pas la forme des accords ultérieurs contenant de telles interprétations. Cela semble indiquer que, dès lors que l'intention est claire, l'interprétation peut revêtir diverses formes, y compris celle d'une résolution adoptée par une conférence des parties, voire celle d'une décision consignée dans le procès-verbal de la réunion des parties¹⁹⁵.

85. Certains auteurs, qui considèrent que de telles décisions peuvent aussi constituer des accords ultérieurs concernant l'application et l'interprétation des dispositions du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires¹⁹⁶, font observer que

[d]e telles déclarations ne sont pas contraignantes en soi mais peuvent avoir une signification juridique, notamment en tant que source d'interprétation faisant autorité¹⁹⁷.

Dans le même ordre d'idées, la Cour internationale de Justice a conclu ceci, en ce qui concerne la Convention pour la réglementation de la chasse à la baleine :

L'article VI de la convention énonce que « [l]a Commission pourra formuler de temps à autre, à l'intention de l'un quelconque ou de tous les gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la présente convention ». Ces recommandations, adoptées sous forme de résolutions, n'ont pas force obligatoire. Cependant, lorsqu'elles sont adoptées par consensus ou à l'unanimité, elles peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé¹⁹⁸.

86. Les exemples suivants viennent étayer la proposition selon laquelle les décisions des conférences des parties peuvent constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a.

¹⁹⁵ *Agenda item 4 (Ocean fertilization)*, submitted by the Secretariat on procedural requirements in relation to a decision on an interpretive resolution: views of the IMO Sub-Division of Legal Affairs (document LC 33/J/6, par. 3).

¹⁹⁶ Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, p. 213 et 214.

¹⁹⁷ Carnahan, « Treaty review conferences », p. 229.

¹⁹⁸ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenant)]* (voir *supra* la note 5), p. 248, par. 46.

1. CONVENTION-CADRE DE L'OMS POUR LA LUTTE ANTITABAC

87. La principale fonction de la Conférence des parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac est d'examiner et de promouvoir l'application effective de la Convention¹⁹⁹. Le traité laisse aux États parties la latitude nécessaire pour adopter ultérieurement des lignes directrices elucidant la signification de telles ou telles règles. Cela implique nécessairement une interprétation du traité. Dans la mesure où les interprétations contenues dans les lignes directrices de la Conférence des parties sont des « propositions », elles ne sont pas, en tant que telles, juridiquement contraignantes. Elles peuvent toutefois former la base d'une interprétation convenue. De ce fait, le Conseiller juridique de l'OMS a reconnu (quoique dans une formulation par trop extensive) que

[l]es décisions de la Conférence des parties, organe suprême composé de toutes les Parties à la Convention-cadre, représentent incontestablement un accord ultérieur entre les Parties concernant l'interprétation du traité, au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne²⁰⁰.

88. Une ligne directrice sur l'article 14 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, par exemple, montre que la Conférence des parties a ultérieurement précisé la signification et la portée d'une règle et interprété le sens de ces termes. L'article 14, paragraphe 1, dispose que

[c]haque partie élabore et diffuse des directives appropriées, globales et intégrées fondées sur des données scientifiques et sur les meilleures pratiques, en tenant compte du contexte et des priorités nationales et prend les mesures efficaces pour promouvoir le sevrage tabagique et le traitement adéquat de la dépendance à l'égard du tabac.

89. La directive sur l'application de l'article 14, adoptée par la quatrième Conférence des États parties (2010), précise, notamment, ce qu'il faut « entendre » par dépendance à l'égard du tabac ou addiction tabagique, comme suit :

[E]nsemble de phénomènes comportementaux, psychiques et physiologiques survenant à la suite d'une consommation répétée de tabac et typiquement associés à un fort désir de consommer le produit, à des difficultés à en limiter l'usage, à une poursuite de la consommation de tabac malgré ses conséquences nocives, à un désinvestissement progressif des autres activités et obligations au profit de la consommation de tabac, à une tolérance accrue, et, parfois, à un syndrome de sevrage physique²⁰¹.

¹⁹⁹ Art. 5, par. 4 ; art. 7 et 8 ; et art. 23, par. 5.

²⁰⁰ Voir Conférence des parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Organe intergouvernemental de négociation d'un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac, « Texte révisé d'un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac par le Président et débat général : avis juridique sur le champ d'application du protocole », note du Conseiller juridique de l'OMS sur le champ d'application du protocole sur le commerce illicite des produits du tabac (OMS, document FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, annexe, par. 8). Cela a également été reconnu par la doctrine, voir Halabi, « The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties », p. 14 à 16.

²⁰¹ « Directives pour l'application de l'article 14 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac », dans *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Directives pour l'application de l'article 5.3, de l'article 8, des articles 9, 10, de l'article 11, de l'article 12, de l'article 13, de l'article 14* (Genève, OMS, 2013), p. 126.

90. Cette définition est tirée de la Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes²⁰² et montre que les États parties à la Convention-cadre pour la lutte antitabac se sont entendus sur une définition adoptée par l'organisation mondiale responsable des questions de santé aux fins de l'interprétation de l'article 14.

2. 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

91. La Conférence d'examen de la Convention sur les armes biologiques conclut régulièrement, dans le cadre de ses fonctions générales d'examen, des « ententes et accords additionnels » concernant les dispositions de la Convention. Par de telles ententes, les États parties interprètent les dispositions de la Convention en définissant, précisant ou développant d'une autre façon la signification et la portée des dispositions, ainsi qu'en adoptant des directives sur leur application. Par conséquent les « ententes et accords additionnels » peuvent constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a. L'exemple suivant est parlant : l'article premier, paragraphe 1, de la Convention sur les armes biologiques dispose que chaque État partie s'engage à ne jamais, et en aucune circonstance, mettre au point, fabriquer, stocker ni acquérir d'une manière ou d'une autre ni conserver

[d]es agents microbiologiques ou autres agents biologiques, ainsi que des toxines, quels qu'en soient l'origine ou le mode de production, de types ou en quantités qui ne sont pas destinés à des fins prophylactiques, de protection ou à d'autres fins pacifiques.

À la troisième Conférence d'examen, en 1991, les États parties ont précisé que les interdictions établies dans la présente disposition portaient sur des « agents microbiens ou d'autres agents biologiques ou de toxines nocifs pour les plantes et les animaux, ainsi que pour les humains²⁰³ ».

3. PROTOCOLE DE MONTRÉAL RELATIF À DES SUBSTANCES QUI APPAUVRISSENT LA COUCHE D'OZONE

92. L'amendement de Beijing au titre de l'article 4 du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone a donné lieu à un débat au sujet de son interprétation. La Conférence des parties a reconnu que « la signification de l'expression "État non Partie au présent Protocole" peut faire l'objet de différentes interprétations en ce qui concerne les hydrochlorofluorocarbones par les Parties à l'Amendement de Beijing ». Elle a alors décidé, « dans ce contexte, de la pratique à suivre pour l'application du paragraphe 9 de l'article 4 du Protocole en établissant par consensus une interprétation unique de l'expression "État non Partie au présent Protocole" que les Parties appliqueront à l'amendement de

Beijing aux fins du commerce des hydrochlorofluorocarbones en vertu de l'article 4 du Protocole »²⁰⁴.

4. CONVENTION SUR LA PRÉVENTION DE LA POLLUTION DES MERS RÉSULTANT DE L'IMMERSION DE DÉCHETS

93. Si les actes qui résultent d'une procédure d'approbation tacite (procédure d'amendement) ne sont pas, en tant que tels, des accords ultérieurs des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, ils peuvent, outre leur effet primaire en vertu du traité, impliquer un tel accord ultérieur, dans certaines circonstances. Un exemple concerne certaines décisions de la Conférence des États parties à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets. À sa seizième réunion tenue en 1993, la Réunion consultative des parties contractantes a adopté trois amendements à l'annexe I à la faveur de la procédure d'approbation tacite²⁰⁵. En tant que tels, ces amendements n'étaient pas des accords ultérieurs. Ils supposaient toutefois une large interprétation du traité lui-même²⁰⁶. En fait, l'amendement renvoie et fait suite à une résolution qui a été adoptée par la Réunion consultative tenue trois ans auparavant et qui avait établi l'accord des parties selon lequel « la Convention de Londres sur l'immersion est l'instance appropriée pour examiner la

²⁰⁴ Pour plus de détails, voir la décision XV/3 : Obligations des Parties à l'Amendement de Beijing au titre de l'article 4 du Protocole de Montréal en ce qui concerne les hydrochlorofluorocarbones ; la définition est formulée comme suit :

« 1. [...] »

« a) [l]'expression "État non partie au présent Protocole" figurant au paragraphe 9 de l'article 4 ne s'applique pas aux États visés au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole jusqu'au 1^{er} janvier 2016, lorsque, conformément aux Amendements de Copenhague et de Beijing, les mesures de réglementation relatives à la production et à la consommation d'hydrochlorofluorocarbones prendront effet pour les États visés au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole ;

« b) [l]'expression "État non partie au présent Protocole" s'applique à tous les autres États et organisations régionales d'intégration économique qui n'ont pas accepté d'être liés par les Amendements de Copenhague et de Beijing ;

« c) [r]econnaissant, cependant, les difficultés concrètes imposées par les délais relatifs à l'adoption de l'interprétation précitée de l'expression "État non partie au présent Protocole", le paragraphe 1 b s'appliquera à moins qu'un tel État ait, d'ici au 31 mars 2004 :

« i) [i]nformé le secrétariat qu'il compte ratifier l'Amendement de Beijing, y adhérer ou l'accepter aussitôt que possible ;

« ii) [c]ertifié qu'il se conforme scrupuleusement aux articles 2, 2A à 2G et à l'article 4 du Protocole, tel qu'amendé par l'Amendement de Copenhague ;

« iii) [s]oumis des données sur les alinéas i) et ii) ci-dessus au secrétariat, à actualiser le 31 mars 2005 ;

« auquel cas la définition d'"État non partie au présent Protocole" ne s'applique pas à un tel État jusqu'à l'achèvement de la dix-septième Réunion des parties. »

²⁰⁵ Seizième Réunion consultative des Parties contractantes, résolutions LC.49 (16), LC.50 (16) et résolution LC.51 (16). Elle a d'abord décidé d'amender l'élimination échelonnée de l'immersion de déchets industriels avant le 31 décembre 1995. Deuxièmement, elle a interdit l'incinération en mer de déchets industriels et de boues d'épuration. Enfin, elle a décidé de remplacer le paragraphe 6 de l'annexe I, portant interdiction de l'immersion de déchets radioactifs et d'autres substances radioactives [voir OMI, « Dumping at sea: the evolution of the Convention on the prevention of marine pollution by dumping of wastes and other matter (LC), 1972 »].

²⁰⁶ Certains ont même affirmé que ces amendements à l'annexe I de la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets « constituaient des changements majeurs dans la Convention » (Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements », p. 638).

²⁰² *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes*, 10^e révision, édition 2008, CIM-10, Genève, OMS, 2009.

²⁰³ Déclaration finale de la troisième Conférence des Parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (BWC/CONF.III/23, p. 9, part. II), article premier, paragraphe 2.

question de l'évacuation des déchets faiblement radioactifs²⁰⁷ ». On a considéré que cette résolution «étendait effectivement la définition d'«immersion» au sens de la Convention pour que ce terme recouvre l'immersion ou l'enfouissement de déchets sous les fonds marins, à partir de la mer mais non à partir de la terre au moyen d'un tunnel²⁰⁸ ». Ainsi, l'amendement a confirmé que la résolution interprétative contenait un accord ultérieur concernant l'interprétation du traité.

5. CONCLUSION

94. Ces exemples montrent que les décisions de conférences des parties peuvent, dans certaines circonstances, constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, et, a fortiori, une pratique ultérieure au sens des articles 31, paragraphe 3 *b*, et 32. Cependant, de telles décisions ne constituent pas automatiquement un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, car un tel accord doit toujours être établi. Ce n'est pas le cas lorsque les parties n'entendent pas donner à leur accord une valeur juridique mais seulement politique (voir chap. I *supra*). Une telle intention ressort en particulier de la précision et de la clarté des termes utilisés au regard du texte de la décision de la conférence des parties, de son objet et de son but, et de la manière dont il est appliqué.

95. On ne peut pas se contenter de dire que, parce que le traité ne reconnaît pas à la conférence des parties la compétence de prendre des décisions contraignantes, toutes les décisions prises par les conférences des parties sont nécessairement sans effet juridique et ne constituent que des engagements politiques²⁰⁹. Il est vrai que bon nombre de décisions prises par les conférences des parties ne sont pas censées constituer, en soi, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, soit parce que leur objet n'est pas de faire une déclaration concernant l'interprétation du traité, soit parce qu'elles ne produisent d'effet juridique qu'en conjonction avec le devoir général de coopérer aux fins de l'application du traité qui fait aux parties l'obligation d'accorder l'attention voulue à une telle décision²¹⁰. Une indication si générale ne peut toutefois justifier que la présomption selon laquelle les décisions (consensuelles) des conférences des parties n'impliquent pas nécessairement des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*. Si toutefois les parties ont indiqué avec suffisamment de clarté que la décision de la conférence des parties résulte de leur accord concernant l'interprétation du traité, une telle présomption ne vaut plus. Savoir si c'est ou non le cas dépend des circonstances propres à chaque espèce. Une autre indication peut être trouvée dans le fait que les États parties appliquent de façon uniforme ou sans contestation le traité tel qu'interprété par la décision de la conférence des parties. Une pratique divergente à la suite d'une décision d'une conférence des États parties, d'autre part, peut être le signe que les États ne considèrent pas que ladite décision constituerait un accord ultérieur au sens de l'article 31,

paragraphe 3 *a*²¹¹. Les décisions des conférences des parties qui ne constituent pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peuvent toutefois s'appliquer en tant que moyen subsidiaire d'interprétation comme le prévoit l'article 32²¹².

D. Forme et procédure

96. Les actes qui émanent des conférences d'États parties peuvent prendre différentes formes et différentes désignations, et peuvent aussi résulter de procédures différentes. Pour pouvoir être reconnues en tant qu'accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, les décisions prises par les conférences des parties doivent constituer «l'accord» concernant l'interprétation du traité par un «acte unique commun»²¹³. La question est de savoir si la forme ou la procédure d'un acte issu d'une conférence des parties donne une indication sur l'accord concernant l'interprétation d'un traité.

97. Si la décision de la conférence des parties se fonde sur un vote unanime auquel toutes les parties ont participé, elle peut clairement constituer un «accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, pourvu qu'elle concerne «l'interprétation du traité» et à moins que le traité n'en dispose expressément autrement ou qu'une partie n'indique expressément le contraire. Les décisions des conférences des parties concernant les fonctions d'examen sont toutefois normalement adoptées par consensus. Cette pratique trouve son origine dans les règlements qui font généralement obligation aux États parties de s'employer à parvenir au consensus sur les questions de fond. On en trouvera les premiers exemples dans le Règlement intérieur provisoire pour la Conférence des Parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou au toxines et sur leur destruction (BWC/CONF.I/2). Selon l'article 28, paragraphe 2,

[l]a Conférence d'examen ayant pour objet d'examiner le fonctionnement de la Convention en vue d'assurer la réalisation des objectifs du préambule et des dispositions de la Convention et ainsi de renforcer son efficacité, tous les efforts doivent être faits pour parvenir à un accord sur les questions de fond sous la forme d'un consensus. Ces questions ne doivent pas faire l'objet d'un vote avant que tous les efforts pour parvenir à consensus aient été épuisés.

98. Cette formulation, avec des variations mineures, est devenue le paragraphe type concernant les procédures de prise de décisions des conférences des parties.

1. CONSENSUS ET ACCORD SUR LE FOND

99. La question de savoir si une décision qu'une conférence des parties a adoptée par consensus peut constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*,

²¹¹ Voir chap. IV, sect. G, *supra*.

²¹² *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenante)]* (voir *supra* la note 5), p. 454, par. 4 (opinion individuelle de M^{me} la juge *ad hoc* Charlesworth) : «Je relèverai du reste que les résolutions adoptées au terme d'un vote de la [Commission baleinière internationale] ne sont pas sans incidence, même si elles n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne.»

²¹³ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 31 et 32, paragraphe 10 du commentaire relatif au projet de conclusion 4.

²⁰⁷ OMI, résolution LDC.41 (13), par. 1.

²⁰⁸ Churchill et Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement», p. 641.

²⁰⁹ Voir *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenante)]* (note 5 *supra*), p. 248, par. 46.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 257, par. 83.

a été posée, quoique de manière implicite, par le Groupe de travail intersessions sur la fertilisation des océans à la subdivision des affaires juridiques de l'OMI en 2011, qui a décidé de recommander de « demander à la Division des affaires juridiques et des relations extérieures de l'OMI d'informer les organes directeurs en octobre 2011 des conditions procédurales applicables à toute décision relative à une résolution interprétative et, en particulier, sur la nécessité de parvenir ou non à un consensus²¹⁴ ».

100. Dans sa réponse, la subdivision des affaires juridiques de l'OMI, en confirmant qu'une résolution d'une conférence des parties peut, en principe, constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a²¹⁵, a indiqué aux organes directeurs que, même si la conférence adoptait une décision par consensus, cela ne signifierait pas que la décision serait contraignante pour toutes les parties. Évoquant certaines décisions de tribunaux nationaux qui ne reconnaissent pas comme contraignantes les décisions interprétatives des conférences des parties adoptées dans le cadre des régimes conventionnels correspondants, la subdivision des affaires juridiques de l'OMI « a indiqué que la voie des résolutions interprétatives n'est pas sûre à 100 % et que, si on l'emprunte, il serait souhaitable d'apporter en même temps les amendements voulus à la Convention de Londres [Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets] et le Protocole²¹⁶ ».

101. La subdivision des affaires juridiques de l'OMI, bien que fondant son avis sur la prémisse erronée selon laquelle « un accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969 est, ou devrait être, contraignant « comme un traité ou un amendement à un traité²¹⁷ », parvient en fin de compte à la conclusion correcte selon laquelle un accord ultérieur n'est pas nécessairement contraignant²¹⁸. Cette position cadre avec celle de la Commission selon laquelle un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, n'est qu'un des différents moyens d'interprétation qui seront pris en compte dans le processus d'interprétation²¹⁹. En conséquence, les résolutions interprétatives des conférences des parties qui sont adoptées par consensus, même si elles ne sont pas contraignantes en tant que telles, peuvent constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, s'il existe des signes suffisants de ce que telle était l'intention des parties²²⁰. Cette conclusion est compatible avec le fait que certains tribunaux nationaux n'ont pas considéré que les résolutions interprétatives adoptées dans le cadre du régime conventionnel avaient force obligatoire²²¹. Il faut seulement que, lorsqu'ils interprètent la disposition du traité en

question, les tribunaux accordent le poids voulu à la résolution interprétative, et non pas qu'ils l'acceptent comme contraignante²²².

102. Il s'ensuit que la question de savoir si une « résolution interprétative » requiert une adoption par consensus est fallacieuse. L'adoption par consensus est une condition nécessaire mais non suffisante pour que la décision constitue un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b. Le règlement intérieur de la conférence des parties ne donne généralement pas d'indication sur les effets juridiques possibles d'une résolution en tant qu'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, ou en tant que pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b. Les règlements intérieurs se contentent de définir la manière dont la conférence des parties adopte ses décisions, et non des effets juridiques que ces décisions pourraient avoir en tant qu'accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a. Bien que les accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, ne sont pas contraignants en tant que tels, la Convention de Vienne de 1969 leur attribue un effet juridique en son article 31, qui ne se justifie que si l'accord entre les parties porte sur le fond de la question et se réalise à un moment bien précis. La Cour internationale de Justice a confirmé que la distinction entre la forme d'une décision collective et l'accord sur le fond est pertinente dans un tel contexte²²³.

103. Par ailleurs, le consensus n'indique pas nécessairement qu'il s'agit d'un accord sur le fond. Selon les commentaires sur quelques questions de procédure publiés par le Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 60/286 de l'Assemblée générale²²⁴ :

Le consensus s'entend généralement d'un processus de prise de décision consistant à parvenir à une décision sans mise aux voix ni objection formelle. Il ne reflète pas nécessairement une « unanimité » d'opinion sur le fond. Il désigne la pratique consistant à faire tout ce qui est possible pour parvenir à un accord général, aucune délégation ne soulevant d'objection expresse en cas de consensus²²⁵.

2. CONSENSUS ET OBJECTIONS

104. Étant donné que, pour constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, une décision prise dans le cadre d'une conférence d'États parties doit exprimer un accord entre les parties sur une question d'interprétation relative au fond d'une disposition conventionnelle, certaines décisions ne sauraient constituer un tel accord, bien qu'elles aient été déclarées comme adoptées par consensus. C'est particulièrement vrai de décisions qui ont été adoptées malgré l'objection d'un État ou de plusieurs États. L'exemple suivant illustre bien un tel cas de figure.

²¹⁴ OMI, document LC 33/4, p. 8, par. 4.15.2.

²¹⁵ OMI, document LC 33/J/6, par. 3.

²¹⁶ Ibid., par. 15.

²¹⁷ Ibid., par. 8.

²¹⁸ Voir chap. IV, sect. D, *supra*.

²¹⁹ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 24, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet de conclusion 2.

²²⁰ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenante)]* (voir *supra* la note 5), p. 407, par. 6 (opinion individuelle de M. le juge Greenwood), et p. 453 et 454, par. 4 (opinion individuelle de M^{me} la juge ad hoc Charlesworth).

²²¹ Pour références, voir OMI, document LC 33/J/6, par. 8 à 13.

²²² Voir *supra* la note 219.

²²³ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenante)]* (voir *supra* la note 5), p. 257, par. 83.

²²⁴ Voir résolution 60/286 de l'Assemblée générale, en date du 8 septembre 2006, sur la revitalisation de l'Assemblée générale, dans laquelle elle prie le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies de « rendre accessible au public l'information relative aux précédents que les organes intergouvernementaux de l'Organisation ont établis et aux pratiques qu'ils ont adoptées » (par. 24).

²²⁵ Voir « Consensus in UN practice: general », document établi par le Secrétariat, disponible à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/FR/GA_RoP_FR.pdf.

105. À sa sixième réunion en 2002, la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique s'est consacrée à l'élaboration de principes directeurs concernant la prévention, l'introduction et l'atténuation des impacts des espèces exotiques qui menacent des écosystèmes, des habitats ou des espèces²²⁶. Après l'échec de plusieurs tentatives de parvenir à un accord, la Présidente de la Conférence des parties a proposé d'adopter la décision et de consigner les réserves exprimées par l'Australie dans le rapport final de la réunion. Le représentant de l'Australie a réitéré qu'il ne pouvait pas accepter les principes directeurs et que «son objection formelle était [...] maintenue²²⁷». La Présidente de la Conférence des parties a déclaré le débat clos, et «selon la pratique établie» elle a adopté la décision sans la mettre aux voix, précisant que les objections des États qui y étaient contraires devraient être consignées dans le rapport final de la réunion. Une fois la décision adoptée, l'Australie a réitéré sa position selon laquelle le consensus est une adoption sans objection officielle et a exprimé de sérieux doutes quant à la légalité de l'adoption du projet de décision. Enfin, l'Australie a demandé que «si la Présidente venait à décider que le texte était adopté, l'Australie voudrait demander l'inclusion d'une déclaration détaillée dans le rapport disant que ce pays n'était pas d'accord avec certains éléments spécifiques des principes directeurs²²⁸». Outre que cette déclaration figure dans le rapport final de la réunion, un représentant a soulevé une objection formelle pendant la procédure menant à l'adoption de cette décision et il a souligné qu'«il estimait que la Conférence des Parties ne pouvait légitimement adopter une motion ou un texte alors qu'il était grevé d'une objection formelle²²⁹». Quelques représentants ont également émis des réserves sur la procédure menant à l'adoption de la décision

106. Face à une telle situation, le Secrétaire exécutif de la Convention sur la diversité biologique a adressé une demande d'avis juridique au Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies²³⁰, qui a répondu qu'une partie pouvait «prendre ses distances par rapport au fond ou à la lettre d'un document, indiquer que le fait de se joindre au consensus ne constitue pas une acceptation du fond ou de la lettre du document ou de certaines parties du document, et restreindre d'autres manières à la position du gouvernement sur le fond ou la lettre d'un document [...], [mais] que, par définition [...] lorsqu'il y a une objection formelle, il ne saurait y avoir de consensus²³¹». Selon lui, étant donné l'objection clairement formulée par l'Australie, la Présidente de la Conférence des parties n'aurait pas dû déclarer la décision adoptée par consensus et, ce faisant, elle avait «clairement agi d'une manière contraire à la pratique établie²³²». Cependant, le Conseiller juridique a indiqué que, s'il y a eu certaines irrégularités procédurales assez graves, «une fois que la

Présidente a déclaré la décision adoptée, le représentant de l'Australie ne s'est pas officiellement élevé contre l'adoption de la décision et n'a pas essayé de la faire annuler²³³». De l'avis du Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, la position de l'Australie à la suite de l'adoption constituait une réserve à la procédure plutôt qu'une objection formelle à la décision²³⁴. Par la suite, à la huitième réunion de la Conférence des parties contractantes à la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, en novembre 2002, l'Australie a fait une déclaration officielle indiquant qu'elle n'était pas d'accord avec l'opinion du Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies et n'acceptait pas que la décision ait été adoptée valablement à la sixième réunion de la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique²³⁵.

107. La décision susmentionnée prise au titre de la Convention sur la diversité biologique, ainsi qu'une décision analogue de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto sur sa sixième session, tenue à Cancún (Mexique) du 29 novembre au 10 décembre 2010 (malgré l'objection de l'État plurinational de Bolivie)²³⁶, soulève l'importante question de la signification de «consensus»²³⁷. Il convient toutefois impérativement de distinguer cette question de celle des circonstances dans lesquelles les parties à un traité parviennent à un accord concernant les questions de fond liées à l'interprétation d'un traité comme prévu par l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*.

E. Actes qui ne sont pas adoptés en présence de toutes les parties à un traité

108. Les décisions des conférences des parties ne sont pas nécessairement adoptées par toutes les parties à un traité. Bien que toutes les parties aient généralement la possibilité, en vertu du traité, de participer à la conférence des parties, certaines peuvent choisir de ne pas le faire. En pareil cas, la question peut se poser de savoir si une décision de la conférence des États parties, qui constituerait un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, si toutes les parties l'avaient adoptée, peut aussi être considérée comme telle si une ou plusieurs parties n'ont pas participé à la conférence.

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Rapport de la huitième session de la Conférence des Parties contractantes à la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, Valence (Espagne), du 18 au 26 novembre 2002, p. 18, par. 91.

²²⁶ Voir le Rapport de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto sur sa sixième session, tenue à Cancún du 29 novembre au 10 décembre 2010 (FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1), décision 1/CMP.6 sur les accords de Cancún : résultat des travaux du Groupe de travail spécial sur des nouveaux engagements des Parties visés à l'annexe I au titre du Protocole de Kyoto à sa quinzième session, et décision 2/CMP.6 sur les accords de Cancún : utilisation des terres, changement d'affectation des terres et foresterie, adoptées par la Conférence des parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto ; et délibérations de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto (FCCC/KP/CMP/2010/12), p. 11, par. 29.

²²⁷ Voir Nolte, «Third report of the ILC Study Group on Treaties over Time: subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings», p. 372 à 377.

²²⁶ Rapport de la sixième réunion de la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique (UNEP/CBD/COP/6/20), p. 265, annexe I, décision VI/23.

²²⁷ Ibid., p. 67, par. 313.

²²⁸ Ibid., p. 68, par. 321.

²²⁹ Ibid., p. 67, par. 318.

²³⁰ Document SCBD/SEL/DBO/30219 (6 juin 2002), disponible auprès du secrétariat de la Convention sur la diversité biologique.

²³¹ Document UNEP/SCBD/30219R (17 juin 2002), p. 1, disponible auprès du secrétariat de la Convention sur la diversité biologique.

²³² Ibid., p. 2.

109. Il serait difficile de considérer qu'une partie à un traité, par le seul fait d'être liée par le traité, accepte de se plier aux décisions qui seraient prises par la suite en son absence par d'autres parties dans le cadre de la conférence des parties. Il serait donc possible pour des États non participant de manifester ultérieurement leur désaccord avec une décision qui a été prise dans le cadre de la conférence des parties. Par ailleurs, le principe de la bonne foi et l'obligation de coopérer dans le cadre du traité plaide en faveur d'un devoir pour les États non participants de manifester leur éventuel désaccord dès que les circonstances le permettent, faute de quoi ils seront réputés avoir donné leur accord sous forme de silence (consentement tacite).

110. Il reste la question plus doctrinale de savoir si une décision d'une conférence des parties à laquelle les États non participants ont donné leur consentement en gardant le silence devrait être considérée comme un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, ou comme une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b. Le fait que la Commission a établi une distinction entre les deux formes de conduite ultérieure en exigeant, pour qu'il y ait accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, un « acte commun²³⁸ » paraît, à première vue, mener à la conclusion qu'un tel accord ne repose pas sur un tel « acte commun ». Il est toutefois également possible de considérer une telle décision de la conférence des parties comme un « acte commun » imparfait, qui est complété par l'acceptation implicite d'États non participants dans un délai

²³⁸ Voir *supra* la note 213.

raisonnable. C'est cette conception qui semble convenir le mieux, étant donné le caractère central de l'acte collectif et le caractère constructif de l'acceptation des États non participants.

111. Les considérations qui précèdent conduisent à la conclusion suivante :

« *Projet de conclusion 10. Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties*

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

« 2. L'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité et du règlement applicable. Selon les circonstances, une telle décision peut constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, ou donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, ou de l'article 32.

« 3. Une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties constitue un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, dans la mesure où elle exprime un accord sur le fond entre les parties concernant l'interprétation d'un traité, indépendamment de la forme sous laquelle la décision a été adoptée et de la procédure suivie pour le faire. »

CHAPITRE VI

Portée interprétative des accords ou de la pratique ultérieurs

112. Selon l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne de 1969, il sera tenu compte dans l'interprétation d'un traité, de tout accord ultérieur et de toute pratique ultérieurement suivie. La disposition soulève la question de la portée et donc aussi des limites d'un accord et de la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation, notamment en ce qui concerne la relation avec d'autres effets juridiques que le droit des traités pourrait reconnaître à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure.

A. Procédures d'interprétation et article 31, paragraphe 3 a et b

113. Le traité lui-même peut prévoir l'interprétation de ses dispositions selon un accord ultérieur ou une pratique ultérieurement suivie. Certains traités contiennent des dispositions spéciales concernant leur interprétation par une partie ou un organe régi par le traité. L'article IX, paragraphe 2, de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, par exemple, énonce que « [l]a Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux » et que « [l]a décision d'adopter une interprétation sera prise à une majorité des trois quarts des Membres ». Dans l'affaire *Communautés européennes – Classification*

douanière des morceaux de poulet désossés et congelés, l'Organe d'appel n'a toutefois pas conclu qu'il y avait un lien *lex specialis* entre l'article IX, paragraphe 2, et les moyens d'interprétation aux termes de l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne de 1969 :

Nous ne voyons pas comment l'autorisation expresse donnée dans l'Accord sur l'OMC aux Membres d'adopter des interprétations des dispositions de l'OMC – ce qui nécessite un vote à la majorité des trois quarts et non une décision unanime – pourrait avoir des effets sur le recours à une pratique ultérieurement suivie en tant qu'outil d'interprétation d'un traité au titre de l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne²³⁹.

114. D'autres tribunaux sont arrivés à la même conclusion concernant des dispositions comparables d'autres traités²⁴⁰. Des commentateurs ont conclu qu'une dispo-

²³⁹ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulets désossés et congelés* (voir *supra* la note 146), p. 119, par. 273.

²⁴⁰ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle* (voir *supra* la note 106), p. 187, par. 169, et p. 188, par. 173; *Methanex Corporation v. United States of America*, sentence définitive sur la compétence et sur le fond, arbitrage de la CNUDCI en application du chapitre 11 de l'ALENA, 9 août 2005 (disponible à l'adresse suivante : <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/51052.pdf>), part. II, chap. H, p. 11, par. 23.

sition d'interprétation n'a pas habituellement pour objet d'exclure tout recours aux moyens d'interprétation énoncés à l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*²⁴¹.

B. Lien entre interprétation et modification

115. Dans l'affaire concernant le *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour internationale de Justice s'est exprimée en ces termes : « la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31-3-*b*) de la convention de Vienne, peut conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite entre les parties²⁴² ». Il n'est pas tout à fait clair si la Cour avait l'intention de reconnaître que la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, pouvait également avoir pour effet de modifier un traité, ou si elle voulait tout simplement apporter une précision au sujet de l'interprétation des traités. Cette deuxième hypothèse est valable puisque l'intention « originaire » des parties n'est pas nécessairement concluante en matière d'interprétation. D'ailleurs, la Commission a reconnu, dans le projet de conclusion 3, adopté à titre provisoire, que les accords et la pratique ultérieurs, à l'instar d'autres moyens d'interprétation, « peuvent aider à déterminer si l'intention présumée des parties lors de la conclusion du traité était ou non d'attribuer à un terme un sens susceptible d'évolution dans le temps²⁴³ ». La portée d'une interprétation n'est donc pas nécessairement déterminée par une « intention originaire » fixe mais plutôt par des considérations plus larges, y compris des circonstances nouvelles.

116. D'un point de vue pratique, le *dictum* quelque peu ambigu de la Cour internationale de Justice soulève inéluctablement deux questions, celle de savoir jusqu'à quel point les accords et la pratique ultérieurs mentionnés au paragraphe 3 de l'article 31 jouent un rôle en matière d'« interprétation » et celle de savoir si ces accords et pratique peuvent avoir pour effet de modifier un traité. Les deux questions sont pertinentes dans le cadre de la présente étude puisqu'elles continuent de « s'inscrire dans le cadre du droit des traités » et qu'elles constituent l'« attention prioritaire » à accorder au sujet, à savoir « la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs à des fins d'interprétation » « comme cela était expliqué dans la proposition initiale relative au sujet »²⁴⁴. D'ailleurs dans la

pratique, la démarcation entre l'interprétation d'un traité et sa modification est souvent « difficile, voire impossible, à établir clairement²⁴⁵ ».

C. Modification d'un traité par accord ultérieur ou par une pratique ultérieurement suivie

117. Il convient d'établir cette distinction aux fins de l'examen des questions étroitement liées que sont la portée interprétative éventuelle d'un accord et d'une pratique ultérieurs et la possibilité que tel accord ou telle pratique ait également pour effet de modifier un traité. Alors que la question de savoir si un traité peut être modifié par la pratique ultérieure des parties a non seulement été vivement débattue à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités et a suscité des décisions judiciaires par la suite, celle d'une éventuelle modification d'un traité par accord des parties soulève des questions quelque peu différentes, quoique intimement liées.

1. MODIFICATION D'UN TRAITÉ PAR UNE PRATIQUE ULTÉRIEURE

118. Dans ses projets d'article sur le droit des traités, la Commission a proposé d'inclure dans la Convention de Vienne de 1969 une disposition reconnaissant expressément la possibilité de modifier un traité par une pratique ultérieure. Le projet d'article 38 était ainsi libellé :

Modification des traités par une pratique ultérieure

Un traité peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité²⁴⁶.

119. Ce projet d'article a donné lieu à de vifs débats lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités²⁴⁷. Une majorité de délégations ont formulé des objections. Certaines étaient d'avis que, pour modifier un traité, il fallait normalement suivre la procédure d'amendement formelle²⁴⁸. D'autres craignaient que le fait de reconnaître la possibilité d'une modification informelle compromettrait la stabilité des traités et des relations conventionnelles, et que le projet d'article proposé ne puisse être invoqué abusivement, affaiblissant ainsi le

initiale relative au sujet » [*Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 80, par. 238]; « à sa 3136^e séance, le 31 mai 2012, la Commission a décidé : *a*) de modifier [...] le cadre de ses travaux sur ce sujet comme le Groupe d'étude le lui avait suggéré » (ibid., p. 86, par. 269).

²⁴⁵ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243; Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », p. 90; Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice », p. 46; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 42 et 43; Sorel, « Convention de Vienne de 1969 : Article 31 », p. 1319 et 1320, par. 42; Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 555 et 556, par. 76; même si les deux processus peuvent, en théorie, être « tout à fait distincts », voir l'opinion dissidente de M. Parra-Aranguren dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (*Botswana/Namibie*) [note 26 *supra*], p. 1212 et 1213, par. 16; dans le même sens, Hafner, « Subsequent agreements and practice », p. 114; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, p. 168.

²⁴⁶ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 257.

²⁴⁷ Distefano, « La pratique subséquente des parties à un traité », p. 56 à 61.

²⁴⁸ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session... (A/CONF.39/11)* [voir *supra* la note 14], 37^e séance, 24 avril 1968, p. 226, par. 63 (France).

²⁴¹ Hafner, « Subsequent agreements and practice », p. 120; Pan, « Authoritative interpretation of agreements: developing more responsive international administrative regimes », p. 519 à 525.

²⁴² *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [voir *supra* la note 26], p. 242, par. 64; voir également *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (voir *supra* la note 82), p. 252, par. 62; Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », p. 51; Kamto, « La volonté de l'État en droit international », p. 134 à 141; Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, p. 132.

²⁴³ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 18, projet de conclusion 3; et ibid., p. 25 à 28, paragraphes 1 à 18 du commentaire relatif au projet de conclusion 3.

²⁴⁴ Le Groupe d'étude sur les traités dans le temps a noté ce qui suit, dans le cadre de sa recommandation à la Commission, en 2012, relativement au changement d'étude du sujet : « Il va de soi que le sujet continuerait de s'inscrire dans le cadre du droit des traités. Une attention prioritaire serait accordée à la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs à des fins d'interprétation (art. 31 de la Convention de Vienne de 1969), comme cela était expliqué dans la proposition

principe *pacta sunt servanda*²⁴⁹. On a également soutenu que la modification informelle des traités par la pratique ultérieure pourrait soulever des problèmes en droit constitutionnel interne²⁵⁰. Certains États ont contesté la nécessité du projet d'article au motif que la disposition sur la pratique ultérieurement suivie comme moyen d'interprétation [qui deviendrait par la suite l'article 31, paragraphe 3 *b*] était suffisante et qu'en tout état de cause il était difficile de faire une distinction entre interprétation et modification²⁵¹. Enfin, certains se sont dits préoccupés par le fait qu'un traité puisse être modifié sans l'accord de toutes les parties²⁵² et que des représentants subalternes puissent apporter des modifications qui échapperaient au contrôle des organes compétents de l'État²⁵³.

120. D'autres États ont soutenu que le droit international n'était pas aussi formaliste que le droit interne²⁵⁴. On a souligné que, par le passé, des organes judiciaires avaient reconnu la modification informelle d'un traité par pratique ultérieure²⁵⁵ et que cela n'avait jamais été source de problème en droit constitutionnel interne²⁵⁶. En fait, certaines questions qui avaient été soulevées ne pouvaient être tranchées par interprétation. On a également fait valoir que si toutes les parties s'entendaient pour appliquer le traité en s'écartant du sens original, il n'y aurait aucune violation du principe *pacta sunt servanda*²⁵⁷. Pour plusieurs États, le projet d'article 38 reprenait une règle ou un principe qui existait déjà en droit international²⁵⁸.

121. Le Rapporteur spécial Sir Humphrey Waldock, agissant à titre d'expert-conseil à la Conférence, s'est étonné que certaines délégations voient dans l'article 38 une quasi-violation du principe *pacta sunt servanda*, d'autant que la base juridique de l'article était la bonne foi. Il a également répondu à ceux qui craignaient que l'article 38 pourrait permettre de modifier un traité dans un sens contraire au droit interne. À son avis, jusqu'à présent «cette application transformée des traités n'a jamais posé de problème constitutionnel. Normalement, les modifications ne portent pas atteinte à la raison d'être du traité et elles ne suscitent pas d'objections du côté des parlements»²⁵⁹.

122. Un amendement visant à supprimer le projet d'article 38 a été mis aux voix et adopté par 53 voix contre 15, avec 26 abstentions. Après la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, des auteurs ont

discuté de la question de savoir si la suppression de l'article 38, lors de la Conférence, signifiait que la possibilité de modifier un traité par la pratique ultérieurement suivie par les parties était exclue. La plupart d'entre eux ont conclu que les États négociateurs ne souhaitaient tout simplement pas que cette question soit traitée dans la Convention et qu'en vertu d'une règle générale du droit coutumier des traités, les traités pouvaient effectivement être modifiés par une pratique ultérieure établissant l'accord des parties à cet effet²⁶⁰.

123. Pour évaluer correctement la question, il faut d'abord déterminer si, après la Convention de Vienne de 1969, les tribunaux internationaux et la pratique des États ont reconnu la possibilité de modifier un traité par une pratique ultérieure.

a) Cour internationale de Justice

124. Abstraction faite du *dictum* susmentionné dans l'affaire concernant le *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*²⁶¹, la Cour internationale de Justice ne semble pas avoir reconnu explicitement qu'une pratique ultérieure ait eu pour effet de modifier un traité. Pourtant, certaines affaires ont été interprétées en ce sens. Par exemple, dans son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques pour les États de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, la Cour a conclu que les dispositions du paragraphe 3 de l'Article 27 de la Charte des Nations Unies, en vertu desquelles les décisions du Conseil de sécurité sur des questions autres que d'ordre procédural sont prises par vote «affirmatif» de tous les membres permanents, ne faisaient pas «obstacle à l'adoption de résolutions» en cas d'abstention volontaire d'un membre permanent. Selon la Cour, «les débats qui se déroulent au Conseil de sécurité depuis de longues années prouvent abondamment que la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée», à en juger d'après les décisions de la présidence et les positions prises par les membres du Conseil, en particulier par les membres permanents, comme étant «généralement acceptée par les

²⁴⁹ Ibid., p. 227, par. 75 (Chili); 38^e séance, 25 avril 1968, p. 230, par. 35 (Uruguay).

²⁵⁰ Ibid., 37^e séance, 24 avril 1968, p. 225, par. 58 (Japon); *ibid.*, p. 226, par. 63 (France); *ibid.*, p. 226 et 228, par. 68 (Espagne); 38^e séance, 25 avril 1968, p. 229, par. 21 (Colombie).

²⁵¹ Ibid., 37^e séance, 24 avril 1968, p. 225, par. 57 (Finlande).

²⁵² Ibid., p. 227, par. 73 (Espagne).

²⁵³ Ibid., p. 226 et 227, par. 68 (Espagne); *ibid.*, 38^e séance, 25 avril 1968, p. 228, par. 6 (États-Unis d'Amérique).

²⁵⁴ Ibid., p. 228, par. 9 (Iraq); *ibid.*, p. 229, par. 22 (Italie).

²⁵⁵ Ibid., p. 232, par. 51 (Argentine).

²⁵⁶ Ibid., p. 233, par. 57 (Sir Humphrey Waldock).

²⁵⁷ Ibid., p. 232, par. 51 (Argentine); voir également *ibid.*, p. 231, par. 49 (Cambodge).

²⁵⁸ Ibid., p. 230, par. 33 (Autriche); *ibid.*, p. 232, par. 51 (Argentine); voir également *ibid.*, p. 229, par. 22 (Italie): «une réalité juridique existant depuis toujours»; et *ibid.*, p. 231, par. 48 (Israël).

²⁵⁹ Ibid., p. 232 et 233, par. 55 à 58 (Sir Humphrey Waldock).

²⁶⁰ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243 à 245; Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», p. 51 et 52; Kamto, «La volonté de l'État en droit international», p. 134; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 432, par. 23; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», p. 555 et 556, par. 76 (partageant ce point de vue, Odendahl, «Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», p. 702, par. 10 et 11); Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», p. 62 à 67; Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 – part three», p. 65; Shaw, *International Law*, p. 934; Buga, «Subsequent practice and treaty modification», note 65 avec d'autres références. En opposition avec ce point de vue, en particulier (insistant sur le caractère solennel de la conclusion d'un traité et le caractère informel de la pratique): Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», p. 89 à 90; également critique de cette opinion, Hafner, «Subsequent agreements and practice», p. 115 à 117 (expliquant la différence entre les points de vue des tribunaux et ceux des États, tout en insistant sur l'importance de dispositions d'amendement dans ce contexte).

²⁶¹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [voir *supra* la note 26], p. 242, par. 64.

Membres des Nations Unies» et «une pratique générale de l'Organisation»²⁶². Et, dans l'avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour a conclu que la «tendance croissante à voir l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité examiner parallèlement une même question relative au maintien de la paix et de la sécurité internationales» «est compatible avec le paragraphe 1 de l'article 12»²⁶³.

125. La Cour en est arrivée à cette conclusion même si l'Article 12 de la Charte des Nations Unies dispose que «[t]ant que le Conseil de sécurité remplit, à l'égard d'un différend ou d'une situation quelconque, les fonctions qui lui sont attribuées par la présente Charte, l'Assemblée générale ne doit faire aucune recommandation sur ce différend ou cette situation». Le seul motif donné par la Cour pour expliquer pourquoi cette «tendance croissante» était incompatible avec le paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte a été qu'il s'agissait d'une «pratique acceptée de l'Assemblée générale, telle qu'elle a évolué»²⁶⁴.

126. Dans ces avis consultatifs, la Cour internationale de Justice a reconnu que la pratique ultérieure avait un effet important, voire décisif, sur l'interprétation du traité, mais elle n'est pas allée jusqu'à reconnaître explicitement que de telles pratiques avaient réellement eu pour effet de modifier un traité²⁶⁵. L'importance de ces affaires est peut-être également limitée du fait qu'elles portent sur des traités constitutifs d'organisations internationales. L'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 (qui porte, en particulier, sur «toute règle pertinente de l'organisation») semble dire que ces traités ont un caractère particulier. 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 évoque même la «pratique bien établie de l'organisation» comme forme spécifique de pratique ultérieurement suivie par les organisations internationales. Il ne serait donc pas opportun de tirer une règle générale en droit des traités en se fondant uniquement sur des précédents qui visent un type de traité particulier sur lequel la pratique ultérieure pourrait jouer un rôle précis. C'est aussi pour cette raison que la pratique et les accords ultérieurs des organisations internationales feront l'objet d'un autre rapport²⁶⁶.

127. Les autres affaires dans lesquelles la Cour internationale de Justice a été saisie de la modification possible d'un traité par la pratique ultérieure des parties concernent surtout des traités frontaliers. Comme la Cour l'a indiqué dans l'affaire concernant la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* [Cameroun *c.* Nigéria; Guinée équatoriale (intervenante)],

²⁶² *Conséquences juridiques pour les États de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, à la page 22, par. 22.

²⁶³ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, à la page 149, par. 27.

²⁶⁴ *Ibid.*, par. 28.

²⁶⁵ Thirlway, «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1969», p. 64.

²⁶⁶ Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 80, par. 238, et *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 171, par. 42.

[d]ès lors, la conduite du Cameroun sur le territoire en cause n'est pertinente que pour déterminer s'il a acquiescé à une modification du titre conventionnel, éventualité qui ne peut être entièrement exclue en droit²⁶⁷.

128. Dans l'*Affaire du temple de Préah Vihéar*, l'arrêt le plus connu dans lequel la Cour aurait constaté tel acquiescement, la Cour internationale de Justice a beaucoup insisté sur les manifestations claires de souveraineté d'une partie (la France) qui, selon la Cour, appelaient une réaction de la part de l'autre partie (la Thaïlande)²⁶⁸. Toutefois, l'arrêt a été rendu avant l'adoption de la Convention de Vienne de 1969 et les délégations à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités en ont donc tenu compte, du moins implicitement, dans leurs discussions²⁶⁹. La Cour ne va pas non plus jusqu'à reconnaître expressément qu'un traité puisse être modifié par une pratique ultérieure puisqu'elle ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si la frontière tracée sur la carte française coïncidait avec la ligne de partage des eaux sur laquelle les deux États s'étaient entendus dans la convention frontalière originale entre les deux États, même si ce fait a souvent été contesté²⁷⁰.

129. En conclusion, tout en soulevant la possibilité qu'un traité puisse être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties, la Cour internationale de Justice n'a encore jamais reconnu explicitement que tel était le cas dans une affaire en particulier. Elle a choisi de formuler ses décisions de manière à donner à croire qu'elle avait tout simplement décidé de donner une interprétation large ou très précise au traité et que celle-ci était difficilement conciliable avec le sens ordinaire du texte mais conforme à la pratique reconnue des parties.

b) Tribunaux d'arbitrage

130. Par contre, il est arrivé que les tribunaux d'arbitrage confirment que la pratique ultérieure des parties peut avoir pour effet de modifier les termes exprès d'un traité et qu'ils appliquent cette règle apparente. Dans sa *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, le Tribunal arbitral a conclu que la frontière définie par le traité avait en fait été modifiée dans certains secteurs par la pratique ultérieure des parties²⁷¹. Une modification par la pratique ultérieure a

²⁶⁷ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* [Cameroun *c.* Nigéria; Guinée équatoriale (intervenante)] (voir *supra* la note 92), p. 353, par. 68.

²⁶⁸ *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge *c.* Thaïlande)* [voir *supra* la note 91], p. 23 : «un accusé de réception très net ressort incontestablement [...] il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction»; et *ibid.*, p. 30 : «On pourrait difficilement imaginer une affirmation plus nette de titre de souveraineté du côté franco-indochinois» et «[c]ela appelait une réaction».

²⁶⁹ Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice», p. 272.

²⁷⁰ *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge *c.* Thaïlande)* [voir *supra* la note 91], p. 26 : «fait qui, s'il est exact, devait être tout aussi évident en 1908». Le juge Parra-Aranguren a dit que l'*Affaire du temple de Préah Vihéar* démontrait que «la pratique ultérieure avait eu pour effet dans ce cas de modifier le traité», *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* [voir *supra* la note 26], p. 1212 et 1213, par. 16 (opinion dissidente de M. Parra-Aranguren); Buga, «Subsequent practice and treaty modification», note 113.

²⁷¹ *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, décision du 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente: E/F.05.V.5),

également été reconnue dans l'affaire de *Interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international*, dans laquelle le Tribunal arbitral a conclu que l'accord intervenu entre les États-Unis et la France avait, dans les faits, été modifié par la pratique ultérieure des compagnies aériennes américaines qui volaient vers des destinations qui n'étaient pas prévues dans l'accord original. Le Tribunal arbitral s'est exprimé en ces termes :

Une telle conduite peut en effet entrer en ligne de compte non pas simplement comme un moyen utile aux fins de l'interprétation de l'accord, mais comme quelque chose de plus : à savoir comme source possible d'une modification postérieure découlant de certains actes ou de certaines attitudes et touchant la situation juridique des parties et les droits que chacune d'entre elles pourrait légitimement faire valoir²⁷².

131. La *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie* a toutefois été qualifiée, par un auteur, d'« exception isolée » (du moins dans le cadre de la délimitation des frontières)²⁷³ et, dans l'affaire de *Interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international*, la sentence arbitrale a été rendue avant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités et a été critiquée pendant celle-ci²⁷⁴.

c) Organisation mondiale du commerce

132. L'Organe d'appel de l'OMC a affirmé très clairement qu'il rejeterait toute interprétation susceptible de modifier une obligation conventionnelle, au motif qu'il ne s'agirait plus de l'« application » d'une disposition d'un traité²⁷⁵. Même si l'Organe d'appel a beaucoup insisté sur le fait qu'un accord ou une pratique ultérieurs ne sauraient avoir pour effet de modifier un traité en vertu des accords visés par l'OMC, il faut toutefois rappeler les termes précis de l'article 3, paragraphe 2, du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, qui dispose que « [l]es recommandations et décisions de l'[Organe de règlement des différends] ne

peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés²⁷⁶ ».

d) Cour européenne des droits de l'homme

133. Il est arrivé que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaisse que la pratique ultérieure des parties pouvait être source de modification de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si un État partie à la Convention pouvait transférer une personne à un État non partie où cette personne courrait un risque réel d'être soumise à la peine de mort. L'affaire reposait sur la question de savoir si l'article 3 de la Convention, aux termes duquel nul ne peut être soumis « à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants », devait être interprété de manière à interdire cette mesure. Toutefois, une interprétation de l'article 3 en ce sens paraissait incompatible avec les dispositions de l'article 2 de la Convention, qui protège le droit de toute personne de n'être pas privée intentionnellement de la vie « sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ». Dans l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi*, la Cour rappelle qu'elle a admis, en *obiter dictum*, dans l'arrêt de 1989 rendu dans *Soering c. Royaume-Uni*,

qu'une pratique établie au sein des États membres pourrait donner lieu à une modification de la Convention. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une pratique ultérieure en matière de politique pénale nationale, sous la forme d'une abolition généralisée de la peine capitale, pourrait témoigner de l'accord des États contractants pour abroger l'exception ménagée par l'article 2, paragraphe 1, donc pour supprimer une limitation explicite aux perspectives d'interprétation évolutive de l'article 3²⁷⁷.

134. Suivant le même raisonnement, la Cour a conclu dans l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi* que

tous les États membres sauf deux ont désormais signé le Protocole n° 13, et parmi les signataires, tous sauf trois l'ont ratifié. Ces chiffres, combinés à la pratique constante des États, qui observent le moratoire sur la peine capitale, tendent fortement à démontrer que l'article 2 interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances. Dans ce contexte, la Cour estime que le libellé de la deuxième phrase de l'article 2, paragraphe 1, n'interdit plus d'interpréter les mots « peine ou traitement inhumain ou dégradant » de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort²⁷⁸.

135. La Cour a conclu qu'il y avait eu violation de l'article 3 de la Convention en raison du transfert d'une personne en temps de guerre par un État contractant à un État non contractant alors que cette personne courait un risque réel d'être soumise à la peine de mort. Le raisonnement de la Cour a été très explicite mais, si l'on considère que la décision repose entièrement sur l'article 3, on pourrait conclure que la Cour s'est exprimée en *obiter dictum* quand elle a reconnu que la pratique des États pouvait modifier l'article 2. Cette hypothèse aurait toutefois pour effet de séparer inexorablement deux dispositions qui sont intimement liées.

²⁷⁶ Disponible à l'adresse suivante : www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dsu_f.htm#3.

²⁷⁷ *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, par. 119, CEDH 2010, renvoyant à *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV.

²⁷⁸ *Ibid.*, par. 120; Malkani, « The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty », p. 523.

p. 83, aux pages 110 et 111, par. 3.6 à 3.10; voir aussi *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, 29 septembre 1988, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V3), p. 1, aux pages 56 et 57, par. 209 et 210, dans laquelle le tribunal a dit, en *obiter dictum*, que « la frontière telle que démarquée prévaudrait sur l'accord si une contradiction était décelée ».

²⁷² *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, décision du 22 décembre 1963, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente : E/F.69.V.1), p. 5, aux pages 62 et 63.

²⁷³ Kohen, « Keeping subsequent agreements and practice in their right limits », p. 43; cette étude a toutefois été contestée : voir Kolb, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », p. 20, qui fait référence au Tribunal des différends irano-américain et à la sentence arbitrale *Taba*.

²⁷⁴ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 14], 37^e séance, 24 avril 1968, p. 208, par. 58 (Japon); Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », p. 89.

²⁷⁵ OMC, 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, adopté le 11 décembre 2008, et Corr.1 / *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, adopté le 22 décembre 2008 [CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II) / CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)], par. 391 à 393.

e) *Autres tribunaux internationaux*

136. D'autres tribunaux internationaux, notamment le Tribunal international du droit de la mer, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour pénale internationale et les divers tribunaux criminels internationaux, ainsi que la Cour européenne de justice ne semblent pas s'être penchés sur la question ou encore n'ont pas reconnu que la pratique ultérieure des parties pouvait avoir pour effet de modifier un traité²⁷⁹.

f) *Pratique des États non confirmée par un tribunal*

137. Il arrive, dans certains cas, que les États parties à un traité suivent une pratique qui, selon ces parties, a modifié le traité sans qu'un tribunal international se soit prononcé sur la question²⁸⁰. À titre d'exemple, l'expression « espèces migratrices » au sens de la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage est aujourd'hui interprétée de manière à englober des espèces qui, à cause du changement climatique, sont ou deviennent des espèces non migratrices²⁸¹. Mais il n'est pas facile de cerner ce type de situation²⁸² et il est particulièrement difficile de déterminer si une pratique précise repose sur l'hypothèse d'une modification ou un accord entre les parties portant sur la modification du traité sous-jacent. D'aucuns ont fait valoir que, dans ce contexte, il serait « tout à fait raisonnable de postuler, par exemple, que les États ne sont guère enclins à permettre à un mécanisme de règlement des différends d'invoquer la pratique ultérieure pour modifier une relation conventionnelle, mais qu'ils sont tout à fait satisfaits de s'entendre entre eux sur la modification d'un traité²⁸³ ».

g) *Évaluation*

138. La jurisprudence des juridictions internationales est contradictoire. Alors que certains tribunaux n'ont pas examiné la question de savoir si la pratique ultérieure des parties pouvait donner lieu à la modification d'un traité, la Cour internationale de Justice semble avoir reconnu, en termes généraux, que c'était possible, sans toutefois appliquer la règle dans une affaire en particulier. En outre, la Cour préférerait, semble-t-il, donner à entendre que, parmi les moyens d'interpréter un traité, il est permis de tenir compte d'une pratique ultérieure des parties. En revanche, l'Organe d'appel de l'OMC a rejeté la possibilité d'une modification des accords visés par l'OMC par la pratique ultérieure des parties alors que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu cette possibilité dans au moins une affaire²⁸⁴.

²⁷⁹ Voir Nolte, « Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time », p. 268 à 275, et 282 à 301.

²⁸⁰ Nolte, « Third report of the ILC Study Group on Treaties over Time », p. 353 à 356.

²⁸¹ Trouwborst, « Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on migratory species and its daughter instruments to climate change », p. 286 à 288; Buga, « Subsequent practice and treaty modification », note 115.

²⁸² Voir, de façon générale, sur la difficulté de cerner la pratique des États, Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 72.

²⁸³ Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice in the interpretation of treaties », p. 83.

²⁸⁴ *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 277).

139. On pourrait peut-être donc tirer les conclusions suivantes : l'affaire entendue par l'OMC démontre que les dispositions d'un traité peuvent exclure la possibilité que la pratique ultérieure des parties ait pour effet de modifier le traité. C'est le traité lui-même qui régit la question. Dans sa décision, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît également que c'est le traité lui-même qui, en premier lieu, fait autorité et qu'inversement il peut autoriser des normes communes exprimées dans la législation interne ou par la pratique de l'État qui, à l'occasion, l'emporterait sur les termes du traité. Ainsi, en dernière analyse, cela dépend en grande partie du traité lui-même ou de ses dispositions²⁸⁵.

140. Mais il est rare que les règles énoncées dans un traité (par exemple, l'article 3, paragraphe 2, du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC ou l'interprétation reconnue d'un traité, notamment selon la Convention européenne des droits de l'homme) portent sur cette question. La situation se complique davantage lorsque le traité ne fournit aucune indication, ni dans un sens ni dans l'autre. Aucune règle supplétive claire pouvant s'appliquer ne ressort de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Cependant, il est possible de conclure que la Cour, tout en reconnaissant que la modification d'un traité par la pratique ultérieure des États ne « peut être entièrement exclue en droit²⁸⁶ », a tout de même admis qu'il faut l'éviter dans la mesure du possible. La Cour est donc disposée à accepter une interprétation très large susceptible de s'éloigner du sens ordinaire à attribuer aux termes du traité et peut-être même leur attribuer un sens particulier.

141. Cette conclusion tirée de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice est conforme à certaines observations d'ordre général entendues au cours des débats sur le projet d'article 38 de la Convention de Vienne de 1969. Actuellement, l'idée qu'une procédure d'amendement prévue par un traité ne doit pas être contournée par des moyens informels semble gagner du terrain, parallèlement à l'observation générale, tout aussi valable, que le droit international est souvent moins formaliste que le droit interne²⁸⁷. Il faut également souligner que la préoccupation exprimée par certaines délégations à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, à savoir que la modification éventuelle d'un traité par la pratique ultérieure créerait des difficultés en droit constitutionnel interne, ne peut plus être balayée du revers de la main²⁸⁸. Enfin, s'il est vrai que le principe *pacta sunt*

²⁸⁵ Buga, « Subsequent practice and treaty modification », notes 126 à 132.

²⁸⁶ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria [Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)]* (voir *supra* la note 92), p. 353, par. 68.

²⁸⁷ Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice in the interpretation of treaties », p. 89; Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice », p. 47; Hafner, « Subsequent agreements and practice », p. 115 à 117; Alvarez, « Limits of change by way of subsequent agreements and practice », p. 130.

²⁸⁸ Voir Cour constitutionnelle fédérale allemande, *NATO Strategic Concept Case*, décision du 22 novembre 2001, 2 BvE 6/99 (des extraits sont disponibles en anglais à l'adresse suivante : www.bverfg.de/es20011122_2bve000699en.html), par. 19 à 21; Kadelbach, « Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level », p. 145 à 148; Alvarez, « Limits of change by way of subsequent agreements and practice », p. 130; Wuerth, « Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and

servanda n'est pas formellement remis en question par la pratique ultérieure de toutes les parties, il est tout aussi vrai que la stabilité des relations conventionnelles pourrait être compromise si un moyen informel d'affirmer qu'un accord constitue une pratique ultérieure était reconnu comme pouvant modifier le traité²⁸⁹. Il est également opportun de souligner que même Sir Humphrey Waldock, dans son intervention à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, a voulu limiter la portée éventuelle d'une modification par la pratique ultérieure des parties en affirmant qu'elle ne devait pas porter « atteinte à la raison d'être principale du traité²⁹⁰ ».

142. Ainsi, selon la jurisprudence internationale, en l'absence de dispositions conventionnelles à l'effet contraire, la pratique ultérieure convenue entre les parties peut modifier légèrement un traité, mais il n'est pas du tout certain que la pratique ait réellement cet effet. D'ailleurs, les États et les tribunaux devraient chercher le plus possible à voir dans une pratique ultérieure convenue entre les parties un moyen d'interpréter un traité d'une certaine façon. Cette interprétation peut avoir une portée assez large, l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 ne donnant pas priorité à un moyen d'interprétation en particulier, mais exigeant plutôt que l'interprète tienne compte de tous les moyens pertinents²⁹¹.

2. ACCORDS ULTÉRIEURS

143. L'article 39 de la Convention de Vienne de 1969 dispose qu'« [u]n traité peut être amendé par accord entre les parties ». Par contre, l'article 31, paragraphe 3 *a*, vise tout accord ultérieur « intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » et passe sous silence la modification d'un traité. Comme l'a affirmé l'Organe d'appel de l'OMC,

le terme « application » employé à l'article 31(3) *a* se rapporte à la situation où un accord précise de quelle façon des règles existantes ou des obligations en vigueur doivent être « appliquées » ; ce terme ne connote pas la création de nouvelles obligations ou la prorogation d'obligations existantes qui sont assujetties à une limitation temporelle²⁹².

144. Lues ensemble, les dispositions de l'article 31, paragraphe 3 *a*, et de l'article 39 montrent qu'un accord intervenu entre les parties après la conclusion d'un traité peut constituer une interprétation et une modification du

domestic constitutions » ; et Ruiz Fabri, « Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy », p. 165 et 166.

²⁸⁹ Voir, par exemple, Kohen, « *Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice », p. 274 (en particulier concernant les traités frontaliers).

²⁹⁰ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 14], 38^e séance, 25 avril 1968, p. 233, par. 57 (Sir Humphrey Waldock).

²⁹¹ *Annuaire...* 2013, vol. II (2^e partie), p. 19, paragraphe 5 du projet de conclusion 1, commentaire y relatif ; Hafner, « Subsequent agreements and practice », p. 117 ; certains auteurs sont d'avis que l'éventail des possibilités en matière d'« interprétation » est plus large lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique ultérieurs au sens du paragraphe 3 de l'article 31 que lorsqu'il s'agit d'une interprétation par d'autres interprètes, y compris les interprétations évolutives données par les cours et les tribunaux, par exemple, Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243 ; Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 555 et 556, par. 76.

²⁹² OMC, rapports de l'Organe d'appel, *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II) / CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)* [voir *supra* la note 275], p. 152, par. 391.

traité²⁹³. Un accord au sens de l'article 39 n'a pas nécessairement la forme du traité qu'il modifie (sauf disposition contraire du traité²⁹⁴). À l'instar d'un accord visé à l'article 31, paragraphe 3 *a*, un accord au sens de l'article 39 peut être conclu par des moyens plus informels et être limité, quant à son application, à la modification ou à la suspension des obligations conventionnelles dans un cas ou plusieurs cas²⁹⁵. La Cour internationale de Justice a conclu ce qui suit, dans l'affaire *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* :

Quels que soient sa dénomination particulière et l'instrument dans lequel il est consigné (le procès-verbal de la commission), cet « arrangement » lie les Parties dans la mesure où elles y avaient consenti, et elles devaient s'y conformer de bonne foi. Celles-ci étaient habilitées à s'écarter des procédures prévues par le statut de 1975, à l'occasion d'un projet donné, par l'effet d'un accord bilatéral approprié²⁹⁶.

145. L'absence d'exigences formelles relativement à la conclusion d'un accord au sens de l'article 39 ou de l'article 31, paragraphe 3 *a*, est l'une des raisons pour lesquelles certains auteurs ont soutenu qu'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, peut également donner lieu à la modification d'un traité²⁹⁷. Quoi qu'il en soit, il faut peut-être déterminer si, et jusqu'à quel point, un accord a pour but de modifier (en vertu de l'article 39) ou d'interpréter (en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *a*) un traité²⁹⁸ et, plus précisément, s'il existe des critères formels permettant de trancher ou s'il faut tout simplement s'en tenir à l'intention présumée des parties. La jurisprudence internationale et la pratique des États brossent un portrait nuancé.

a) Cour internationale de Justice

146. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour internationale de Justice devait se prononcer sur la violation alléguée d'une procédure prévue par un traité dans le cadre de la construction contestée de certaines usines de pâte à papier par suite d'un « arrangement » intervenu entre les Ministres des affaires étrangères d'Argentine et d'Uruguay quant à la procédure à suivre. La Cour a statué en ces termes :

La Cour conclut que l'« arrangement » du 2 mars 2004 n'aurait eu pour effet d'exonérer l'Uruguay des obligations lui incombant en vertu de l'article 7 du statut de 1975, si tel était l'objectif de cet

²⁹³ Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », p. 88.

²⁹⁴ Au sens de l'article 39, deuxième phrase.

²⁹⁵ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 107, qui renvoie à Sir Humphrey Waldock, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 14], 37^e séance, 24 avril 1968, p. 224, par. 49 à 52 ; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 513 à 515, par. 7, 9 et 11 ; Odendahl, « Article 39. General rule regarding the amendment of treaties », p. 706, par. 16.

²⁹⁶ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* [voir *supra* la note 167], p. 62, par. 128 ; la Cour a conclu qu'en l'espèce ces conditions n'avaient pas été respectées, *ibid.*, p. 62 à 66, par. 128 à 142.

²⁹⁷ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 223 et 224 comprenant des exemples.

²⁹⁸ Dans la pratique judiciaire, il est quelquefois nécessaire de déterminer si un accord a pour effet d'interpréter ou de modifier un traité, voir l'*Affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* [note 50 *supra*], p. 31, par. 60 (« de l'avis de la Cour, il n'y a, aux fins du présent arrêt, aucune raison de la qualifier de confirmation ou de modification de la déclaration »).

«arrangement», que si l'Uruguay s'y était conformé. De l'avis de la Cour, tel n'a pas été le cas. En conséquence, cet «arrangement» ne peut être considéré comme ayant eu pour effet de dispenser l'Uruguay du respect des obligations de nature procédurale prévues par le statut de 1975²⁹⁹.

147. La Cour a reconnu que l'«arrangement» aurait pu avoir pour effet d'«exonérer l'Uruguay des obligations lui incombant» en vertu du statut, mais elle n'est pas allée jusqu'à reconnaître que tel arrangement avait modifié ces obligations. Cette constatation donne à penser qu'il y a lieu d'interpréter de façon restrictive toute allégation selon laquelle un arrangement informel aurait eu pour effet d'exonérer une partie de ses obligations conventionnelles. Il n'est donc pas exclu qu'un arrangement puisse modifier un traité, mais il ne faut pas pour autant en présumer l'existence³⁰⁰.

b) Tribunal des différends irano-américain

148. Le Tribunal des différends irano-américain a reconnu, quoique en *obiter dictum*, que l'accord ultérieur des parties pouvait avoir pour effet de modifier les Accords d'Alger :

Pourtant, si les deux parties qui ont institué le Tribunal, c'est-à-dire l'Iran et les États-Unis, devaient s'entendre pour soumettre un différend au Tribunal, cela serait sans doute suffisant pour que le Tribunal ait compétence en la matière, puisqu'il s'agirait d'un accord international modifiant les Déclarations d'Alger concernant cette affaire en particulier. Mais ce n'est pas la question en litige en l'espèce³⁰¹.

149. Cet *obiter dictum* donne à penser que la question de savoir si un accord n'est qu'une interprétation d'un traité ou s'il le modifie est réglée d'après l'effet de l'accord en question.

c) Notes 2001 de la Commission du libre-échange : un accord portant interprétation ou modification ?

150. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 1131 de l'ALENA, la Commission du libre-échange (intergouvernementale) peut interpréter une disposition de l'Accord qui sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu du chapitre 11³⁰². La Commission s'est prévaluée de ce pouvoir dans un document intitulé Notes d'interprétation, le 31 juillet 2001, concernant le paragraphe 1 de l'article 1105 de l'ALENA³⁰³. Le document de la Commission clarifiait notamment le sens de l'expression «droit international» relativement à la norme minimale de traitement qui s'entend du «droit international coutumier» et affirmait également qu'un «traitement juste et équitable» et une «protection et une sécurité intégrales» n'exigeaient pas un traitement supplémentaire à celui prévu par la norme

²⁹⁹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* [voir *supra* la note 167], p. 63, par. 131.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 66, par. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», p. 32.

³⁰¹ Tribunal des différends irano-américain, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America* (voir *supra* la note 98), p. 126, par. 132.

³⁰² Brower, «Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105», p. 349 et 350.

³⁰³ «Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.»

minimale³⁰⁴. Ce document a reçu une interprétation différente des divers tribunaux institués en vertu du chapitre 11, en particulier sur la question de savoir s'il s'agissait d'une interprétation authentique au sens du paragraphe 2 de l'article 1131 de l'ALENA, d'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969, d'un amendement (non permis) ou d'une modification informelle (peut-être permise)³⁰⁵. Les décisions ci-dessous sont particulièrement importantes.

151. Le tribunal, dans l'affaire *ADF Group Inc. v. United States of America*, examinant la question de savoir si les notes de la Commission étaient une interprétation ou un amendement, s'est fondé sur le fait que les notes elles-mêmes se présentaient comme interprétatives :

Nous constatons à cet égard que l'interprétation donnée par la Commission du libre-échange le 31 juillet 2001 vise expressément l'interprétation de plusieurs dispositions de l'ALENA, notamment le paragraphe 1 de l'article 1105 et non pas une «modification» ou autre amendement. [...] Il est donc inutile de tenter d'établir une distinction entre «interprétation» et «amendement» au sens du paragraphe 1 de l'article 1105. Quant à la question de savoir si un document soumis à un tribunal institué en vertu du chapitre 11 est un accord de modification à l'égard duquel les procédures internes nécessaires pour l'entrée en vigueur de l'accord de modification ont été suivies ou s'il s'agit d'une interprétation de la Commission du libre-échange au sens du paragraphe 2 de l'article 1131, il faut que les parties elles-mêmes – toutes les parties – s'adressent au tribunal. Il n'est pas de source de renseignement plus authentique et plus fiable sur l'intention des parties relativement à telle ou telle disposition de l'ALENA³⁰⁶.

152. Dans l'affaire *Methanex v. United States of America* un tribunal a interprété le document de la Commission du libre-échange comme étant un accord ultérieur au sens du paragraphe 3 a de l'article 31 :

Quant à l'article 1105, il a été interprété par la Commission du libre-échange le 31 juillet 2001. Outre l'effet de l'article 1131, paragraphe 2, de l'ALENA, l'interprétation de la Commission du 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'ALENA [...] Il s'ensuit que toute interprétation de l'article 1105 doit tenir compte du sens ordinaire du texte conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne ainsi que de l'interprétation du 31 juillet 2001 conformément à l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne³⁰⁷.

153. Le tribunal s'est également penché sur la question de savoir si le document était de nature interprétative ou s'il s'agissait d'une modification implicite de l'ALENA :

Même en partant du principe que l'interprétation donnée par la Commission du libre-échange est un changement de fond très important (ce qui n'est pas le cas, selon le tribunal, de la question soulevée

³⁰⁴ Le texte des notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 de l'ALENA par la Commission du libre-échange se trouve à l'adresse suivante : www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_f.asp; voir également Brower, «Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105», p. 351 à 354.

³⁰⁵ Voir, par exemple, Brower, «Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105», p. 354 à 356 et p. 363; Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», p. 180, 181 et 216.

³⁰⁶ *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, p. 84 et 85, par. 177, disponible à l'adresse suivante : <https://2001-2009.state.gov/documents/organization/16586.pdf>.

³⁰⁷ *Methanex Corporation v. United States of America* (voir *supra* la note 240), part. II, chap. H, p. 11, par. 23.

dans cette affaire), Methanex ne cite aucune source à l'appui de son argument selon lequel des changements d'importance ne peuvent être apportés à un traité que par la procédure formelle d'amendement et non par un accord quelconque entre toutes les parties.

L'article 39 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énonce tout simplement : « Un traité peut être amendé par accord entre les parties. » Aucun mode particulier d'amendement n'est prévu et bon nombre de traités prévoient la possibilité d'une modification par accord des parties sans nouvelle ratification. En outre, une disposition relevant de l'article 1131 n'est pas incompatible avec les règles internationales d'interprétation. L'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne se lit comme suit : « 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions. »³⁰⁸

154. Dans l'affaire *Pope and Talbot Inc. v. Government of Canada*, le Tribunal, tout en étant nettement enclin à conclure que le document de la Commission du libre-échange était un amendement, a néanmoins examiné l'affaire en se fondant sur l'hypothèse selon laquelle il s'agissait d'une « interprétation » de la part de la Commission³⁰⁹.

155. Malgré leur divergence d'opinion concernant le document de la Commission du libre-échange, les différents tribunaux n'ont avancé aucun critère formel permettant de distinguer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, d'un accord visant à modifier un traité (au sens notamment de l'article 39). Les tribunaux ont préféré, dans la mesure du possible, accepter l'intention des parties et considérer que l'accord intervenu entre elles était un accord visant l'interprétation du traité plutôt qu'un amendement ou une modification de celui-ci.

d) *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*

156. Des exemples tirés de la pratique démontrent que les États parties à un traité concluent quelquefois un accord ultérieur dans le but, apparemment, de modifier un traité, sans avoir complété la procédure d'amendement dont ils disposent.

157. Au cours de la réunion des États parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, il a été décidé de reporter la première élection des juges au Tribunal international du droit de la mer du 16 mai 1995 (la dernière date possible selon l'article 4, paragraphe 3, de l'annexe VI de la Convention) au 1^{er} août 1996³¹⁰. Les États parties ont pris une décision semblable concernant la première élection de la Commission des limites du plateau continental³¹¹. Les deux amendements ont été adoptés par consensus. Aucun des deux n'a été adopté en conformité avec la procédure d'amendement décrite aux

articles 312 à 316 de la Convention³¹², et il n'y a eu aucun débat sur leur légalité. Il s'agit peut-être de décisions de ne pas appliquer la Convention dans un cas en particulier (de sorte que l'obligation conventionnelle ne serait pas modifiée, mais tout simplement non respectée). Toutefois, l'élection devant reposer sur un fondement juridique solide, il serait plus plausible de considérer que, dans ce cas précis, les parties avaient l'intention de modifier la Convention de manière à assurer un tel effet.

158. Aux termes de l'article 4 de l'annexe II de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'État qui veut fixer, en application de l'article 76 de la Convention, la limite extérieure de son plateau continental au-delà de 200 miles marins « soumet à la Commission les caractéristiques de cette limite, avec données scientifiques et techniques à l'appui, dès que possible et, en tout état de cause, dans un délai de dix ans à compter de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet État ». Lorsque certains États ont demandé une prorogation du délai fixé³¹³, la réunion des États parties a décidé que, dans le cas d'un État partie pour lequel la Convention était entrée en vigueur avant le 13 mai 1999, il était entendu que le délai de dix ans serait réputé avoir commencé le 13 mai 1999³¹⁴. Le document d'information établi par le Secrétariat proposait plusieurs moyens d'atteindre ce résultat mais préconisait un accord ultérieur entre les parties plutôt qu'un amendement formel en application des articles 312 ou 313 de la Convention ou un accord de mise en œuvre³¹⁵. À la réunion des États parties, une majorité des délégations était d'avis qu'il s'agissait d'une question de procédure qui relevait de la compétence de la réunion des États parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer³¹⁶. Les États parties sont convenus d'adopter une décision par consensus sans invoquer les articles 312 à 314 de la Convention. Compte tenu des termes de l'article 76 de la Convention, et même s'il s'agit d'une question de procédure, il est difficile de voir dans la décision de la réunion des États parties autre chose qu'une modification de la disposition³¹⁷. En même temps, il est clair que les États parties ne souhaitaient pas le reconnaître explicitement.

e) *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*

159. La difficulté de distinguer entre un accord portant interprétation et un accord portant modification d'un traité s'est encore accrue à la suite des décisions prises lors de la réunion des parties au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone d'apporter

³¹² Treves, « The General Assembly and the meeting of the States parties in the implementation of the LOS Convention », p. 68 à 70.

³¹³ Voir SPLOS/60, p. 11, par. 61.

³¹⁴ Voir SPLOS/73, p. 13, par. 81 ; et la décision concernant la date de commencement du délai de dix ans pour présenter une soumission à la Commission sur les limites du plateau continental visé à l'article 4 de l'annexe II de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (SPLOS/72, p. 1)

³¹⁵ Voir le document d'information établi par le Secrétariat sur les problèmes concernant l'article 4 de l'annexe II de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (SPLOS/64), p. 7 et 8 ; voir aussi SPLOS/73, p. 12 à 14.

³¹⁶ Voir SPLOS/73, p. 13, par. 79.

³¹⁷ Voir, par exemple, Allemagne, Ministère fédéral des Affaires étrangères, International Law Division, « International Law Commission topic "Treaties over time" », 14 février 2011, p. 7.

³⁰⁸ Ibid., partie IV, chap. C, par. 20 et 21.

³⁰⁹ *Pope and Talbot Inc. v. Government of Canada*, sentence finale sur les dommages, arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, 31 mai 2002, p. 22 et 23, par. 46 et 47, disponible à l'adresse suivante : <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>.

³¹⁰ Voir le premier rapport de la réunion des États parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, tenue à New York les 21 et 22 novembre 1994 (SPLOS/3), p. 7, par. 16 a.

³¹¹ L'article 2, paragraphe 2, de l'annexe II de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoyait que la date limite de la décision serait le 16 mai 1996, mais à leur troisième réunion, les États parties ont reporté le délai au 13 mars 1997 (voir SPLOS/5, p. 7, par. 20).

plusieurs amendements à l'instrument³¹⁸. Aux termes de l'article 9, paragraphe 5, de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, les amendements au Protocole « entrent en vigueur entre les parties les ayant acceptés le quatre-vingt-dixième jour après que le dépositaire aura reçu notification de leur ratification, approbation ou acceptation [...] par les deux tiers au moins des parties au protocole considéré, sauf disposition contraire du protocole en question ». Le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone prévoit une « procédure d'ajustement » spéciale³¹⁹ qui, comme mentionné plus haut, se distingue d'un amendement au Protocole qui relève de l'article 9, paragraphe 5, de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone.

160. Lors de la deuxième réunion des parties au Protocole de Montréal, tenue à Londres du 27 au 29 juin 1990, les parties ont adopté la « décision II/2 » relativement à plusieurs amendements au Protocole. Les amendements et la procédure d'entrée en vigueur sont décrits à l'annexe II du rapport final du Protocole de Montréal³²⁰. L'article 2 de l'Annexe II est ainsi libellé :

Le présent amendement entre en vigueur le 1^{er} janvier 1992, sous réserve du dépôt à cette date d'au moins vingt instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation dudit amendement par des États ou des organisations régionales d'intégration économique qui sont Parties au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone. Si, à cette date, cette condition n'a pas été remplie, l'amendement entre en vigueur le quatre-vingt-dixième jour suivant la date à laquelle elle a été remplie³²¹.

161. Cette décision de la réunion des parties constitue un accord ultérieur des parties qui pourrait être davantage qu'une interprétation, c'est-à-dire qu'il pourrait s'agir d'une modification de la procédure d'amendement prévue par la Convention et le Protocole. Les décisions successives prises par les parties appliquant la même procédure d'entrée en vigueur constituent une pratique ultérieure qui confirme la décision de 1990³²².

f) *Accords ultérieurs et procédure d'amendement*

162. Il arrive que les parties à un traité adoptent une procédure d'amendement formelle et qu'elles conviennent en même temps de modifier une disposition du traité qu'elles commencent à appliquer avant même d'avoir complété la procédure d'amendement formelle. En pareil cas, on peut se demander si l'accord ultérieur reflète très exactement l'obligation conventionnelle avant que la procédure formelle d'amendement ne soit menée à bien ; à titre d'exemple, on citera la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et

de leur élimination. À partir d'une demande qui avait été formulée lors de la première Conférence des Parties qui réunissait le Groupe de 77 États, en 1994, il a été décidé, par consensus, lors de la deuxième Conférence, d'interdire tout mouvement transfrontalier de déchets dangereux d'un État membre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à un État non membre³²³. Cependant, pendant les débats qui ont eu lieu à la deuxième Conférence des Parties, certains États ont demandé si la décision ne devait pas plutôt être prise en suivant la procédure formelle d'amendement prévue à l'article 17 de la Convention de Bâle³²⁴. Les critiques ont continué, surtout dans la sphère nationale de certains États parties³²⁵. Lors de sa troisième réunion, en 1995, la Conférence des Parties a décidé de procéder à l'amendement formel de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination pour interdire le mouvement transfrontalier de déchets dangereux d'un pays membre de l'OCDE à un pays non membre. L'amendement n'est pas encore entré en vigueur conformément à la procédure prévue à l'article 17 de la Convention. Au cours des débats qui ont eu lieu pendant la troisième réunion de la Conférence des Parties, plusieurs États ont dit que la décision de soumettre la question à la procédure formelle d'amendement n'enlevait pas son caractère obligatoire à la décision antérieure de la Conférence des Parties, alors que d'autres États ont expressément rejeté cette vue³²⁶.

g) *Distinction entre divers accords ultérieurs*

163. Les exemples susmentionnés tirés de la jurisprudence et de la pratique des États donnent à penser qu'il est souvent très difficile d'établir une distinction entre un accord intervenu entre les parties en vertu d'une disposition précise du traité qui donne force obligatoire à tout accord ultérieur, un simple accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, qui n'est pas contraignant en soi et, enfin, un accord qui modifie un traité au sens de l'article 39. Il ne semble pas y avoir de critère formel, mis à part ceux qui pourraient être prévus dans le traité lui-même, qui soit reconnu comme établissant une distinction entre ces divers types d'accords ultérieurs. Il est toutefois clair que les États et les tribunaux internationaux sont, en règle générale, disposés à accorder beaucoup de latitude aux États parties dans l'interprétation d'un traité par accord ultérieur. Cette latitude pourrait même aller jusqu'à permettre une interprétation allant au-delà du

³²³ Voir projet de rapport de la deuxième réunion de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, Genève, 21-25 mars 1994 (UNEP/CHW.2/30), décision II/12, p. 19 et 20.

³²⁴ Voir décision III/1, adoptée lors de la troisième réunion de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, Genève, 18-22 septembre 1995 (UNEP/CHW.3/35), p. 1 et 2 ; voir également Handl, « International "lawmaking" by conferences of the parties and other politically mandated bodies », p. 132.

³²⁵ En Australie, par exemple, les membres du Parlement ont dit craindre une « éventuelle atteinte à la souveraineté du Parlement », Handl, « International "lawmaking" by conferences of the parties and other politically mandated bodies », p. 132, note 23.

³²⁶ Voir le rapport de la troisième réunion de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination, Genève, 18-22 septembre 1995 (UNEP/CHW.3/34) ; voir aussi Handl, « International "lawmaking" by conferences of the parties and other politically mandated bodies ».

³¹⁸ Voir, par exemple, Brunnée, « COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements », p. 31 ; Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement », p. 641.

³¹⁹ Voir Brunnée, « Reweaving the Fabric of International Law? », p. 109 et 110.

³²⁰ Rapport de la deuxième réunion des Parties au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, Londres, 27-29 juin 1990 (UNEP/OzL.Pro.2/3), p. 12, par. 40.

³²¹ Ibid., p. 42.

³²² La liste des amendements au Protocole de Montréal est disponible sur le site Web du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), Secrétariat de l'ozone, à l'adresse suivante : <https://ozone.unep.org/treaties/montreal-protocol/amendments>.

sens ordinaire du texte d'un traité. La reconnaissance de cette latitude dans l'interprétation d'un traité va de pair avec la réticence des États et des tribunaux à reconnaître qu'un accord puisse réellement modifier un traité³²⁷. L'exemple de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination ne doit pas nécessairement être interprété comme constituant une reconnaissance a posteriori du fait que la décision de la Conférence des Parties exigeait un amendement formel, mais il pourrait également s'agir d'un moyen d'éviter tout désaccord entre les parties en procédant de manière plus « douce », même si, à strictement parler, ce n'était pas nécessaire. Il semblerait toutefois que, lorsque les parties optent pour une procédure formelle d'amendement, elles considèrent généralement que cela est juridiquement nécessaire.

164. La présomption selon laquelle un accord ultérieur qui n'est pas conforme aux conditions procédurales d'amendement doit recevoir une interprétation stricte de manière à ne pas modifier le traité semble encore plus forte lorsque l'accord ultérieur influencerait sur l'objet et le but du traité, c'est-à-dire sur l'un de ses éléments essentiels³²⁸. Un élément essentiel pourrait être notamment la création de certains droits individuels³²⁹. Toutefois, si un accord ultérieur est suffisamment clair, il peut même contribuer à la modification d'un élément essentiel d'un traité³³⁰.

³²⁷ Il se peut que les États se trouvant dans un contexte diplomatique plutôt que judiciaire aient tendance à reconnaître plus facilement qu'un certain accord ou une pratique commune constitue une modification d'un traité (voir Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », p. 83).

³²⁸ Voir la directive 3.1.5 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités [Annuaire... 2011, vol. II (3^e partie), p. 29]; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 214.

³²⁹ Voir Comité des droits de l'homme, observation générale n° 26 sur les questions touchant la continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 40 (A/53/40)*, annexe VII], par. 4 (qui vise toutefois le pouvoir de dénoncer le Pacte international relatif aux droits civils et politiques); voir 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 (note 12 *supra*), par. 108 (qui porte toutefois sur la *lex specialis*); Buga, « Subsequent practice and treaty modification », notes 152 à 155.

³³⁰ Voir, par exemple, Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice », p. 46; Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », p. 31 (sur les accords sur la privatisation des organisations de télécommunications internationales par satellite conclus sans application de la procédure normale d'amendement); Roberts, « Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States ».

3. CONCLUSION

165. La jurisprudence des tribunaux internationaux et la pratique des États confirment que, s'il est possible, en théorie, d'établir une distinction entre la modification (ou l'amendement) d'un traité et son interprétation par voie d'accord ou de pratique ultérieures des parties, dans la pratique, comme la Commission l'a dit en termes plutôt prudents, « il peut se faire que la limite qui sépare l'interprétation du traité de sa modification par la pratique ultérieure tende à s'effacer³³¹ ». La Cour internationale de Justice n'a pas proposé de critère permettant de distinguer une interprétation d'une modification par voie d'accord ultérieur ou de pratique ultérieure des parties. L'approche la plus raisonnable consisterait à dire que la ligne qui sépare l'interprétation de la modification ne peut être déterminée par des critères abstraits mais doit d'abord découler du traité lui-même, de la nature de la disposition précise du traité en question et du contexte juridique du traité en sus des circonstances précises de l'affaire. Dans ce contexte, il est important de se demander jusqu'où peut aller une interprétation évolutive de la disposition. Dans l'affaire concernant le *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*³³², par exemple, la Cour internationale de Justice a su éviter de se prononcer sur la question de savoir si le terme *comercio* avait été modifié par la pratique ultérieure suivie par les parties, puisque, selon la Cour, il était possible de lui donner une interprétation évolutive.

166. Les considérations qui précèdent conduisent à la conclusion suivante :

« Projet de conclusion 11. Portée interprétative des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure »

« 1. La portée des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques au sens de l'article 31, paragraphe 3, peut être étendue.

« 2. Lorsqu'elles adoptent un accord ultérieur ou une pratique ultérieure, les parties à un traité sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de le modifier. La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne modifier un traité n'est pas généralement reconnue. »

³³¹ *Annuaire... 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 61, paragraphe 25 du commentaire relatif au projet d'article 71.

³³² *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [voir *supra* la note 26], p. 242 et 243, par. 64 à 66.

CHAPITRE VII

Futur programme de travail

167. Selon le programme de travail initial³³³, le troisième rapport qui sera présenté à la soixante-septième session, en 2015, portera sur les accords ultérieurs et la pratique ultérieure dans le contexte de traités constitutifs des organisations internationales. Le rapport pourrait aussi traiter de la pratique des organes conventionnels, du

rôle des tribunaux nationaux et d'autres questions que les membres de la Commission ou des États pourraient vouloir examiner dans le cadre du sujet. En fonction des progrès qui seront accomplis, un rapport final pourrait être présenté à la soixante-huitième session, en 2016, qui traiterait d'éventuelles questions en suspens. La Commission pourrait alors entreprendre un examen de l'ensemble du projet de conclusions, en vue de son adoption finale.

³³³ Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 80, par. 238.

ANNEXE

Avant-projet de conclusions*Projet de conclusion 6. Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure*

L'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure, au sens de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32, exige un examen approfondi, s'agissant en particulier de savoir si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou sont motivées par d'autres considérations.

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

1. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, au sens de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32, peuvent contribuer à préciser le sens d'un traité, en particulier en restreignant ou en élargissant la gamme des interprétations possibles, ou en indiquant une certaine marge d'appréciation que le traité accorde aux parties.

2. La valeur d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyen d'interprétation peut dépendre, entre autres, de leur spécificité.

Projet de conclusion 8. Formes et valeur de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b

La pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, peut prendre diverses formes et doit traduire les vues communes des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité. Sa valeur en tant que moyen d'interprétation dépend de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance.

Projet de conclusion 9. Accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité

1. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a et b, ne doit pas nécessairement revêtir une forme particulière ni avoir un caractère contraignant en tant que tel.

2. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, suppose une communauté de vues connue des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité. En vue d'établir un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des

parties peut, lorsque les circonstances appellent une réaction, constituer une acceptation de la pratique ultérieure.

3. Tout accord ultérieur ou toute pratique ultérieure commune n'indique pas nécessairement un accord entre les parties à l'égard de l'interprétation d'un traité, mais peut signifier au contraire leur accord pour ne pas appliquer temporairement le traité ou pour établir un arrangement pratique (*modus vivendi*).

Projet de conclusion 10. Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties

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

2. L'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité et du règlement applicable. Selon les circonstances, une telle décision peut constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, ou donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, et de l'article 32.

3. Une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties constitue un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, dans la mesure où elle exprime un accord sur le fond entre les parties concernant l'interprétation d'un traité, indépendamment de la forme sous laquelle la décision a été adoptée et de la procédure suivie pour le faire.

Projet de conclusion 11. Portée interprétative des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure

1. La portée des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques au sens de l'article 31, paragraphe 3, peut être étendue.

2. Lorsqu'elles adoptent un accord ultérieur ou une pratique ultérieure, les parties à un traité sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de le modifier. La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne modifier un traité n'est pas généralement reconnue.

APPLICATION PROVISOIRE DES TRAITÉS

[Point 8 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/675

Deuxième rapport sur l'application provisoire des traités, par M. Juan Manuel Gómez Robledo, Rapporteur spécial*

[Original: espagnol]
[9 juin 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	159
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	160
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-8 161
<i>Chapitres</i>	
I. ANALYSE DES VUES EXPRIMÉES PAR LES ÉTATS MEMBRES.....	9-22 161
II. EFFETS JURIDIQUES DE L'APPLICATION PROVISOIRE DES TRAITÉS.....	23-85 162
A. Source des obligations.....	32-43 163
B. Droits.....	44-52 165
C. Obligations.....	53-68 166
D. Extinction des obligations.....	69-85 167
III. CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE LA VIOLATION D'UN TRAITÉ APPLIQUÉ À TITRE PROVISOIRE.....	86-95 168
IV. CONCLUSION.....	96-98 169

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	<i>Sources</i>
Protocole portant application provisoire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Genève, 30 octobre 1947)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 55, n° 814, p. 309.
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 sur le fonctionnement de l'Union européenne (Rome, 25 mars 1957)	Ibid., vol. 294, n° 4300, p. 3. Voir également la version consolidée du Traité, <i>Journal officiel de l'Union européenne</i> , n° C 83, 30 mars 2010, p. 47.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1155, n° 18232, p. 331.

* Le Rapporteur spécial tient à exprimer toute sa gratitude à M. Pablo Arrocha pour son concours inestimable à l'établissement du présent rapport.

Sources

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.
Accord relatif à l'Organisation internationale de télécommunications par satellites «INTELSAT» (Washington, 20 août 1971)	Ibid., vol. 1220, n° 19677, p. 21.
Accord relatif à un programme international de l'énergie (Paris, 18 novembre 1974)	Ibid., vol. 1040, n° 15664, p. 271.
Accord international de 1977 sur le sucre (Genève, 7 octobre 1977)	Ibid., vol. 1064, n° 16200, p. 219.
Arrangement international relatif au secteur laitier conclu sous les auspices des Parties contractantes à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Genève, 12 avril 1979)	Ibid., vol. 1186, n° 814, p. 55.
Convention internationale des télécommunications (Nairobi, 6 novembre 1982)	Ibid., vol. 1533, n° 26559, p. 2.
Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire (Vienne, 26 septembre 1986)	Ibid., vol. 1439, n° 24404, p. 275.
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)	Ibid., vol. 1975, n° 33757, p. 3.
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)	Ibid., vol. 1836, n° 31364, p. 3.
Traité sur la Charte de l'énergie (Lisbonne, 17 décembre 1994)	Ibid., vol. 2080, n° 36116, p. 95.
Accord international de 1994 sur le caoutchouc naturel (Genève, 17 février 1995)	Ibid., vol. 1964, n° 33546, p. 3.
Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrants (New York, 4 août 1995)	Ibid., vol. 2167, n° 37924, p. 3.
Document ayant fait l'objet d'un accord entre les États parties au traité sur les forces armées conventionnelles en Europe en date du 19 novembre 1990 (Vienne, 31 mai 1996)	Ibid., n° A-44001 (le numéro de publication reste à déterminer), disponible à l'adresse suivante : https://treaties.un.org .
Convention relative à l'aide alimentaire de 1999 (Londres, 13 avril 1999)	Ibid., vol. 2073, n° A-32022, p. 135.
Accord sur les privilèges et immunités de l'organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER (Paris, 21 novembre 2006)	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i> , n° L 358, 16 décembre 2006, p. 81.
Convention relative à l'assistance alimentaire (Londres, 25 avril 2012)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2884, n° 50320, p. 3.
Traité sur le commerce des armes (New York, 2 avril 2013)	Ibid., n° 52373 (le numéro de publication reste à déterminer), disponible à l'adresse suivante : https://treaties.un.org .

Ouvrages cités dans le présent rapport

ASCENSIO, Hervé «Convention de Vienne de 1969: Article 70, conséquences de l'extinction d'un traité», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), <i>Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article</i> , vol. III, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 2503 à 2539.	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 à 5.
AUST, Anthony <i>Modern Treaty Law and Practice</i> , 2 ^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2007.	MATHY, Denise «Convention de Vienne de 1969: Article 25, application à titre provisoire», 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 à 1070.
GESLIN, Albane <i>La mise en application provisoire des traités</i> , Paris, Pedone, 2005.	MICHIE, Andrew «The provisional application of treaties in South African law and practice», <i>South African Yearbook of International Law</i> , vol. 30 (2005), p. 1 à 32.
GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios <i>Derecho de los Tratados</i> , Mexico, Editorial Porrúa, 2010.	QUAST MERTSCH, Anneliese <i>Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature</i> , Leyde/Boston, Brill, 2012.
KLAUS, Ulrich «The Yukos case under the Energy Charter Treaty and the Provisional Application of International Treaties», <i>Policy Papers on Transnational Economic Law</i> , n° 11, Halle, Martin-Luther-University, 2005.	REUTER, Paul <i>Introduction au droit des traités</i> , 3 ^e éd. revue et augmentée, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

ROGOFF, Martin A., et Barbara E. GAUDITZ

«The provisional application of international agreements», *Maine Law Review*, vol. 39, n° 1 (1987), p. 29 à 81.

SIMMA, Bruno, et Christian J. TAMS

«Convention de Vienne de 1969: Article 60, extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa

violation», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 2131 à 2176.

VIGNES, Daniel

«Une notion ambiguë: l'application à titre provisoire des traités», *AFDI*, vol. 18 (1972), p. 181 à 199.

Introduction

1. Dans son premier rapport sur l'application à titre provisoire des traités¹, présenté à la Commission pour examen en juin 2013, le Rapporteur spécial a, dans un aperçu général préliminaire, balisé le terrain en vue de recenser les questions à approfondir à l'occasion de ses rapports à venir.

2. Le Rapporteur spécial a notamment évoqué l'histoire du concept d'application à titre provisoire des traités et la terminologie associée, ainsi que la finalité et l'intérêt de cette institution. Il a en outre entrepris d'examiner le régime juridique de l'application provisoire, en s'intéressant spécialement à trois de ses modalités principales: la source des obligations, les formes de la déclaration d'intention et les modalités de cessation de l'application à titre provisoire.

3. Il a annoncé par ailleurs qu'il envisagerait les effets juridiques de l'application provisoire sur les plans national et international à l'occasion de ses futurs rapports.

4. Le présent rapport se veut l'occasion d'approfondir la réflexion sur les effets juridiques de l'application provisoire des traités, ainsi qu'il est dit au paragraphe 37 du premier rapport.

5. Les membres de la Commission et les États qui ont participé aux débats sur l'application provisoire ont fait remarquer à plusieurs reprises que la question des effets

juridiques de l'application provisoire était essentielle pour la poursuite de l'examen du sujet, en ce qu'elle concerne l'incidence de cette institution du droit des traités sur l'acquisition d'obligations et de droits internationaux par l'État ou les États qui décident d'y recourir.

6. À cette fin, le Rapporteur spécial prendra en compte les vues exprimées par les États lors du débat consacré au sujet par la Sixième Commission à la soixante-huitième session ordinaire de l'Assemblée générale, ainsi que les informations sur la pratique des États reçues à ce jour comme suite à la demande formulée par la Commission dans son rapport sur les travaux de sa soixante-cinquième session² et dont l'Assemblée générale a pris note au paragraphe 1 de sa résolution 68/112 du 16 décembre 2013.

7. Bien que la Commission ait déjà reçu divers rapports au sujet de la pratique des États, le Rapporteur spécial estime prudent et nécessaire de recueillir davantage d'informations sur ce sujet, le but étant de pouvoir présenter à la Commission un tableau plus cohérent et éventuellement des conclusions concernant cette pratique.

8. Bien entendu le Rapporteur spécial a fait fond sur les rapports soumis à ce jour par les États à l'occasion de l'établissement du présent rapport et tient à remercier les États qui ont rendu compte de leur pratique. Toutefois, il surseoirait à proposer à ce stade toutes conclusions concernant la pratique des États.

¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/664.

² *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 16, par. 27.

CHAPITRE I

Analyse des vues exprimées par les États Membres

9. Lors du débat à la Sixième Commission à la soixante-huitième session ordinaire de l'Assemblée générale, de nombreuses délégations ont évoqué, lors de leurs interventions, le sujet de l'application provisoire des traités, et en particulier le premier rapport du Rapporteur spécial.

10. Le Rapporteur spécial remercie sincèrement toutes les délégations pour leurs précieuses contributions et observations, dont il a dûment tenu compte aux fins de l'examen du sujet dans le présent rapport.

11. Lors de leurs interventions, les États Membres ont relevé d'importants domaines de réflexion intéressant l'application provisoire. Certains États ont par exemple

suggéré au Rapporteur spécial de s'intéresser aux modalités selon lesquelles tel État peut autoriser l'application à titre provisoire d'un traité. D'autres ont suggéré de rechercher si l'on pouvait envisager l'«adhésion provisoire», et si un tel concept pourrait être assimilé à l'application provisoire au moment de l'entrée en vigueur du traité. Il a également été suggéré d'envisager la mise en place provisoire d'organes conventionnels, ainsi que l'application provisoire des traités par les organisations internationales, comme cela ressort du résumé des débats établi par le Secrétariat³.

³ Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session (A/CN.4/666).

12. Les interventions mentionnées ont également été l'occasion d'évoquer des questions liées aux effets juridiques, comme celle de savoir si l'application provisoire aurait les mêmes effets juridiques si elle prenait effet au moment de la signature du traité qu'à celui de sa ratification, ou encore si elle concernait le traité dans sa totalité ou seulement certaines de ses dispositions.

13. De manière générale, le Rapporteur spécial a pu déterminer que le sujet qui suscitait le plus d'intérêt chez la majorité des délégations était celui des effets juridiques de l'application à titre provisoire des traités.

14. À ce propos, à en juger par les informations communiquées à ce jour par les États, il n'est pas douteux que l'application provisoire de tel traité établit un lien juridique et qu'elle a, de ce fait, des effets juridiques. En revanche, l'ensemble des observations et questions qui ont été adressées au Rapporteur spécial partent justement du postulat que l'application provisoire produit des effets juridiques, qui vont au-delà de l'obligation de ne pas priver le traité de son objet et de son but consacrée à l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969).

15. Le Rapporteur spécial convient avec les membres de la Commission et avec les États Membres que la Commission n'a pas tant pour mission de promouvoir ou de décourager le recours à l'application provisoire, que de proposer des orientations qui permettent de mieux cerner cette institution. En effet, il faut voir dans l'application provisoire d'un traité un mécanisme transitoire et, dans une certaine mesure, un palliatif, et non un moyen d'éviter la ratification de tel ou tel traité ou son entrée en vigueur, tel qu'envisagé par ledit traité.

16. La pratique des États, telle qu'elle ressort des informations communiquées, inspire au Rapporteur spécial les deux observations suivantes.

17. En premier lieu, il ressort des interventions faites à la Sixième Commission que les États tiennent à voir souligner que l'application à titre provisoire de tout traité dépendra également des dispositions du droit interne de chaque État et des circonstances propres à chacun. Les États ont en effet souhaité préciser que le recours à l'application provisoire et notamment les modalités de consentement étaient régis par les dispositions du droit interne en la matière. Il a ainsi été suggéré de faire l'analyse comparative du droit interne des États, l'idée étant de pouvoir mieux cerner le fonctionnement de cette institution dans l'ordre interne.

18. Sans méconnaître le souci des États de voir respecter les prescriptions de leur droit interne, le Rapporteur spécial pense qu'une telle étude comparative n'est pas de son ressort. Il ne dispose pas du temps nécessaire à cette fin et il n'est pas certain qu'une telle étude soit utile aux membres de l'Assemblée générale. Au regard du droit international, comme l'a déclaré la Cour permanente de Justice internationale, «les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États⁴». De même, il ressort des débats de la Commission depuis le début de l'examen du sujet qu'il est sans intérêt d'interroger le droit interne aux fins de l'examen de l'application provisoire des traités.

19. Le Rapporteur spécial convient avec certains membres de la Commission qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les textes de lois internes que les États invoquent pour recourir ou non à l'institution de l'application provisoire des traités. Il s'intéresse donc essentiellement aux effets juridiques de l'application provisoire sur le plan international, sans oublier bien sûr que l'application provisoire est susceptible d'entraîner, ainsi que l'ont fait observer certains membres de la Commission, la révision des cas de violation manifeste du droit interne concernant une règle d'importance fondamentale relative à la compétence de l'État à conclure des traités envisagée à l'article 46, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969.

20. En second lieu, à la date du présent rapport, seuls 10 pays [Allemagne, Botswana, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Mexique, Micronésie (États fédérés de), Norvège, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse] ont rendu compte à la Commission de leur pratique interne en matière d'application provisoire des traités. Le Rapporteur spécial les en remercie chaleureusement: venant enrichir les débats de l'Assemblée générale, les rapports ainsi déposés constituent une précieuse source d'informations sur la pratique interne.

21. Il est intéressant de noter que les États fédérés de Micronésie, qui ne sont pas partie à la Convention de Vienne de 1969, ont rendu compte à la Commission de leur pratique en la matière, ce qui, aux yeux du Rapporteur spécial, en dit assez sur l'intérêt suscité par l'examen du sujet par la Commission.

22. Comme le Rapporteur spécial l'a déjà mentionné, il entend réunir davantage d'informations sur la pratique des États avant de dégager toutes conclusions.

⁴ *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond), arrêt du 25 mai 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 19.

CHAPITRE II

Effets juridiques de l'application provisoire des traités

23. En 1966, le Rapporteur spécial Sir Gerald Fitzmaurice faisait valoir, dans le contexte des travaux menés par la Commission sur le droit des traités, qu'un traité appliqué à titre provisoire avait incontestablement des effets juridiques et entraînait donc de facto en

vigueur⁵. Dans son mémorandum de 2013, le Secrétaire, évoquant le premier rapport du Rapporteur spécial,

⁵ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 229, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 22 («Entrée en vigueur à titre provisoire»)

a souligné que la Commission considérait de manière générale que l'application provisoire emportait l'obligation d'exécuter le traité, ne fût-ce qu'à titre provisoire⁶.

24. Vu l'argumentation exposée dans le premier rapport sur l'application provisoire des traités et les observations formulées par les États, le Rapporteur spécial peut partir du principe que l'application provisoire d'un traité entraîne des effets juridiques sans toutefois s'assimiler à une forme simplifiée d'entrée en vigueur du traité ou de telle ou telle de ses stipulations. Il a déjà été précisé dans le premier rapport que l'entrée en vigueur obéissait à un régime juridique distinct⁷.

25. Nonobstant, et sans que l'on puisse en conclure autrement, des pays tels que le Botswana et la Norvège ont fait observer que la procédure d'application provisoire était la même que celle de la ratification et de l'entrée en vigueur du traité. La Suisse estime que l'«application provisoire» et l'«entrée en vigueur provisoire» ne sont effectivement pas des notions juridiques distinctes étant donné qu'elles produisent les mêmes effets de droit, et se demande si le régime des réserves s'applique aussi en cas d'application provisoire d'un traité. Pour leur part, les États-Unis signalent que, d'après un membre de la Commission des relations extérieures du Sénat américain, le traité appliqué à titre provisoire a le même statut juridique que tout autre accord conclu par le Président et produit les pleins effets, en droit interne, dès lors qu'il est ratifié.

26. Le traité appliqué à titre provisoire peut produire des effets tant sur le plan interne que sur le plan international selon le traité considéré, ses clauses d'application provisoire et son objet. Ainsi, les traités relatifs aux droits de l'homme ou aux tarifs douaniers produisent principalement des effets au plan interne⁸.

27. Quand bien même on considérerait, comme certains auteurs, que l'application provisoire intéresse non pas tant le traité en question qu'un accord parallèle né du fait même de l'application provisoire⁹, cette dernière produirait des effets juridiques.

28. Ainsi que cela a déjà été dit et comme plusieurs États membres l'ont rappelé, les États parties à un traité ne sont pas les seuls à pouvoir recourir à l'application provisoire : les organisations internationales peuvent également appliquer tel traité à titre provisoire¹⁰ dès lors que celui-ci est ouvert à la signature et à la ratification par ces sujets de droit international.

29. Il ressort des affaires *Kardassopoulos*¹¹ et *Yukos*¹², à l'occasion desquelles l'interprétation et le champ

d'application de l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie, relatif à l'application provisoire dudit instrument, étaient l'objet du litige, que l'application provisoire des traités produit des effets juridiques générateurs des droits et obligations régis par le droit international. Le collège d'arbitres saisi de l'affaire *Yukos* a examiné l'applicabilité de l'article 45, mais n'a pas mis en doute la validité juridique de l'application provisoire en soi. Autrement dit, la question en litige ne relevait pas tant du droit international public que du droit constitutionnel du pays de l'une des parties¹³.

30. Il convient cependant de garder à l'esprit que «[l]es effets du traité concernent avant tout les auteurs de l'acte : ils sont ce que les auteurs ont voulu et seulement ce qu'ils ont voulu¹⁴». À cet égard, M. Georg Nolte, Rapporteur spécial sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, a souligné qu'il importait en toutes circonstances de rechercher la volonté des parties¹⁵.

31. Il y a lieu de mentionner les travaux d'Anneliese Quast Mertsch sur le caractère contraignant des obligations découlant de l'application provisoire des traités, qui sont d'un grand intérêt pour saisir la nature et la portée des effets de l'application provisoire des traités¹⁶.

A. Source des obligations

32. En ce qui concerne le régime juridique de l'application provisoire, le Rapporteur spécial a fait observer dans son premier rapport que l'obligation d'appliquer un traité à titre provisoire pouvait naître d'une disposition du traité lui-même ou d'un accord distinct ou parallèle et que la volonté des parties pouvait s'exprimer de manière explicite ou implicite¹⁷.

33. Ainsi, la nature et les effets juridiques des obligations dépendent, en premier lieu, de ce que le traité lui-même stipule quant à l'application provisoire de tout ou partie de ses dispositions. Dans leur rapport sur la pratique interne, les États-Unis distinguent entre les traités appliqués à titre provisoire en tout¹⁸ ou en

¹³ Klaus, «The Yukos case under the Energy Charter Treaty and the Provisional Application of International Treaties», p. 4.

¹⁴ Reuter, *Introduction au droit des traités*, p. 87.

¹⁵ Voir le premier rapport dans *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/660; et le deuxième rapport, document A/CN.4/671, reproduit dans le présent volume.

¹⁶ Voir Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*.

¹⁷ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/664, par. 43 à 47.

¹⁸ Voir Air Transport Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia (Washington, 17 mai 2005), TIAS 06-721.1; Protocole additionnel à l'Accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Agence internationale de l'énergie atomique relatif à l'application de garanties aux États-Unis d'Amérique (Vienne, 12 juin 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2593, n° 20737; Air Transport Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Guatemala (San José, 8 mai 1997), KAV 5945; Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs; Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire; et Arrangement international relatif au secteur laitier conclu sous les auspices des Parties contractantes à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

[«Mais il n'y a aucun doute que de telles clauses ont un effet juridique et mettent le traité en vigueur à titre provisoire»].

⁶ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/658, par. 66.

⁷ Ibid., document A/CN.4/664, par. 7 à 24.

⁸ Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*, p. 74.

⁹ Vignes, «Une notion ambiguë : l'application à titre provisoire des traités», p. 192.

¹⁰ Reuter, *Introduction au droit des traités*, p. 62 et 63.

¹¹ Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, affaire n° ARB/05/18, disponible sur le site Web du CIRDI : <http://icsid.worldbank.org>.

¹² Cour permanente d'arbitrage, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, affaire n° AA 227, sentence intérimaire sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009.

partie¹⁹, y compris ceux dont l'application provisoire est subordonnée à la législation interne²⁰, ceux assortis de conditions d'application spéciales²¹ ou d'exceptions²² et ceux qui sont limités dans le temps²³.

34. Aux termes de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 :

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :

a) si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou

b) si les États ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

35. Cette disposition signifie que l'application provisoire d'un traité découle d'un accord entre les États ayant participé à la négociation, pour reprendre les termes de l'article 2, paragraphe 1 e, de la Convention de Vienne de 1969²⁴. On peut cependant envisager au moins quatre hypothèses distinctes :

a) celle où le traité lui-même prévoit son application à titre provisoire dès adoption, c'est-à-dire une fois satisfait aux prescriptions des articles 9 et 10 de la Convention de Vienne de 1969, respectivement relatifs à l'adoption et à l'authentification du texte du traité. La seule participation à l'adoption du traité met alors à la charge de l'État l'obligation d'appliquer provisoirement celui-ci, cette obligation découlant, sauf disposition contraire expresse, d'une manifestation non équivoque de volonté qui prend généralement la forme d'une décision ou d'une résolution²⁵. L'État qui ne consent pas à l'application provisoire ou qui exige un fondement juridique plus solide n'est pas lié par cette obligation. De fait, comme la République tchèque l'a fait observer dans son rapport sur sa pratique interne, le fondement juridique de l'application provisoire des accords conclus entre l'Union européenne et des États tiers ou

des organisations internationales est l'article 218, paragraphe 5, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, aux termes duquel

[]le Conseil, sur proposition du négociateur, adopte une décision autorisant la signature de l'accord et, le cas échéant, son application provisoire avant l'entrée en vigueur [;]

b) celle où le traité prévoit son application à titre provisoire par les États signataires suivant l'une des modalités prévues à l'article 10 b de la Convention de Vienne de 1969, auquel cas l'obligation de l'appliquer à titre provisoire découle de sa signature, de sa signature *ad referendum* ou de son paraphe ou de ce qui est dit dans l'acte final de la conférence comportant le texte du traité²⁶ ;

c) celle où le traité ne prescrit pas aux États négociateurs et signataires de l'appliquer à titre provisoire, ménageant à chacun la faculté de décider de le faire ou non, et ce, à tout moment à compter de son adoption, y compris après son entrée en vigueur, ainsi qu'il est dit à l'article 25, paragraphe 1 a de la Convention de Vienne de 1969. La volonté de tel ou tel État d'être lié par les obligations découlant du traité peut alors s'exprimer par une déclaration unilatérale²⁷. Lorsque plusieurs États conviennent de l'application provisoire, leur volonté peut s'exprimer par la conclusion d'un accord parallèle pouvant prendre diverses formes. Dans leur rapport sur leur pratique interne, les États-Unis font ainsi observer que, dans le cas du traité d'assistance mutuelle conclu avec l'Ukraine²⁸, la volonté des parties s'était exprimée par voie d'échange de notes le 30 septembre 1999 ;

d) enfin, l'hypothèse où le traité étant muet sur l'application provisoire, il se peut qu'un ou plusieurs États négociateurs s'opposent pour quelque raison que ce soit à la décision de telle ou telle partie contractante d'appliquer le traité provisoirement. En effet, l'article 25, paragraphe 1 b, de la Convention parle des « États ayant participé à la négociation », ce qui laisserait présumer que l'application provisoire du traité par l'un des États négociateurs requiert l'accord de tous les autres. Quels seraient les effets juridiques de pareille situation ? Comme le Rapporteur spécial n'en connaît aucun exemple, il serait reconnaissant aux États de communiquer toutes informations dont ils disposent à ce sujet.

36. L'engagement d'assumer les obligations découlant de l'application d'un traité à titre provisoire, s'il peut s'exprimer par la voie d'une ou plusieurs déclarations unilatérales ou d'accord, emporte donc en tout état de cause des effets juridiques²⁹.

37. En ce qui concerne les déclarations unilatérales, la Cour internationale de Justice a conclu que

des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. [...] Quand l'État auteur de la déclaration

¹⁹ Voir Treaty between the United States of America and the Russian Federation on measures for the further reduction and limitation of strategic offensive arms (Prague, 8 avril 2010), TIAS 11-205 (voir aussi ILM, vol. 50, n° 3, p. 340) ; et Convention internationale des télécommunications.

²⁰ Voir 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 ; Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Kingdom of Denmark on Enhancing Cooperation in Preventing and Combating Serious Crime (Copenhague, 14 octobre 2010), TIAS 11-505 ; Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Czech Republic on Enhancing Cooperation in Preventing and Combating Serious Crime (Prague, 12 novembre 2008), TIAS 10-501 ; Accord sur les privilèges et immunités de l'organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER ; Accord relatif à un programme international de l'énergie ; et Protocole portant application provisoire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

²¹ Voir Convention relative à l'assistance alimentaire ; Convention relative à l'aide alimentaire de 1999 ; Accord international de 1994 sur le caoutchouc naturel ; et Accord international de 1977 sur le sucre.

²² Voir Millennium Challenge Compact between the United States of America acting through the Millennium Challenge Corporation and the Republic of Cape Verde (Praia, 10 février 2012), TIAS 12-1130.1.

²³ Voir Document Agreed Among States Parties to the Treaty on Conventional Armed Forces in Europe of November 19, 1990.

²⁴ Mathy, « Convention de Vienne de 1969 : Article 25, application à titre provisoire », p. 1063.

²⁵ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 172.

²⁶ Ibid.

²⁷ Mathy, « Convention de Vienne de 1969 : Article 25 », p. 1065.

²⁸ Treaty between the United States of America and Ukraine on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters (Kiev, 22 juillet 1998), TIAS 12978.

²⁹ Mathy, « Convention de Vienne de 1969 : Article 25 », p. 1066 à 1068.

entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres États, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'État s'est prononcé³⁰.

38. D'après la Cour, la décision de tel État d'appliquer provisoirement un traité constitue donc un acte unilatéral autonome qui dépend entièrement de la volonté dudit État et entraîne pour celui-ci des effets juridiques nouveaux³¹, distincts des droits et obligations que le traité fait naître pour les parties dès lors qu'il entre en vigueur.

39. Ainsi, les États-Unis considèrent que le pouvoir qu'a le Président de décider unilatéralement de l'application provisoire de tel traité relève exclusivement de leur droit interne et que, en conséquence, l'application provisoire d'un traité est une question de droit constitutionnel.

40. Il convient ici de se référer aux travaux menés par la Commission concernant les actes unilatéraux des États susceptibles de créer des obligations juridiques, et en particulier aux Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques³², dont l'Assemblée générale a recommandé la diffusion dans sa résolution 61/34 du 4 décembre 2006 et qui définissent les critères permettant de déterminer si une déclaration unilatérale crée ou non des obligations en droit international.

41. On citera en particulier les principes 1³³, 3³⁴, 9³⁵ et 10³⁶, qui concernent le caractère obligatoire des

³⁰ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, à la page 267, par. 43.

³¹ Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, p. 188.

³² Le texte des principes directeurs adoptés par la Commission et les commentaires y relatifs figurent dans l'*Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 169 et suiv., par. 176 et 177.

³³ *Ibid.*, p. 169, par. 176, « Des déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Lorsque les conditions pour qu'il en soit ainsi sont réunies, le caractère obligatoire de telles déclarations repose sur la bonne foi; les États intéressés peuvent donc en tenir compte et tabler sur elles; ils sont fondés à exiger que de telles obligations soient respectées ».

³⁴ *Ibid.*, « Pour déterminer les effets juridiques de telles déclarations, il convient de tenir compte de leur contenu, de toutes les circonstances de fait dans lesquelles elles sont intervenues et des réactions qu'elles ont suscitées ».

³⁵ *Ibid.*, « Aucune obligation ne peut résulter pour les autres États de la déclaration unilatérale d'un État. Cependant, le ou les autres États concernés peuvent se trouver engagés par une obligation relative à une telle déclaration unilatérale dans la mesure où ils ont clairement accepté une telle déclaration ».

³⁶ *Ibid.*, « Une déclaration unilatérale qui a créé des obligations juridiques à la charge de l'État auteur ne saurait être arbitrairement rétractée. Pour apprécier si une rétraction serait arbitraire, il convient de prendre en considération »:

« a) [I]es termes précis de la déclaration qui se rapporteraient à la rétractation;

« b) [I]a mesure dans laquelle les personnes auxquelles les obligations sont dues ont fait fond sur ces obligations;

« c) [I]a mesure dans laquelle il y a eu un changement fondamental des circonstances ».

déclarations qui font naître des obligations à l'égard d'États tiers; la nécessité de tenir compte des réactions que suscite telle déclaration unilatérale pour déterminer ses effets juridiques; et les conditions dans lesquelles une déclaration unilatérale peut être rétractée, en particulier si elle a créé des obligations dont d'autres sujets de droit international sont fondés à exiger le respect.

42. En tout état de cause, la source des obligations découlant de l'application provisoire d'un traité est l'expression de volonté non équivoque pouvant être manifestée par écrit ou oralement ou par un comportement quel qu'il soit, notamment un comportement actif³⁷, les principes directeurs susmentionnés reconnaissant toutefois qu'une simple conduite informelle, voire le silence, peuvent produire les mêmes effets.

43. Ainsi, la manière dont tel État exprime sa volonté d'appliquer provisoirement un traité influe directement sur la portée des droits et des obligations résultant pour lui du traité.

B. Droits

44. Dès lors qu'ils conviennent que tel traité s'applique à titre provisoire dès son adoption ou sa signature, les États peuvent exercer les droits consacrés dans le traité dès son adoption ou sa signature, respectivement.

45. Il en est d'autant plus ainsi des traités bilatéraux que les deux parties s'engagent à appliquer à titre provisoire avant leur entrée en vigueur. Dans son rapport sur sa pratique interne, la Fédération de Russie donne plusieurs exemples de ce type de traité: l'accord entre la Fédération de Russie et la Serbie sur la fourniture de gaz naturel³⁸; et l'accord entre la Fédération de Russie et l'Azerbaïdjan sur la construction d'un pont routier sur le fleuve Samur³⁹.

46. Selon ces accords, l'application à titre provisoire commence dès la signature de l'accord, pour le premier, et trente jours après la signature, pour le second.

47. De même, dans son rapport, le Mexique donne en exemple quatre traités bilatéraux: l'accord relatif aux transports aériens entre le Mexique et la Colombie⁴⁰; l'accord commercial entre le Mexique et le Gabon⁴¹; l'accord de coopération culturelle, scientifique et technique

³⁷ Reuter, *Introduction au droit des traités*, p. 30.

³⁸ Accord entre le Gouvernement de la Fédération de Russie et le Gouvernement de la République de Serbie sur la fourniture de gaz naturel par la Fédération de Russie à la République de Serbie (Belgrade, 13 octobre 2012), Fédération de Russie, *Bulletin des accords internationaux*, 2014, n° 8, p. 60 à 63 (en russe).

³⁹ Accord entre le Gouvernement de la Fédération de Russie et le Gouvernement de la République d'Azerbaïdjan sur la construction d'un pont routier sur le fleuve Samur, dans la localité de Yarag-Kazmalyar (Bakou, 13 août 2013), *ibid.*, n° 10, p. 35 à 40 (en russe).

⁴⁰ Accord relatif aux transports aériens, conclu entre le Gouvernement des États-Unis du Mexique et le Gouvernement de la République de Colombie (Bogota, 9 janvier 1975), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1364, n° 23023, p. 249.

⁴¹ Accord commercial entre le Gouvernement des États-Unis du Mexique et le Gouvernement de la République gabonaise (Mexico, 14 septembre 1976), *ibid.*, vol. 1379, n° 23121, p. 113.

entre le Mexique et le Gabon⁴²; et l'accord général de coopération entre le Mexique et le Gabon⁴³.

48. Aux termes de l'article 17 de l'Accord relatif aux transports aériens,

[l]e présent Accord s'appliquera provisoirement dès le jour de sa signature et entrera en vigueur définitivement à la date dont il sera convenu par un échange de notes diplomatiques, qui se fera aussitôt que chacune des Parties contractantes aura obtenu l'autorisation requise par ses propres dispositions constitutionnelles.

49. L'article VIII de l'Accord commercial parle d'entrée en vigueur à titre provisoire, ce qui correspond à l'application à titre provisoire :

Le présent Accord entrera en vigueur pour compter de la date de sa signature. La ratification interviendra ultérieurement selon la procédure en vigueur dans chacun des pays.

50. Les articles XV et V des deux derniers accords, respectivement, comportent une disposition très similaire à celle qui vient d'être citée :

Le présent Accord entrera en vigueur provisoirement à partir de la date de sa signature, et définitivement après l'échange des instruments de ratification.

Le présent accord général entrera en vigueur provisoirement à compter de la date de sa signature et définitivement après échange des instruments de ratification.

51. Dans ce contexte, l'accord conclu entre les Parties d'appliquer le traité à titre provisoire découle du traité lui-même et emporte les droits et les obligations qui y sont énoncés, qui sont alors exigibles et opposables à des tiers.

52. On notera que, dans son rapport, l'Allemagne indique que la plupart de ses accords bilatéraux n'envisagent pas d'application à titre provisoire. Le Royaume-Uni a pour sa part remis à la Commission tout un recueil de traités envisageant leur application provisoire tout en précisant que, dans le cas des mémorandums d'accord, celle-ci n'était pas juridiquement contraignante, sans doute parce qu'au Royaume-Uni, ce type d'instrument n'a pas valeur de traité.

C. Obligations

53. La question de l'étendue des obligations qui résultent de l'application à titre provisoire d'un traité se pose spécialement dans les cas où le traité ne prescrit l'application provisoire ni aux États ayant participé à la négociation, ni aux États signataires, laissant à chaque État cette faculté.

54. En pareil cas, comme énoncé plus haut, la nature et l'étendue des obligations sont les mêmes que celles qui découlent d'une déclaration unilatérale, à moins que deux États ou plus n'en conviennent autrement. Ainsi que la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et*

contre celui-ci, le fait qu'un État se soit engagé unilatéralement et de bonne foi à appliquer à titre provisoire un traité, en tout ou en partie, « n'implique pourtant pas que l'État déclarant soit libre de modifier à son gré l'étendue et la teneur de ses engagements solennels⁴⁴ ».

55. Ainsi l'étendue des obligations ne peut excéder celle qui est expressément prévue au traité et, dans l'intérêt de la stabilité des relations avec les autres États ayant participé à la négociation ou les autres États signataires, il est entendu que l'État déclarant ne peut modifier « l'étendue et la teneur de ses engagements solennels ».

56. Parfaite illustration de cette situation, l'article 23 du Traité sur le commerce des armes adopté récemment, qui traite de l'application à titre provisoire, dispose que

[t]out 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.

57. À la date du présent rapport avaient présenté une déclaration d'application à titre provisoire en vertu de l'article susmentionné les 18 États suivants : Allemagne, Antigua-et-Barbuda, Autriche, Costa Rica, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, Hongrie, Islande, Lettonie, Mexique, Norvège, Royaume-Uni, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Serbie, Slovaquie et Trinité-et-Tobago. À l'exception de l'Espagne et de la Serbie, tous les États susmentionnés ont ratifié le Traité⁴⁵.

58. Dans leurs déclarations, les États susmentionnés se sont unilatéralement engagés à appliquer sur le plan interne les articles 6 (Interdictions) et 7 (Exportation et évaluation des demandes d'exportation) du Traité.

59. À ce stade, il convient de faire une distinction, sans toutefois établir de catégories trop générales qui ne rendraient pas compte de la diversité des situations envisageables, les circonstances propres à chaque espèce devant toujours être prises en compte.

60. On distinguera ainsi, parmi les obligations découlant de l'application à titre provisoire d'un traité, celles qui produisent des effets uniquement pour l'État déclarant, et celles qui en produisent sur le plan international, y compris, bien entendu, vis-à-vis des autres États ayant participé aux négociations ou des autres États signataires.

61. Ainsi, dans le cas d'un traité multilatéral de protection des droits de l'homme, seuls les titulaires des droits consacrés dans le traité peuvent exiger que celui-ci soit effectivement appliqué à titre provisoire.

62. En revanche, dans le cas du Traité sur le commerce des armes, l'obligation de respecter les procédures d'évaluation des risques organisées par le Traité avant d'autoriser toute exportation produit des effets sur le plan international, l'État importateur pouvant en exiger le respect.

⁴² Accord de coopération culturelle, scientifique et technique entre le Gouvernement des États-Unis du Mexique et le Gouvernement de la République gabonaise (Mexico, 14 septembre 1976), *ibid.*, vol. 1379, n° 23120, p. 103.

⁴³ Accord général de coopération entre les États-Unis mexicains et la République gabonaise (Mexico, 14 septembre 1976), *ibid.*, vol. 1400, n° 23407, p. 139.

⁴⁴ *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 418, par. 59.

⁴⁵ Voir à l'adresse suivante : <http://disarmament.un.org/treaties/t/att>.

63. Ces exemples conduisent à se demander si les obligations résultant de l'application à titre provisoire d'un traité produisent des effets juridiques différents selon qu'elles sont envisagées selon une perspective interne ou internationale. On pourra revenir sur cette question lorsqu'on disposera d'exemples plus représentatifs issus de la pratique des États.

64. Il convient par ailleurs de distinguer entre exigibilité de l'obligation et son opposabilité à des tiers, qui sont en effet deux notions juridiques distinctes. Seule la notion d'exigibilité de l'obligation est digne d'intérêt aux fins du présent sujet ou, du moins, du présent rapport.

65. En tout état de cause, et au-delà de ces distinctions, les obligations résultant de l'application à titre provisoire d'un traité sont régies par le principe *pacta sunt servanda*, en ce sens que l'État concerné s'engage à s'acquitter de bonne foi des obligations ainsi souscrites⁴⁶.

66. Le cas de l'adhésion de la République arabe syrienne à 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 illustre parfaitement les effets juridiques de l'application à titre provisoire d'un traité et, en particulier, des obligations qui en découlent. La République arabe syrienne a déposé son instrument d'adhésion à la Convention le 14 septembre 2013 pour une entrée en vigueur au niveau interne prévue le 14 octobre de la même année⁴⁷. Toutefois, lors du dépôt de l'instrument d'adhésion, elle a indiqué au Secrétaire général, en sa qualité de dépositaire du traité, qu'elle « [s'engageait] à se conformer à toutes les dispositions de la Convention et à les observer strictement et de bonne foi, et [qu'elle appliquerait] la Convention provisoirement en attendant son entrée en vigueur à l'égard de la République arabe syrienne⁴⁸ ».

67. Fort de cet engagement, le Conseil exécutif de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques a adopté, à sa trente-troisième session, sa décision sur la destruction des armes chimiques syriennes, dans laquelle il affirme que « l'application provisoire de la Convention fait immédiatement entrer en vigueur ses dispositions à l'égard de la République arabe syrienne⁴⁹ ».

68. Dans ce cas, la décision du Conseil exécutif reconnaissant les effets juridiques de l'application provisoire de la Convention a permis l'entrée en vigueur immédiate de ses dispositions grâce à l'élaboration d'un programme juridiquement contraignant de destruction des armes chimiques du pays.

D. Extinction des obligations

69. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a indiqué que, conformément au paragraphe 2 de l'article 25

⁴⁶ Voir Michie, «The provisional application of treaties in South African law and practice», p. 6.

⁴⁷ Voir «Syria's accession to the Chemical Weapons Convention enters into force», disponible à l'adresse suivante : www.opcw.org/news/article/syrias-accession-to-the-chemical-weapons-convention-enters-into-force.

⁴⁸ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (disponible à l'adresse suivante : <http://treaties.un.org>), chap. XXVI.3.

⁴⁹ EC-M-33/DEC.1, 27 septembre 2013, paragraphe 11 du préambule.

de la Convention de Vienne de 1969, il était possible de mettre fin à l'application à titre provisoire par déclaration unilatérale ou de la manière dont les États ayant participé à la négociation en sont convenus⁵⁰.

70. Si on part du principe que l'application à titre provisoire produit des effets juridiques générateurs de droits et d'obligations, on peut alors supposer que les conséquences de l'extinction de l'application provisoire doivent être les mêmes, *mutatis mutandis*, que celles de l'extinction d'un traité.

71. L'article 70 de la Convention de Vienne de 1969 énonce les conséquences de l'extinction d'un traité :

1. À moins que le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, le fait qu'un traité a pris fin en vertu de ses dispositions ou conformément à la présente Convention :

a) libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité ;

b) ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin.

2. Lorsqu'un État dénonce un traité multilatéral ou s'en retire, le paragraphe 1 s'applique dans les relations entre cet État et chacune des autres parties au traité à partir de la date à laquelle cette dénonciation ou ce retrait prend effet.

72. Dans la pratique, les traités ne consacrent en général aucune disposition aux conséquences ou aux effets de leur extinction hormis dans certains cas, comme celui des traités multilatéraux de protection des droits de l'homme⁵¹.

73. On peut supposer que le terme « conséquences », utilisé à l'article 70, renvoie aux « effets » de l'extinction⁵² et, ainsi, que l'article 70 institue le régime général du droit des traités en la matière.

74. En tout état de cause, un traité peut comporter des dispositions de transition, imposant son application en tout ou en partie et énonçant les actions qui devront être effectuées par les États pendant ou après son extinction⁵³.

75. Il est intéressant de constater que certains États, comme le Mexique, estiment que tout État qui renonce à l'application provisoire avant l'entrée en vigueur du traité, doit continuer de s'acquitter des obligations contractées pendant une période transitoire, de la même manière qu'en cas d'extinction d'un traité, conformément au paragraphe 1 b) de l'article 70 de la Convention de Vienne de 1969.

76. On voit ainsi que certains États accordent aux effets de l'application à titre provisoire la même valeur juridique qu'aux effets d'un traité en vigueur.

⁵⁰ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/664, par. 48 à 52.

⁵¹ Voir Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 78, par. 2 ; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 58, par. 2.

⁵² Ascensio, «Convention de Vienne de 1969 : Article 70, conséquences de l'extinction d'un traité», p. 2504.

⁵³ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 302.

77. Les États-Unis ont indiqué quant à eux dans leur rapport que les dispositions relatives à l'extinction de l'application provisoire pouvaient concerner l'entrée en vigueur du traité⁵⁴, la volonté expresse de ne pas le ratifier⁵⁵ ou l'expiration d'un délai déterminé⁵⁶, entre autres.

78. Il faut noter que rien dans la Convention de Vienne de 1969 n'empêche tout État de mettre fin à l'application à titre provisoire puis de réintégrer ultérieurement le régime du traité en le ratifiant ou en y adhérant.

79. La Convention est muette sur ce sujet et part au contraire du principe qu'un État décide de mettre fin à l'application à titre provisoire d'un traité parce qu'il n'a pas l'intention d'en devenir partie, comme il résulte du paragraphe 2 de l'article 25; toutefois, cette décision pourrait aussi bien obéir à des motifs internes d'ordre juridique, politique ou autre ou pourrait venir rappeler aux États ayant participé à la négociation ou aux États signataires qu'il importe de mener à terme les formalités de ratification⁵⁷.

80. En tout cas, «le droit international conventionnel général n'a jamais consacré de principe de non-retour en arrière en matière d'adhésion aux traités⁵⁸».

81. Enfin, point n'est besoin de justifier la décision de mettre fin à l'application provisoire d'un traité, si elle obéit à d'autres motifs, aux autres États qui appliquent provisoirement ce traité ou qui ont participé à la négociation ou aux

⁵⁴ Voir 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; Accord relatif à l'Organisation internationale de télécommunications par satellites «INTELSAT»; et Accord relatif à un programme international de l'énergie.

⁵⁵ Voir Accord relatif à l'Organisation internationale de télécommunications par satellites «INTELSAT»; Accord relatif à un programme international de l'énergie.

⁵⁶ Voir Accord relatif à l'Organisation internationale de télécommunications par satellites «INTELSAT», 20 août 1971, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1220, p. 22; Accord relatif à un programme international de l'énergie, 18 novembre 1974, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1040, p. 272; Agreement between the United States of America and Cuba extending the Provisional Application of the Maritime Boundary Agreement, 16 décembre 1977, TIAS 12-208.1.

⁵⁷ Rogoff et Gauditz, «The provisional application of international agreements», p. 52.

⁵⁸ Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*, p. 184.

États signataires. Même si l'on a envisagé, lors de la négociation de la Convention de Vienne de 1969, d'y insérer une disposition qui viendrait permettre de mettre fin à l'application provisoire d'un traité en présence de retard injustifié de son entrée en vigueur ou de perspectives de ratification limitées, ces solutions ne seront pas retenues⁵⁹.

82. On retiendra toutefois que la renonciation à l'application à titre provisoire ne peut être arbitraire, puisque l'application provisoire emporte des obligations, comme il résulte du principe directeur 10 applicable aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, susmentionné.

83. Par ailleurs, l'extinction de l'application à titre provisoire est sans préjudice des obligations découlant de cette application tant que celle-ci n'a pas effectivement pris fin, comme il résulte du paragraphe 1 b de l'article 70 de la Convention de Vienne de 1969, relatif à l'extinction des traités.

84. En effet, si on considère que l'application à titre provisoire est une étape transitoire vers l'entrée en vigueur, le traité cesse d'être appliqué provisoirement au moment précis de son entrée en vigueur, mais il est évident que les obligations qui découlent de l'application provisoire continuent de produire tous leurs effets juridiques.

85. Si un traité entre en vigueur, son application à titre provisoire prend fin pour les États parties, mais non pour ceux qui ne l'appliquent qu'à titre provisoire et n'ont pas encore manifesté la volonté d'y adhérer⁶⁰. La Convention de Vienne de 1969 part du principe que l'application provisoire prend fin au moment de l'entrée en vigueur du traité mais n'interdit pas aux États qui ne sont pas en mesure de le ratifier ou d'y adhérer de continuer à l'appliquer provisoirement. Cette solution a aussi été envisagée lors des négociations qui ont abouti à l'article 25 de la Convention, mais celle de l'extinction de l'application provisoire pour cause de retard indu n'a pas été retenue⁶¹.

⁵⁹ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/658, par. 101 à 108.

⁶⁰ Lefeber, «Treaties, provisional application», par. 10.

⁶¹ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/658, par. 91 à 100.

CHAPITRE III

Conséquences juridiques de la violation d'un traité appliqué à titre provisoire

86. Puisque l'application à titre provisoire produit des effets juridiques et peut emporter des droits et des obligations en droit international, on peut conclure que la violation d'une obligation résultant de l'application provisoire d'un traité a elle aussi des conséquences juridiques, y compris toutes celles prévues par le droit de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

87. Conformément au régime des traités institué par la Convention de Vienne en 1969, en particulier son article 60, la violation d'un traité peut entraîner son extinction ou la suspension de son application.

88. On pourrait présumer que, lorsque deux États ou plus sont convenus d'appliquer à titre provisoire un traité, comme il est dit plus haut, la violation du traité pourrait aussi entraîner la révocation ou la suspension de l'application provisoire par le ou les États lésés.

89. Cette conséquence juridique découle du principe de droit international *inadimplenti non est adimplendum*, universellement reconnu⁶². Ce principe qui va à l'encontre

⁶² *Prises d'eau à la Meuse*, arrêt du 28 juin 1937, C.P.J.I. Série A/B n° 70, opinion dissidente de M. Anzilotti, p. 50.

de la maxime *pacta sunt servanda* consacre la théorie de la symétrie négative⁶³.

90. Il est plus fortement probable qu'il en soit ainsi en cas de violation de l'application à titre provisoire d'un traité bilatéral. Quoi qu'il en soit, « la violation n'emporte nécessairement ni extinction du traité ni remise en cause de la convention dans son intégralité⁶⁴ ».

91. La Commission a déjà établi dans les commentaires sur le projet d'article 1 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite le principe de droit international selon lequel la violation du droit international par un État engage sa responsabilité internationale⁶⁵. Ce principe a été maintes fois réaffirmé par la jurisprudence internationale⁶⁶.

⁶³ Simma et Tams, « Convention de Vienne de 1969 : Article 60, extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation », p. 2135.

⁶⁴ Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*, p. 191 et 192.

⁶⁵ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 33, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 1.

⁶⁶ Voir, par exemple, *Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires)*, arrêt du 14 juin 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 10, à la page 28; *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, C.P.J.I. série A n° 1, p. 15, à la page 30; *Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité) [compétence]*, arrêt du 26 juillet 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 3, à la page 21; *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt de 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, à la page 23; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986,

92. Par ailleurs, selon le projet d'article 2, relatif aux éléments du fait internationalement illicite de l'État,

[i] y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :

a) est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et

b) constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

93. Puisqu'il a déjà été établi que l'application à titre provisoire pouvait faire naître des obligations pour l'État, les actes à lui attribuables qui sont constitutifs de violation d'une obligation internationale relèvent de l'article susmentionné.

94. Le Rapporteur spécial souscrit à l'avis exprimé par plusieurs membres de la Commission au cours des débats sur le sujet selon lequel le régime de responsabilité des États pour fait internationalement illicite en vigueur s'applique aussi bien à la violation de toute obligation résultant de l'application à titre provisoire d'un traité.

95. Cela étant, loin d'approfondir le sujet, le Rapporteur spécial se contentera de rappeler le régime juridique en vigueur.

p. 14, à la page 142, par. 283; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, à la page 38, par. 47; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949, p. 174, à la page 184.

CHAPITRE IV

Conclusion

96. Le Rapporteur spécial ne pense pas devoir revenir dans le présent rapport sur la question de savoir quelle forme donner au résultat du sujet, se bornant à renvoyer aux vues exprimées dans son premier rapport et lors de son exposé devant la Commission.

97. Le Rapporteur spécial compte proposer un plan de travail plus précis, mais il doit pour ce faire recueillir davantage d'informations sur la pratique des États afin

de disposer d'exemples représentatifs de nature à lui permettre de dégager des conclusions.

98. En tout état de cause, le Rapporteur spécial sait qu'il lui faudra aussi traiter de l'application à titre provisoire des traités par les organisations internationales. Il s'y attellera dans la suite de ses travaux et saurait gré aux membres de la Commission de toutes orientations et de tous avis qu'ils lui donneront à cette occasion.

DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

[Point 9 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/672

Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial*

[Original: anglais]
[22 mai 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	171
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	172
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-11 177
<i>Chapitres</i>	
I. DÉLIMITATION DU SUJET ET FORME DES RÉSULTATS DES TRAVAUX DE LA COMMISSION.....	12-15 178
II. EMPLOI DES TERMES.....	16-20 179
III. APPROCHE FONDAMENTALE : DEUX ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS.....	21-31 180
IV. PRATIQUE GÉNÉRALE.....	32-59 184
V. «ACCEPTÉE COMME ÉTANT LE DROIT».....	60-80 198
VI. FUTUR PROGRAMME DE TRAVAIL.....	81-84 211
ANNEXE Projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier.....	212

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	<i>Sources</i>
Accord bolivarien sur l'extradition (Caracas, 18 juillet 1911)	Organisation des États américains, <i>Official Records</i> (OEA/SER.X.1), p. 19.
Convention sur le plateau continental (Genève, 29 avril 1958)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 499, n° 7302, p. 311.
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.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965). Ouverte à la signature à New York le 7 mars 1966.	Ibid., vol. 660, n° 9464, p. 195.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.

* Le Rapporteur spécial tient à remercier Omri Sender pour le concours inestimable qu'il a bien voulu lui apporter à l'occasion de l'établissement du présent rapport.

Sources

- Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975)
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)
- 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]
- Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004)
- Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, Vienne, 4 février-14 mars 1975, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.12).*
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, n° 31363, p. 3.
- A/CONF.129/15.
- Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49), vol. I, résolution 59/38, annexe.*

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ACEVES, William J.
«The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of State practice», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17 (1996), p. 995 à 1068.
- AKEHURST, Michael
«Custom as a source of international law», *The British Year Book of International Law 1974-1975*, vol. 47 (1977), p. 1 à 53.
- ALVAREZ, Jose E.
International Organizations as Law-makers, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- AMERICAN LAW INSTITUTE
Restatement of the Law (Third): the Foreign Relations Law of the United States, vol. 1, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1987.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano
«Customary law: a few more thoughts about the theory of "spontaneous" international custom», dans N. Angelet (dir. publ.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*. Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 93 et suiv.
- AREND, Anthony Clark
Legal Rules and International Society, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- AZNAR, Mariano J.
«The contiguous zone as an archaeological maritime zone», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29 (2014), p. 1-51.
- BARBOZA, Julio
«The customary rule: from chrysalis to butterfly», dans C. A. Armas Barea *et al.* (dir. publ.), *Liber Amicorum "In Memoriam" of Judge José María Ruda*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 1 à 14.
- BAXTER, R. R.
«Multilateral treaties as evidence of customary international law», *The British Year Book of International Law 1965-66*, vol. 41 (1968), p. 275 à 300.
«Treaties and custom», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, t. 129, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers Group, 1993, p. 25 et suiv.
- BELLINGER, John B., et William J. HAYNES
«A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n° 866 (2007), p. 443 à 471.
- BERNHARDT, R.
«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/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1989, p. 247 à 330.
- BIRNIE, P. W., et A. E. BOYLE
International Law and the Environment, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BODANSKY, Daniel
«Customary (and not so customary) international environmental law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 3 (1995), p. 105 à 119.
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, Yuefen LI, et Marie SUDREAU
«Emerging customary international law in sovereign debt governance?», *Capital Markets Law Journal*, vol. 9 (2014), p. 55 à 72.
- BOS, Maarten
«The identification of custom in international law», *German Yearbook of International Law*, Berlin, Duncker and Humblot, 1982, p. 9 et suiv.
A Methodology of International Law, Amsterdam, North-Holland, 1984.
- BOYLE, Alan, et Christine CHINKIN
The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRIGGS, Herbert W.
«Colombian-Peruvian asylum case and proof of customary international law», *AJIL*, vol. 45 (1951), p. 728 à 731.
- BROWNLIE, Sir Ian
The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
«Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom», *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I., Naples, Editoriale Scientifica, 2004, p. 313 à 318.
- BUERGENTHAL, Thomas, et Sean D. MURPHY
Public International Law in a Nutshell, 5^e éd., St. Paul, West, 2013.
- 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, Paris, Pedone, 2001.
- CAI, Congyan
 «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7 (2008), p. 659 à 679.
- CARTY, Anthony
 «Doctrine versus State practice», dans B. Fassbender et A. Peters (dir. publ.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 972 à 996.
- CASELLA, Paulo Borba
 «Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law», conférence commémorative Gilberto Amado donnée en 2013 à la Commission (le texte de la conférence peut être obtenu auprès du Rapporteur spécial).
- CASSESE, Antonio
International Law, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005.
- CHARNEY, Jonathan
 «Universal international law», *AJIL*, vol. 87 (1993), p. 529 à 551.
 «The contemporary role of customary international law», dans W. P. Heere (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*, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1996, p. 20 à 24.
- CHEN, Lung-Chu
An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-oriented Perspective, 2^e éd., New Haven, Yale University Press, 2000.
- CHENG, Bin
 «Custom: the future of general State practice in a divided world», dans R. St. John Macdonald et D. M. Johnston (dir. publ.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 513 à 554.
 «On the nature and sources of international law», dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens and Sons, 1988, p. 203 à 233.
- CLAPHAM, Andrew
Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- CONFORTI, Benedetto, et Angelo LABELLA
An Introduction to International Law, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- CORTEN, Olivier
The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law, Oxford, Hart Publishing, 2010.
Le droit contre la guerre, 2^e éd., Paris, Pedone, 2014.
Méthodologie du droit international public, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.
- CRAWFORD, James
Brownlie's Principles of Public International Law, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.
State Responsibility: The General Part, Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2013.
- CROOTOF, Rebecca
 «Constitutional convergence and customary international law», *Harvard International Law Journal*, vol. 54 (2013), p. 195 à 203.
- 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 (2006), p. 239 à 263.
- D'AMATO, Anthony
The Concept of Custom in International Law, Ithaca, Cornell University Press, 1971.
 «Custom and treaty: a response to Professor Weisburd», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1988, p. 459 et suiv.
- D'ASPREMONT, Jean
 «Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system», dans J. D'Aspremont (dir. publ.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Londres, Routledge, 2013, p. 425 à 439.
- DAHLMAN, Christian
 «The function of *opinio juris* in customary international law», *Nordic Journal of International Law*, vol. 81 (2012), p. 327 à 339.
- DAILLER, Patrick, Mathias FORTEAU, et Alain PELLET
Droit international public, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009.
- DAMROSCH, Lori, et al.
International Law: Cases and Materials, 5^e éd., St. Paul, West, 2009.
- DANILENKO, Gennady M.
Law-making in the International Community, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
 «The theory of international customary law», *German Yearbook of International Law*, Berlin, Duncker and Humblot, 1988, p. 9 et suiv.
- DE VISSCHER, Charles
Théories et réalités en droit international public, 3^e éd., Paris, Pedone, 1960.
- DEGAN, V. D.
Sources of International Law, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel
Instituciones de Derecho Internacional Público, 18^e éd., coordonné par Concepción Escobar Hernández, Madrid, Tecnos, 2013.
- DINSTEIN, Yoram
 «The interaction between customary law and treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 322, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006, p. 242 à 428.
- DUGARD, John
International Law: A South African Perspective, 4^e éd., Le Cap, Juta, 2012.
- DUPUY, Pierre-Marie, et Yann KERBRAT
Droit international public, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2010.
- ELIAS, Olufemi
 «The nature of the subjective element in customary international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44 (1995), p. 501 à 520.
- ELIAS, Olufemi, et C. L. LIM
The Paradox of Consensualism in International Law, La Haye, Kluwer Law International, 1998.
- FERRARI BRAVO, Luigi
 «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1985-III*, t. 192, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, p. 233 à 330.
- 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, Sir 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 (1954), p. 1 à 70.

FUMAGALLI, Luigi

«Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom», dans N. Boschiero *et al.* (dir. publ.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 137 à 146.

GÉNY, François

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, LGDJ, 1919.

GUNNING, Isabelle

«Modernizing customary international law: the challenge of human rights», *Virginia Journal of International Law*, vol. 31 (1991), p. 211 à 247.

GUZMAN, Andrew T., et Timothy L. MEYER,

«Customary international law in the 21st century», dans R. A. Miller et R. M. Bratpies (dir. publ.), *Progress in International Law*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

HANNIKAINEN, Lauri

«The collective factor as a promoter of customary international law», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), p. 125 à 141.

HIGGINS, Rosalyn

The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, Londres, Oxford University Press, 1963.

Problems and Process: International Law and How We Use It, Oxford, Clarendon Press, 1994.

HOFFMEISTER, Frank

«The contribution of EU practice to international law», dans M. Cremona (dir. publ.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 37 à 127.

HUDSON, Manley O.

The Permanent Court of International Justice, 1920–1942 — A Treatise, New York, Macmillan, 1943.

HUESA VINAIXA, Rosario

El nuevo alcance de la «opinio iuris» en el derecho internacional contemporáneo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1991.

JENNINGS, Sir Robert

«What is international law and how do we tell it when we see it?», *Annuaire suisse de droit international*, vol. 37 (1981), p. 59 et suiv.

«The identification of international law», dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens and Sons, 1982, p. 3 à 9.

JENNINGS, Sir Robert, et Sir Arthur WATTS (dir. publ.)

Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, 9^e éd., Harlow, Longman, 1992.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo

«International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, vol. 159, Alphen-sur-le-Rhin, Sijthoff & Noordhoff, 1979, p. 2 à 343.

JOHNSTONE, Ian

«Law-making through the operational activities of international organizations», *George Washington International Law Review*, vol. 40 (2008), p. 87 à 122.

KADENS, Emily, et Ernest A. YOUNG

«How customary is customary international law?», *William & Mary Law Review*, vol. 54 (2013), p. 885 à 920.

KAMMERHOFER, Jörg

Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective, Londres, 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.

«Law-making by scholars», dans C. Brölmann et Y. Radi (dir. publ.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar (à paraître).

KELSEN, Hans

«Théorie du droit international coutumier», dans C. Leben, *Hans Kelsen. Écrits français de droit international*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 61 à 84.

KIRGIS, Jr., Frederic L.

«Custom on a sliding scale», *AJIL*, vol. 81 (1987), p. 146 à 151.

KLABBERS, Jan

«International organizations in the formation of customary international law», dans E. Cannizzaro et P. Palchetti (dir. publ.), *Customary International Law on the Use of Force*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

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.

KOPELMANAS, Lazare

«Custom as a means of the creation of international law», *The British Year Book of International Law* 1937, vol. 18 (1937), p. 127 à 151.

KOSKENNIEMI, Martti

«Theory: implications for the practitioner», dans *Theory and International Law: An Introduction*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1991, p. 1 à 45.

From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

KUNZ, Joseph L.

«The nature of customary international law», *AJIL*, vol. 47, n^o 4 (1953), p. 662 à 669.

LAUTERPACHT, Sir Hersch

«Decisions of municipal courts as a source of international law», *The British Year Book of International Law* 1929, vol. 10 (1929), p. 65 à 95.

«Sovereignty over submarine areas», *The British Year Book of International Law* 1950, vol. 27 (1951), p. 376 à 433.

The Development of International Law by the International Court, Londres, Stevens and Sons, 1958.

LEFKOWITZ, David

«(Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 21 (2008), p. 129 à 148.

LEPARD, Brian D.

Customary International Law: A New Theory with Practical Implications, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

LOWE, Vaughan

International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.

MACGIBBON, Iain

«Customary international law and acquiescence», *The British Year Book of International Law* 1957, vol. 33 (1958), p. 115 à 145.

«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 and Sons, 1982, p. 10 à 26.

MALUWA, Tiyanjana

«Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law», *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 6 (1994), p. 387 à 410.

MEIJERS, Herman

«How is international law made?—The stages of growth of international law and the use of its customary rules», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9 (1978), p. 3 à 26.

«On international customary law in the Netherlands», dans I. F. Dekker et Harry 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

«The subjective element in customary international law», *The British Year Book of International Law* 1995, vol. 66 (1996), p. 177 à 208.

«The formation of customary international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1998, vol. 272, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p. 155 à 410.

MILLÁN MORO, Lucia

La "opinio iuris" en el derecho internacional contemporáneo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

MOREMEN, Philip M.

«National court decisions as state practice: a transnational judicial dialogue?», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 32 (2006), p. 259 et suiv.

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.

«The interplay of objective and subjective elements in customary law», dans K. Wellens (dir. publ.), *International Law: Theory and Practice—Essays in Honour of Eric Suy*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 161 à 178.

MURPHY, Sean D.

Principles of International Law, 2^e éd., St. Paul, West, 2012.

ORAKHELASHVILI, Alexander

The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.

PAASIVIRTA, Esa, et Pieter Jan KUIJPER

«Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 36 (2005), p. 169 à 226.

PALCHETTI, Paolo

«De facto organs of a State», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1048 à 1052.

PARRY, Clive

«The practice of States», *The Grotius Society, Problems of Public and Private International Law*, vol. 44, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1958, p. 145 à 186.

PAUST, Jordan J.

«Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion», *Virginia Journal of International Law*, vol. 51 (2011), p. 977 à 1004.

PELLET, Alain

«Article 38», dans A. Zimmermann *et al.*, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 731 et suiv.

PETRIČ, Ernest

«Customary international law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia» (à paraître).

REISMAN, W. Michael

«The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application», dans R. Wolfrum et V. Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, p. 15 à 30.

ROBERTS, Anthea

«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.

ROBERTS, Anthea, et Sandesh SIVAKUMARAN

«Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law», *Yale Journal of International Law*, vol. 37 (2012), p. 107 à 152.

ROSENNE, Shabtai

Practice and Methods of International Law, Londres, Oceana Publications, 1984.

SANTULLI, Carlo

Introduction au droit international, Paris, Pedone, 2013.

SCHACHTER, Oscar

«Entangled treaty and custom», dans Y. Dinstein et M. Tabory (dir. publ.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 717 à 738.

SCHARF, Michael P.

Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

SÉFÉRIADÈS, S.

«Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement», *RGDIP*, vol. 43, n^o 2 (1936), p. 129 à 196.

SENDER, Omri, et Sir Michael WOOD

«The emergence of customary international law: between theory and practice», dans C. Brölmann et Yannick Radi (dir. publ.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar (à paraître), p. 133 et suiv.

SHAW, Malcolm N.

International Law, 6^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

SINCLAIR, Sir Ian

«The impact of the unratified codification convention», dans A. Bos et H. Siblesz (dir. publ.), *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 211 à 229.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof

«Elements of custom and the Hague Court», *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), p. 810 à 854.

SLAMA, Jo Lynn

«Opinio juris in customary international law», *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15 (1990), p. 603 à 656.

- SOHN, L. B.
«Unratified treaties as a source of customary international law», dans A. Bos et H. Siblesz (dir. publ.), *Realism in Law-making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 231 à 246.
- STEER, Cassandra
«Non-State actors in international criminal law», dans J. D'Aspremont (dir. publ.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Londres, Routledge, 2011, p. 295 à 310.
- STERN, Brigitte
«Custom at the heart of international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, n° 1 (2001), p. 89 à 108.
- STRUPP, Karl
«Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1934*, vol. 47, Leyde, A. W. Sijthoff, 1968, p. 259 et suiv.
- SUY, Eric
«Innovations in international law-making processes», dans R. St. John Macdonald, D. M. Johnston et G. L. Morris (dir. publ.), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen-sur-le-Rhin, Sijthoff & Noordhoff, 1978, p. 187 à 200.
- TAKI, Hiroshi
«*Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis», *German Yearbook of International Law*, vol. 51 (2008), p. 447 à 466.
- TASIOULAS, John
«*Opinio juris* and the genesis of custom: a solution to the "paradox"», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 26 (2007), p. 199 à 205.
- THIRLWAY, Hugh
International Customary Law and Codification, Leyde, Sijthoff, 1972.
«The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Two)», *The British Year Book of International Law 1990*, vol. 61 (1991), p. 1 à 133.
The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2013.
The Sources of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- TOMKA, PETER
«Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, n° 2 (2013), p. 195 à 216.
- TREVES, Tullio
«Customary international law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 937 à 957.
- TUNKIN, G. I.
«Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», *California Law Review*, vol. 49 (1961), p. 419 à 430.
- VAN HOOF, G. J. H.
Rethinking the Sources of International Law, Anvers, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983.
- VANHAMME, Jan
«Formation and enforcement of customary international law: The European Union's contribution», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 39 (2008), p. 127 à 154.
- VERDROSS, Alfred
«Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts», *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 29 (1969), p. 635 à 653.
- VILLIGER, Mark E.
Customary International Law and Treaties, 2° éd., La Haye, Kluwer Law International, 1997.
- WALDOCK, Sir Humphrey
«General course on public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1962-II*, t. 106, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers Group, 1993, p. 247 à 330.
- WALTER, C
«Subjects of international law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 636 et suiv.
- WEISBURD, Arthur M.
«Customary international Law: the problem of treaties», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21 (1988), p. 1 et suiv.
«The International Court of Justice and the concept of State practice», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31 (2009), p. 295 et suiv.
- WOLFKE, Karol
Custom in Present International Law, 2° éd., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
«Some persistent controversies regarding customary international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, p. 1 à 16.
«Treaties and custom: aspects of interrelation», dans J. Klabbers 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
«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.
- WOOD, Sir Michael, et Omri SENDER
«State practice», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, p. 509 à 517.
- WORSTER, William Thomas
«The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law», *Boston University International Law Journal*, vol. 31 (2013), p. 1 à 73.
- WOUTERS, Jan, et Philip DE MAN
«International organizations as law-makers», dans J. Klabbers et A. Wallendahl (dir. publ.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 190 à 224.
- WUERTH, Ingrid
«International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State* case», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, n° 12 (2012), p. 819 à 837.
- YEE, Sienho
«The news that *opinio juris* "is not a necessary element of customary [international] law" is greatly exaggerated», *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), p. 227 à 238.
- ZEMANEK, Karl
«What is "State practice" and who makes it?», dans U. Beyerlin et al. (dir. publ.), *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer-Verlag, 1995, p. 289 à 306.

Introduction

1. Ayant inscrit le sujet «Formation et identification du droit international coutumier» à son programme de travail en 2012, la Commission du droit international a organisé un débat préliminaire sur la base d'un rapport du Rapporteur spécial, Sir Michael Wood¹. Toujours en 2012, à l'issue du débat à la Sixième Commission, l'Assemblée générale a noté avec satisfaction la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail².

2. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission a tenu un débat général³ sur la base du premier rapport du Rapporteur spécial⁴, qui avait essentiellement valeur d'introduction, et d'une étude du Secrétariat sur les éléments des travaux antérieurs de la Commission pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet⁵. À la lumière du débat et à la suite de consultations officieuses, la Commission a décidé de changer l'intitulé du sujet comme suit : «Détermination du droit international coutumier». Il s'agissait ainsi en partie d'éviter les difficultés de traduction du mot *evidence* dans les autres langues officielles des Nations Unies et de souligner que le sujet avait pour finalité première de fournir des orientations à ceux qui sont appelés à déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier et ce, étant entendu que les questions relatives à ce qu'un membre de la Commission a appelé «éléments de la formation» et celles relatives à la preuve du droit international coutumier demeuraient dans le champ du sujet⁶.

3. En outre, le Rapporteur spécial a dégagé du débat et des consultations officieuses les conclusions suivantes⁷ :

a) les membres de la Commission ont été généralement favorables à l'approche binaire dite «des deux éléments», c'est-à-dire à l'idée que, pour déterminer telle ou telle règle de droit international coutumier, on interrogera à la fois la pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit. Presque tous ceux qui ont pris la parole ont expressément souscrit à cette approche, qui est par ailleurs étayée par la grande diversité des matériaux examinés dans le premier rapport, et aucun participant ne

l'a mise en doute. Cependant, on a reconnu que les deux éléments peuvent parfois être «étroitement imbriqués» et que l'importance relative à accorder à chacun peut varier selon les circonstances ;

b) les membres de la Commission se sont accordés à dire que les sources principales d'indications sur le sujet seraient certainement la démarche des États ainsi que la jurisprudence des juridictions internationales, au premier rang desquelles la Cour internationale de Justice ;

c) les membres de la Commission se sont accordés à considérer que les résultats des travaux sur le sujet devraient revêtir un caractère pratique et la forme d'un ensemble de «conclusions» assorties de commentaires, ces conclusions ne devant pas être revêtues d'un caractère par trop impératif ;

d) de l'avis général, la Commission devrait, dans une certaine mesure, s'intéresser aux liens entre le droit international coutumier et d'autres sources de droit international, en particulier les traités et les principes généraux du droit, mais également au droit international coutumier «spécial» ou «régional» ;

e) la plupart des membres de la Commission étaient d'avis que le *jus cogens* ne devrait pas être envisagé dans le cadre du présent sujet.

4. Au cours du débat à la Sixième Commission en 2013, les délégations ont souscrit à l'approche binaire dite «des deux éléments» tout en insistant sur la nécessité d'étudier la question de l'importance relative à accorder à la pratique des États et à l'*opinio juris*. Les avis ont divergé quant à l'opportunité d'envisager le *jus cogens* à l'occasion du présent sujet. On s'est largement félicité que la Commission se propose d'examiner les rapports entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international, même si l'on a fait observer qu'il fallait traiter séparément la question de la hiérarchie des sources. On a souligné l'intérêt d'examiner le droit international coutumier «spécial» ou «régional», y compris la coutume bilatérale⁸.

5. Les délégations ont à nouveau souligné qu'il importait d'interroger, autant que possible, la pratique des États de toutes les régions du monde pour déterminer le droit international coutumier, tout en notant cependant que les États sont relativement peu nombreux à recueillir et publier systématiquement leur pratique. On a suggéré de procéder en toute prudence à l'analyse de la pratique des États, en particulier s'agissant des décisions des tribunaux internes et régionaux. On a en outre suggéré d'examiner la pratique des organisations internationales⁹.

6. Une ou deux délégations ont suggéré à la Commission de surseoir à se prononcer sur la forme à donner au résultat final des travaux. Néanmoins, la solution de

¹ Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/653, par. 1.

² Résolution 67/92 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 2012, par. 7.

³ *Annuaire... 2013*, vol. I, 3181^e à 3186^e séance, 17 au 19 juillet et 23 au 25 juillet ; voir également *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 69 à 73, par. 66 à 107.

⁴ Voir *ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663.

⁵ Voir *ibid.*, document A/CN.4/659.

⁶ *Ibid.*, vol. I, 3186^e séance, 25 juillet 2013. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard l'observation de Jennings selon laquelle «en droit international, savoir si une règle du droit coutumier existe et comment le droit coutumier se forme sont des questions qui tendent à se confondre en pratique» (Jennings, «What is international law and how do we tell it when we see it?», p. 60) ; voir également Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 116 : «La détermination et la formation du droit international coutumier sont par nécessité étroitement liées puisque, d'une part, le processus de formation détermine les moyens d'identification des règles coutumières et, de l'autre, la constatation de l'existence d'une coutume ou de ses éléments influence son développement futur. Cette interdépendance ressort déjà de la teneur de l'alinéa b) de l'Article 38, paragraphe 1 du Statut de la Cour [internationale].»

⁷ *Annuaire... 2013*, vol. I, 3186^e séance, 25 juillet, p. 112 et suiv.

⁸ Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session (A/CN.4/666), par. 43 et 44.

⁹ *Ibid.*, par. 45 et 46.

« conclusions » assorties de commentaires a recueilli une large adhésion. On a souligné qu'il importait de ne pas donner une forme par trop impérative au résultat de ses travaux et de conserver sa souplesse au droit international coutumier¹⁰.

7. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission a demandé aux États

de lui donner, avant le 31 janvier 2014, 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 faites devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales ; et

b) des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous-régionales¹¹.

Le Rapporteur spécial sait gré aux neuf États¹² qui, à la date de la rédaction du présent rapport, ont apporté leurs contributions écrites. Des contributions supplémentaires seraient à tout moment les bienvenues.

8. Le Rapporteur spécial pense que toutes contributions d'institutions universitaires seraient utiles à la réflexion sur le sujet. Ces deux dernières années, plusieurs institutions ont organisé des réunions, à la fois enrichissantes et stimulantes, sur divers aspects du sujet. Depuis la soixante-cinquième session de la Commission, il y a également de nouveaux ouvrages de doctrine, de même qu'une jurisprudence internationale nouvelle dignes d'intérêt évoqués dans le présent rapport.

9. Le premier rapport¹³ traitait des principaux documents à consulter aux fins du présent sujet et de certaines questions préliminaires. Ce deuxième rapport s'intéresse

¹⁰ Ibid., par. 47.

¹¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 16, par. 26.

¹² Allemagne, Belgique, Botswana, Cuba, El Salvador, Fédération de Russie, Irlande, République tchèque et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

¹³ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663.

aux questions centrales ayant trait à la démarche à retenir pour déterminer les règles du droit international coutumier « général », en particulier les deux éléments constitutifs de la coutume et la manière d'en apprécier l'existence. Le chapitre I du rapport, consacré à la portée des travaux et à la forme des résultats, s'attache à expliquer que les projets de conclusion traitent de la méthode de détermination des règles du droit international coutumier sans s'intéresser au contenu de ces règles. Au chapitre II, consacré à la terminologie, est proposée une définition du droit international coutumier qui s'inspire du libellé du paragraphe 1 b de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, sans s'y référer directement. Dans le chapitre III est décrite en termes généraux l'approche de base dite « des deux éléments » que sont « une pratique générale » qui soit « acceptée comme étant le droit » (communément appelés « la pratique des États » et « *opinio juris* », respectivement) et dont il sera fait, dans les chapitres IV et V, une analyse plus détaillée, analyse qui sera poursuivie dans le troisième rapport (comme cela est expliqué dans le chapitre VI sur le programme de travail futur).

10. Il semble souhaitable de traiter dans le même rapport de la pratique et de l'*opinio juris*, étant donné le lien étroit qui les unit, même si cela conduit à explorer tout un terrain sans le bénéfice de débats approfondis à la Commission et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Les chapitres IV et V revêtant ainsi forcément un caractère préliminaire, le Rapporteur spécial sera sans doute amené à revoir et à affiner le texte et les projets de conclusion dans son prochain rapport.

11. Le présent rapport contient 11 projets de conclusion, dont le texte figure à l'annexe. Comme cela y est indiqué, il est proposé de les articuler en quatre parties : introduction ; deux éléments constitutifs ; pratique générale ; et acceptée comme étant le droit. Cette articulation reflète l'économie générale envisagée. Le Rapporteur spécial proposera d'autres projets de conclusion dans son prochain rapport, mais – toujours sous réserve des vues des membres de la Commission – ceux-ci seront sans doute sans incidence sur l'économie générale du projet.

CHAPITRE I

Délimitation du sujet et forme des résultats des travaux de la Commission

12. Les débats à la Commission et à la Sixième Commission en 2013 sont venus confirmer l'intérêt du présent sujet, dont la finalité est de fournir des orientations pratiques à ceux qui sont appelés en quelque qualité à déterminer l'existence de telles ou telles règles de droit international coutumier, singulièrement ceux qui ne sont pas forcément des spécialistes du droit international public général. Une certaine clarté s'impose dans l'application pratique de cet aspect fondamental du droit international, même s'il faut reconnaître que le processus coutumier est souple par définition. De l'aveu général,

la question des sources est éminemment importante ; et les vives controverses jurisprudentielles et doctrinales ne sont pas d'intérêt purement théorique. S'il est naturel de les trouver passionnantes et de s'y livrer,

on n'oubliera cependant pas que l'intérêt de ces controverses est la preuve, s'il en est, des lacunes du système juridique considéré¹⁴.

13. Bien entendu, le présent sujet a pour objet non pas tant de se prononcer sur la substance des règles de droit international coutumier, ou de répondre à l'importante question de savoir qui est lié par telle ou telle règle (États, organisations internationales, autres sujets du droit international) que de traiter de la seule question méthodologique de la détermination du droit international coutumier.

14. Le présent sujet et toutes conclusions qui en découleraient sont sans préjudice des travaux en cours sur

¹⁴ Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 17.

d'autres sujets. Le Rapporteur spécial se gardera donc d'évoquer à cette occasion les questions relatives aux autres sources du droit international, notamment les principes généraux du droit (Art. 38, par. 1 *c*, du Statut de la Cour internationale de Justice). Les travaux seront également sans préjudice des questions relatives au *jus cogens*, qui pourraient être envisagées séparément.

15. Vu ce qui précède, le projet de conclusion suivant est proposé :

« *Projet de conclusion 1. Portée*

« 1. Les présents projets de conclusion intéressent la méthodologie à suivre pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier.

« 2. Les présents projets de conclusion sont sans préjudice de la méthodologie concernant d'autres sources du droit international et les questions relatives aux normes impératives de droit international (*jus cogens*). »

CHAPITRE II

Emploi des termes

16. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial proposait une définition du « droit international coutumier » sous forme de simple renvoi au paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice¹⁵. Certains membres de la Commission ont estimé qu'un renvoi n'était pas entièrement satisfaisant, tant parce que le texte n'était pas autonome que parce que l'on pourrait considérer qu'il repose trop sur le Statut, qui s'applique en principe à la seule Cour¹⁶.

17. Le Rapporteur spécial propose donc à la Commission d'adopter une définition du droit international coutumier qui s'inspire du texte du Statut de la Cour internationale de Justice sans le viser expressément, cette solution présentant l'intérêt de conserver les concepts clefs (« une pratique générale », « acceptée comme étant le droit ») qui forment le socle de l'approche suivie non seulement par la Cour internationale de Justice elle-même mais aussi par d'autres cours et tribunaux ainsi que par les États¹⁷. Le texte du paragraphe 1 *b* de l'Article 38, aujourd'hui presque centenaire, reste une source très largement invoquée et n'a pris aucune ride. En fait, comparée aux expressions (« pratique des États » et « *opinio juris* ») sans doute d'usage plus courant de nos jours, la formulation du Statut semble moins problématique et plus moderne. Quoiqu'il en soit, le dédoublement résultant du Statut « constitue un outil extrêmement utile pour “découvrir” les règles coutumières¹⁸ ».

18. L'autre expression qu'il serait peut-être utile de définir est celle d'« organisation internationale ». Il serait bon d'adopter la définition résultant de l'article 1, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et de l'article 2, paragraphe 1 *i*, de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986), où l'expression « organisation internationale » s'entend de l'« organisation intergouvernementale ». Comme il ressort du commentaire de la Commission, la définition plus élaborée figurant au projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales a été dégagée dans le contexte particulier dudit sujet¹⁹. Dans le présent contexte, la définition plus générale et plus large semblerait préférable.

19. L'opportunité de définir d'autres termes sera appréciée en cours de travaux. Si l'on retenait l'idée de consacrer une disposition à l'« emploi des termes », sans doute y aurait-il lieu d'y insérer une clause de sauvegarde semblable à celles envisagées dans des textes antérieurs issus de projets de la Commission, comme l'article 2, paragraphe 3, de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens²⁰.

20. Vu ce qui précède, le projet de conclusion suivant est proposé :

« *Projet de conclusion 2. Emploi des termes*

« Aux fins des présents projets de conclusion :

« *a*) l'expression « droit international coutumier » s'entend des règles de droit international qui découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

« *b*) l'expression « organisation internationale » s'entend de toute organisation intergouvernementale ;

« *c*) ... »

¹⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 45.

¹⁶ Mais voir *ibid.*, par. 32 : « Le paragraphe 1 de l'Article 38 a fréquemment été mentionné ou reproduit dans des instruments ultérieurs. Même si sa formulation ne s'applique qu'à la Cour internationale de Justice, 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 dernières. » Il ressort clairement du chapeau de l'Article 38, paragraphe 1, tel qu'adopté en 1945 (« La Cour, dont la mission est de régler *conformément au droit international* les différends qui lui sont soumis, applique »), que cette disposition vient énumérer les sources du droit international.

¹⁷ Voir par. 24 et 25 ci-après.

¹⁸ Pellet, « Article 38 », p. 813 ; voir également Danilenko, « The theory of international customary law », p. 10 et 11 : « la définition de la coutume figurant à l'Article 38 du Statut est extrêmement importante pour la théorie et la pratique du droit international coutumier. En premier lieu, l'Article 38 confirme que la reconnaissance de la coutume internationale par tous les États est l'une des principales sources du droit international [...]. Deuxièmement, l'Article 38 traduit l'accord de tous les membres de la communauté internationale quant aux éléments qui doivent exister pour que des règles du droit international coutumier se forment et s'appliquent, à savoir, d'une part, une pratique, et, de

l'autre, l'acceptation de cette pratique comme étant le droit » ; Arango-Ruiz, « Customary law: a few more thoughts about the theory of “spontaneous” international custom », p. 105.

¹⁹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 47 à 50, paragraphes 1 à 15 du commentaire relatif au projet d'article 2.

²⁰ Aux termes de cet article, « [I]es dispositions des paragraphes 1 et 2 concernant l'emploi des termes dans la présente Convention n'affectent pas l'emploi de ces termes ni le sens qui peut leur être donné dans d'autres instruments internationaux ou dans le droit interne d'un État ».

CHAPITRE III

Approche fondamentale : deux éléments constitutifs

21. Le présent rapport part du principe que, pour déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier, il faut interroger la pratique et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (approche binaire dite «des deux éléments»)²¹. Cette approche a recueilli une large adhésion pendant les débats tenus en 2013 au sein de la Commission et à la Sixième Commission²². Comme on le verra ci-après, on la retrouve de fait généralement dans la pratique des États et la jurisprudence des juridictions internationales, dont la Cour internationale de Justice, et elle jouit de la faveur de la doctrine.

22. Selon cette approche, il existerait une règle de droit international coutumier dès lors qu'on est en présence d'une «pratique générale» qui est «acceptée comme étant le droit», ces deux éléments, «les critères, [que la Cour internationale de Justice] a maintes fois énoncés, permettant d'identifier une règle de droit international coutumier²³», devant être réunis en toutes circonstances pour autoriser à conclure à l'existence d'une règle de droit coutumier international. Par suite, pour conclure en toute certitude à l'existence de telle ou telle règle de droit coutumier, «il faudrait avoir l'assurance qu'une telle règle répond aux conditions requises pour que prenne naissance une coutume internationale²⁴».

23. Ces deux éléments sont en effet indispensables à toute règle de droit international coutumier à proprement parler. Comme l'a dit un auteur,

en l'absence de toute pratique (*consuetudo*), l'expression «droit international coutumier» serait impropre dans la mesure où la pratique constitue précisément la principale *differentia specifica* de cette branche du droit international. En revanche, en l'absence de l'élément subjectif de l'acceptation de la pratique comme étant le droit, la coutume

internationale ne se distinguerait pas du simple usage (*usus*) ou d'autres règles de conduite non juridiques²⁵.

24. L'approche des deux éléments est largement consacrée par la pratique des États. Pour ne citer que quelques exemples récents, les États-Unis d'Amérique, le Rwanda et l'Uruguay sont convenus, dans des traités d'investissement bilatéraux, que le droit international coutumier «résulte d'une pratique générale et constante des États, que ceux-ci suivent comme y étant juridiquement tenus²⁶». De même, selon les Pays-Bas et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, «les deux éléments constitutifs du droit international coutumier sont la pratique généralisée et constante des États (pratique des États) et le sentiment que le respect de la règle de droit est obligatoire (*opinio juris*)²⁷». L'ensemble des États membres de l'Union européenne ont adopté la même position dans les Lignes directrices de l'Union européenne concernant la promotion du droit humanitaire international, qui voient dans le droit international coutumier une source du droit international qui «découle de la pratique des États à laquelle ceux-ci reconnaissent un caractère contraignant²⁸». La Cour suprême singapourienne a jugé que «la pratique fréquente et pratiquement uniforme des États associée à l'*opinio juris* était requise pour conférer à une règle donnée valeur de règle de droit international coutumier²⁹», et la Cour constitutionnelle slovène a également considéré que telle norme «peut revêtir le caractère de règle contraignante de droit international coutumier dès lors qu'elle est appliquée par un grand nombre d'États comme étant une règle de droit international coutumier à respecter³⁰». La Cour constitutionnelle et la Cour suprême tchèques ont également considéré que les deux éléments étaient essentiels³¹, de même que la Cour d'appel néo-zélandaise, qui a observé que «le droit international coutumier, les règles (non écrites) du droit international liant tous les États,

²¹ Voir également *supra* le paragraphe 3 a.

²² Voir également *infra* le paragraphe 24.

²³ *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la p. 122, par. 55; dans le même paragraphe, la Cour internationale de Justice a précisé qu'«une «pratique effective» assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour qu'existe une telle règle»; voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la p. 44, par. 77: «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»; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 13, à la page 29, par. 27: «Il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États»; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 97, par. 183: «la Cour doit maintenant identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend. Pour cela, elle doit examiner la pratique et l'*opinio juris* des États»; Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 197: «En fait, la Cour n'a jamais répudié son opinion, solidement fondée sur le texte de son statut, selon laquelle le droit international coutumier est «une pratique générale acceptée comme étant le droit».»

²⁴ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 47, par. 9 (opinion individuelle collective de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda).

²⁵ Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 40 et 41.

²⁶ Voir annexe A du Traité entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République du Rwanda concernant la promotion et la protection réciproque de l'investissement (Kigali, 19 février 2008, *Treaties and Other International Acts Series* 12-0101); et annexe A du Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République orientale d'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproque de l'investissement (Montevideo, 4 novembre 2005, *ibid.*, 06-1101), dans lesquelles les parties sont convenues que le droit international coutumier en général et tel que défini à l'article 5 et à l'annexe B résulte d'une pratique générale et constante des États, qu'ils suivent comme y étant juridiquement tenus.

²⁷ Mémoire des Gouvernements du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et du Royaume des Pays-Bas en qualité d'*amici curiae* à l'appui des défendeurs dans l'affaire *Esther Kiobel* et al. v. *Royal Dutch Petroleum Co.* et al. (3 février 2012), Cour suprême des États-Unis, p. 8.

²⁸ *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 303, 15 décembre 2009, p. 13, par. 7.

²⁹ Cour suprême singapourienne, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, Cour d'appel, 14 mai 2010, par. 96, ILR, vol. 143, p. 374.

³⁰ Décision n° U-I-146/07, 13 novembre 2008, par. 19, note de bas de page xix; voir également affaire n° Up-13/99-24, décision du 8 mars 2001, par. 14.

³¹ *Succession of States and Individuals*, dossier n° II. US 214/98 (30 janvier 2001); et *Diplomatic Privileges and Immunities of a Visiting Prince Case*, dossier n° 11 Tcu 167/2004 (16 décembre 2004).

apparaissent quand les États suivent certaines pratiques, généralement et constamment, comme y étant juridiquement tenus³²». Le fait qu'une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit soient requises pour la formation et la détermination du droit international coutumier a en outre été reconnu notamment par l'Afrique du Sud, l'Autriche, la Fédération de Russie, l'Inde, Israël, la Malaisie, les pays nordiques, le Portugal, la République islamique d'Iran et le Viet Nam dans leurs interventions lors des débats consacrés par la Sixième Commission aux rapports de la Commission de 2012 et de 2013³³. Dans des conclusions déposées récemment devant la Cour internationale de Justice, des États ont continué de fonder leur argumentation sur l'approche dite des deux éléments³⁴.

25. D'autres juridictions internationales ont également admis que, pour déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier, il fallait s'attacher aux deux éléments. Comme le Rapporteur spécial l'a fait observer dans son premier rapport, quel que soit le contexte dans lequel ces autres juridictions travaillent, elles s'appuient généralement sur l'approche et la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et 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*³⁵.

26. La plupart des auteurs souscrivent également à l'approche des deux éléments, comme il ressort d'ouvrages et traités de droit international public³⁶ et mono-

graphiques consacrées à la coutume ou s'y rapportant, que ces ouvrages traitent spécialement des sources du droit international³⁷ ou de toute autre question ayant trait à celui-ci³⁸. À titre d'exemple, dans *Oppenheim's International Law*, aux termes de l'alinéa b du paragraphe 1 de l'Article 38, la coutume est constituée de deux éléments essentiels, à savoir la pratique et l'*opinio juris*³⁹. Il résulte de la dernière édition de l'ouvrage intitulé *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations* que

la coutume, au sens juridique, signifie davantage que la simple habitude ou l'usage, que c'est un usage considéré comme obligatoire par ceux qui le suivent et, qu'aux termes de l'alinéa b du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, il convient d'examiner si la coutume supposée est le fruit d'une «pratique générale acceptée comme étant le droit»⁴⁰.

fondamentaux constituant la coutume: une pratique des États (*usus* ou *diuturnitas*) et l'opinion correspondante des États (*opinio juris* ou *opinio necessitatis*)»; Dupuy et Kerbrat, *Droit international public*, p. 364, par. 324: «La bivalence du phénomène coutumier trouve un écho direct dans la représentation qu'en donnent les différents courants de la doctrine, aussi bien objectiviste que volontariste. Pour les uns comme pour les autres, confortés par le texte précité de l'Article 38 b du Statut de la Cour de La Haye ([Cour permanente de Justice internationale] puis [Cour internationale de Justice]), la réunion de deux éléments est nécessaire pour que naisse la coutume en tant que règle de droit»; Bos, *A Methodology of International Law*, p. 109: «pour qu'une coutume existe, il suffit de constater l'existence des aspects factuels de celle-ci, c'est-à-dire ses éléments matériel et psychologique, et de les évaluer au regard de la définition de la coutume»; Lowe, *International Law*, p. 36 à 63; Shaw, *International Law*, p. 74: «on peut distinguer deux éléments fondamentaux dans la constitution d'une coutume. D'une part, l'élément matériel, c'est-à-dire le comportement effectif des États, d'autre part l'élément psychologique ou subjectif, à savoir la conviction que ce comportement est dicté par le droit»; voir Damrosch *et al.*, *International Law: Cases and Materials*, p. 59: «Ce qui est clair est que la définition de la coutume comprend deux éléments distincts»; Daillier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, p. 353: «Il est certes admis par tous que le processus coutumier n'est parfait que par la réunion de deux éléments»; Murphy, *Principles of International Law*, p. 92 et 93: «Les États, de par leur pratique, et les publicistes, dans le cadre de la doctrine et de la jurisprudence, sont convenus qu'une règle du droit international coutumier se forme lorsque deux conditions sont remplies: 1) il existe une pratique relativement uniforme et cohérente en ce qui concerne une question particulière; et 2) les États ont la conviction que cette pratique est juridiquement obligatoire»; Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 7^e éd. (Oxford University Press, 2012), p. 57 à 63; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 23: «une coutume existe lorsque [...] quelqu'un (un conseiller juridique, un tribunal, un gouvernement, un commentateur) répond par l'affirmative à deux questions connexes: a) existe-t-il une pratique générale; b) cette pratique est-elle acceptée comme étant le droit international?»; Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Publico*, p. 136: «une pratique suivie par les sujets internationaux et généralement acceptée par ceux-ci comme étant le droit»; Klabbers, *International Law*, p. 26: «deux conditions principales: il doit exister une pratique générale, et cette pratique générale doit être acceptée comme étant le droit [...]»; Santulli, *Introduction au droit international*, p. 45: «la doctrine classique des deux éléments de la coutume: la pratique, qui constitue l'élément matériel [...], et l'acceptation ou *opinio iuris*, qui constitue l'élément volontaire (ou "psychologique")».

³⁷ Voir, par exemple, Millán Moro, *La "opinio iuris" en el derecho internacional contemporáneo*; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 56 et 57: «En droit international classique, les critères de la reconnaissance d'une règle coutumière sont les suivants: il doit exister une pratique suffisante des États [...] et cette pratique doit s'accompagner de preuves de ce que l'on appelle traditionnellement l'*opinio juris* ou l'*opinio juris sive necessitatis* ou être étayée par de telles preuves.»

³⁸ Par exemple, Corten, *Le droit contre la guerre*, chap. 1; pour une édition antérieure, en anglais, voir Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, chap. 1.

³⁹ Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 27.

⁴⁰ Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 57.

³² *Zaouvi v. Attorney General*, CA20/04, Cour d'appel, Wellington, 30 septembre 2004, par. 34.

³³ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie); et *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie). Les déclarations faites par les différents États sont disponibles dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e à 25^e séance (A/C.6/67/SR.18 à SR.25); et *ibid.*, *soixante-huitième session, Sixième Commission*, 17^e à 26^e séance et 29^e séance (A/C.6/68/SR.17 à SR.26 et A/C.6/68/SR.29).

³⁴ À titre d'exemple, dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, l'Allemagne a considéré qu'«[i]l n'exist[ait] pas de pratique générale, soutenue par l'*opinio juris*, élargissant la dérogation au principe de l'immunité des États aux cas de violations du droit humanitaire commises par des forces militaires pendant un conflit armé» [mémoire de la République fédérale d'Allemagne, 12 juin 2009, p. 33, par. 55] et l'Italie, qui n'invoquait pas le droit international coutumier, a considéré dans son contre-mémoire que «[l]a question qui se pos[ait] en l'espèce n'[était] pas de savoir s'il exist[ait] une pratique générale et constante, confirmée par l'*opinio juris*, faisant ressortir l'existence d'une règle internationale de nature coutumière autorisant d'une manière générale le refus de l'immunité en présence de violations graves du droit international humanitaire ou des droits de l'homme» (contre-mémoire de l'Italie, 22 décembre 2009, p. 82, par. 4.108). Pour un autre exemple récent, voir l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, en particulier, dans les questions posées par des membres de la Cour au terme de l'audience tenue le 16 mars 2012, la question posée à la Belgique – le Sénégal étant invité à faire des observations – par le juge Greenwood au terme de l'audience du 16 mars 2012. De même, dans d'autres affaires, si des États n'ont pas cherché à démontrer l'existence d'une règle de droit international coutumier en invoquant l'existence soit de la seule pratique soit de la seule *opinio juris*, ils n'ont pas cherché à mettre en doute l'existence d'une prétendue règle de droit international coutumier en faisant valoir que l'approche des deux éléments était erronée d'un point de vue théorique.

³⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 66 à 82.

³⁶ Voir, par exemple, Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 25 à 31; Cassese, *International Law*, p. 157: «les éléments

27. Ainsi qu'il est dit dans le premier rapport, certains auteurs ont tenté de dégager d'autres approches, généralement axées sur un élément constitutif au détriment de l'autre, que ce soit la pratique ou l'*opinio juris*, voire en excluant complètement un élément⁴¹. De même, dans une certaine mesure, dans ses travaux, qui ont abouti en 2000 à la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général (Déclaration de Londres)⁴², l'Association de droit international tend à minimiser le rôle de l'élément subjectif⁴³. Si tous ces écrits présentent un intérêt, qu'ils ne sauraient laisser indifférent et qu'ils sont (et doivent être) dûment pris en compte, il n'en demeure pas moins qu'ils ne semblent pas avoir véritablement influencé l'approche adoptée par les États et les juridictions. L'approche des deux éléments demeure prédominante⁴⁴.

28. Dans le premier rapport, le Rapporteur spécial a recherché s'il existait différentes approches permettant de déterminer des règles de droit international coutumier dans les différentes branches du droit⁴⁵. À titre d'exemple, on a fait valoir en doctrine⁴⁶ – thèse adossée çà et là à la pratique⁴⁷ – dans les branches du droit international dont,

⁴¹ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 97 à 101.

⁴² «London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law», et commentaire, *Report of the Sixty-ninth Conference held in London, 25-29th July 2000*, p. 712 à 777; résolution 16/2000, «Formation of general customary international law» («Formation du droit international coutumier général»), *ibid.*, p. 39; voir également *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 89 à 91.

⁴³ La Déclaration de Londres parle de la présumée nécessité de l'«élément subjectif» [Déclaration de Londres (voir la note précédente), p. 718, par. 10].

⁴⁴ Voir également Sender et Wood, «The emergence of customary international law: between theory and practice»: «l'approche des deux éléments a [...] permis la formation et l'identification de règles du droit international ayant pour la plupart été largement acceptées, tout en conservant au droit international coutumier la souplesse qui le caractérise. Elle s'est révélée à la fois utile et stable, et elle continue à faire autorité par le biais du Statut de la [Cour internationale de Justice], qui lie 193 États. Les autres approches de la formation des règles du droit international coutumier sont pour l'essentiel politiques; elles peuvent en tant que telles être instructives, mais elles demeurent politiques et ne relèvent pas du droit».

⁴⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 19.

⁴⁶ *Ibid.*, notes de bas de page 31 à 33; voir également Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 128: «le moment est venu de mettre la théorie de la coutume à plat et d'en articuler les différents types (et donc les éléments) en relation avec différentes matières et différents domaines. Il n'y a pas une coutume internationale; il en existe de nombreuses dont la caractéristique commune n'a pas encore été établie. Il convient donc, au lieu d'essayer de faire entrer artificiellement la diversité croissante de l'expérience concrète dans le lit de Procuste de l'*opinio juris* traditionnelle, de dresser, du droit international coutumier, une nouvelle carte qui rende compte des divers aspects de la vie internationale»; Cassese, *International Law*, p. 160 et 161: «L'*usus* et l'*opinio* en tant qu'éléments du droit coutumier jouent un rôle différent dans une branche particulière du droit international, à savoir le droit humanitaire des conflits armés [...]. Eu égard [au libellé de la clause de Martens], on peut logiquement inférer (ce que la pratique confirme) que l'existence d'une pratique des États n'est peut-être pas nécessaire pour la formation d'un principe ou d'une règle reposant sur les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique [...]».

⁴⁷ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, jugement, 14 janvier 2000, *Recueils judiciaires 2000*, p. 1740 et 1742, par. 527: «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

notamment, le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal, qu'un seul élément, à savoir l'*opinio juris*, suffirait pour qu'il y ait règle de droit international coutumier⁴⁸. Il est toutefois plus juste de dire qu'il n'existe pas différentes approches⁴⁹, mais des variations dans la mise en œuvre de l'approche des deux éléments, selon la branche du droit (ou, peut-être plus précisément, selon le type de règle): par exemple, il se peut que, «aux fins de [telle ou telle] affaire donnée, la pratique [des États] la plus pertinente⁵⁰» serait constatée dans telle ou telle forme, à laquelle on conférerait «un rôle essentiel⁵¹». Mais, au fond, l'ap-

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 humanitaire»; voir également Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, Chambre de la Cour suprême, arrêt, 3 février 2012, par. 93: «En ce qui concerne le droit international coutumier, la Chambre de la Cour suprême considère que, pour vérifier la survenance d'un principe ou d'une règle générale selon lesquels un fait contrevient aux lois de l'humanité ou aux injonctions de la conscience publique, le critère traditionnel, au regard duquel il faut rapporter la preuve d'une pratique des États largement répandue et pratiquement uniforme, est peut-être en réalité moins strict que dans d'autres branches du droit international et, pour démontrer l'existence d'une règle coutumière, la preuve de la conviction des sujets de droit que l'accomplissement d'un acte est obligatoire parce que le droit l'exige (élément psychologique ou *opinio juris*) peut primer sur celle de l'accomplissement effectif de cet acte.»

⁴⁸ De même, on a fait valoir que l'on pourrait recourir à une échelle mobile pour établir l'existence de telle règle de droit international coutumier à partir d'une pratique constante des États, en l'absence même de toute preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit, et ou de l'acceptation clairement établie de telle règle comme étant le droit, en l'absence même de toute preuve d'une pratique établie, par référence à l'activité considérée et au caractère raisonnable de la règle coutumière supposée: voir Kirgis, «Custom on a sliding scale», p. 149 (le modèle vise également les cas de figure où l'un ou l'autre élément n'a guère d'existence).

⁴⁹ Voir également les interventions faites au nom de l'Afrique du Sud, de la Chine, de la Fédération de Russie, de la République islamique d'Iran, d'Israël, de la Pologne et de Singapour pendant les débats que la Sixième Commission a consacrés en 2013 aux travaux de la Commission (voir *supra* la note 33), à l'occasion desquelles les délégations ont préconisé l'adoption d'une approche unifiée; Treves, «Customary international law», p. 938, par. 3: «La caractéristique essentielle commune des règles du droit international coutumier tient à la manière dont elles voient le jour et dont leur existence peut être établie»; Kammerhofer, «Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship».

⁵⁰ *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la p. 132, par. 73.

⁵¹ *Ibid.*, p. 162, par. 4 (opinion individuelle de M. le juge Keith); voir, par exemple, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 582, aux p. 614 et 615, par. 88: «en droit international contemporain, la protection des droits des sociétés et des droits de leurs actionnaires, et le règlement des différends y afférents sont essentiellement régis par des accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers, tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers, et la convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États investisseurs, qui a créé un Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ainsi que par des contrats entre les États et les investisseurs étrangers. Dans ce contexte, le rôle de la protection diplomatique s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants»; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dusko 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, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, p. 464, par. 99: «Avant de relever certains des principes et règles du droit coutumier

proche est la même : les deux éléments sont requis. Procéder autrement, ce serait risquer de diviser artificiellement le droit international en plusieurs branches distinctes, ce qui le remettrait en cause en tant que système⁵². En tout état de cause, comme on le verra ci-après, il est souvent malaisé d'envisager les deux éléments séparément⁵³.

29. Il faut replacer tous les éléments de preuve dans leur contexte⁵⁴. Il convient de procéder avec le plus

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 ; voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, *Recueils judiciaires 1999*, p. 156, par. 194 ; Conforti et Labella, *An Introduction to International Law*, p. 32 : « Le poids accordé aux actes dépend du contenu de la règle coutumière. Par exemple, les traités ont beaucoup d'importance en matière d'extradition, mais la jurisprudence des tribunaux internes a davantage de poids lorsque ce sont les immunités juridictionnelles de l'État et de ses organes qui sont en cause » ; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 175, 176 et 178 (opinion dissidente de M. Tanaka) : « Déterminer si ces deux facteurs sont réunis ou non dans le processus de formation d'un droit coutumier soulève des problèmes délicats et difficiles à résoudre. [...] Ainsi, il ne faut pas interpréter de manière trop rigide les deux éléments [...] mais au contraire les apprécier en fonction des circonstances – et donc avec une certaine souplesse ; en d'autres termes, il faut se placer dans une perspective téléologique. [...] En bref, comme je l'ai indiqué plus haut, le mode de formation d'une règle coutumière est différent selon qu'il s'agit de tel ou tel domaine du droit. Le facteur temps (la durée de la coutume) est relatif ; il en va de même du facteur numérique (la pratique des États). Non seulement faut-il évaluer chacun des facteurs qui contribuent à la naissance d'une règle coutumière compte tenu de toutes les circonstances, mais encore considérer la formation du droit dans son ensemble comme un processus organique et dynamique. On ne doit pas envisager les conditions requises pour l'existence d'un droit coutumier d'un point de vue purement formaliste et oublier ce faisant le point de vue de la nécessité sociale, c'est-à-dire l'importance des buts et des objectifs de la règle coutumière considérée. »

⁵² Comme l'a souligné d'entrée de jeu l'étude de 2006 consacrée à la fragmentation du droit international, « [l]e droit international est un système juridique » [*Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 186, par. 251, conclusion 1]. Voir également Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 285 : « [L]orsque les tribunaux méconnaissent les conditions traditionnelles de l'existence du droit international coutumier ou ne s'assurent pas qu'elles sont strictement respectées, ils risquent d'apporter tacitement leur appui à ce qu'on a appelé "la hâte à promouvoir de nouvelles règles de droit" [...]. [Dans de tels cas] il n'est guère tenu compte des subtilités du consentement des États, ni de la probabilité que les normes dont l'existence a été si facilement établie soient respectées. »

⁵³ Voir également Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 62 : « La pratique et l'*opinio juris* fournissent ensemble les informations nécessaires pour déterminer s'il existe une règle coutumière, mais le rôle de chacune – la pratique et l'*opinio* – n'est pas exclusif ; elles se complètent » ; Déclaration de Londres (voir *supra* la note 42), p. 718, par. 10 c : « Dans les faits, il est souvent difficile, voire impossible, de distinguer les deux éléments. »

⁵⁴ Voir également *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *C.I.J. Recueil*

grand soin s'agissant d'apprécier l'existence des deux éléments constitutifs, que ce soit en interrogeant des preuves primaires ou des moyens subsidiaires. En présence de « preuves [provenant de sources diverses], la plus grande prudence s'impose »⁵⁵. Pour ce qui est d'apprécier la pratique pertinente et dans quelle mesure elle est acceptée comme étant le droit⁵⁶, on s'attachera aux circonstances de l'espèce et on pourrait relativiser le poids de telle ou telle preuve. Ainsi « présenteront un intérêt particulier toutes manifestations d'une pratique qui vont à l'encontre des intérêts de l'État dont elles proviennent, ou qui entraînent pour l'État en question des coûts politiques, militaires, économiques ou autres non négligeables, dans la mesure où il est moins probable qu'elles soient dictées par des considérations politiques, d'opportunité ou de courtoisie, notamment⁵⁷ ». On retiendra de même le soin entourant telle ou telle déclaration ; on accordera moins d'importance à toutes prises de position spontanées, faites sur le vif.

30. Déterminer si telle ou telle règle de droit international coutumier existe, c'est rechercher une « pratique acceptée si largement par les États [...] que l'on peut [...] considérer qu'elle existe, en droit international général, une obligation [...] »⁵⁸. L'entreprise peut en être ardue et complexe⁵⁹, singulièrement parce que « toute prétendue règle de droit coutumier doit [naturellement] être prouvée pour être une règle de droit international valide, et non une proposition sans fondement⁶⁰ ». Comme on le verra ci-après, pour cette entreprise

prudence et mesure sont indispensables, le but étant non seulement de déterminer le savant dosage de ce que les États disent et font, veulent et

1952, p. 176, à la page 200 : « On trouve dans la correspondance diplomatique des expressions isolées qui, prises hors de leur contexte, peuvent être considérées comme la reconnaissance des prétentions des États-Unis d'exercer la juridiction consulaire et autres droits capitulaires. Mais[,] d'autre part, la Cour ne peut ignorer la teneur générale de la correspondance [...] »

⁵⁵ Kunz, « The nature of customary international law », p. 667.

⁵⁶ Voir également Treves, « Customary international law », p. 943, par. 28 : « [Les manifestations de la pratique] contribuent à déterminer ce qu'est le droit international coutumier à un moment donné. Aux fins de cette détermination, prudence et pondération sont de mise, non seulement pour faire un choix judicieux entre ce que les États disent, font, veulent et croient, mais également pour tenir compte des ambiguïtés qui s'attachent à de nombreux éléments de la pratique. »

⁵⁷ *Ibid.*, p. 944, par. 30.

⁵⁸ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, à la page 83, par. 204.

⁵⁹ Petrič, « Customary international law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia ». Voir également Mémoire des Gouvernements du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et du Royaume des Pays-Bas en qualité d'*amici curiae* à l'appui des défendeurs dans l'affaire *Esther Kiobel* et al. v. *Royal Dutch Petroleum Co.* et al., 3 février 2012, devant la Cour suprême des États-Unis, p. 13 : « La méthode à appliquer pour déterminer ce qui constitue une nouvelle règle du droit international n'est donc [...] pas simple et une analyse approfondie est nécessaire pour établir si les éléments constitutifs d'une telle règle – la pratique des États et l'*opinio juris* – sont présents » ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 100 (opinion individuelle de M. De Castro) : « Il n'est pas facile de prouver l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » ; Kunz, « The nature of customary international law », p. 667 : « Déterminer si les deux conditions de la procédure coutumière sont remplies dans un cas d'espèce [...] est une tâche complexe. »

⁶⁰ Shaw, *International Law*, p. 144.

croient, mais également de ne pas méconnaître les ambiguïtés dont sont de nombreux éléments de la pratique⁶¹.

31. Compte tenu de ce qui précède, les projets de conclusion ci-après sont proposés :

⁶¹ Treves, « Customary international law », p. 943 et 944, par. 28. Voir également Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 279 : « Appliquer les critères permettant d'établir l'existence de la coutume n'est pas un processus scientifique dont l'exactitude peut être mesurée. Il appelle davantage une évaluation des faits et des arguments » ; Birnie et Boyle, *International Law and the Environment*, p. 16 : « l'identification du droit coutumier a toujours été et demeure particulièrement problématique en ce qu'elle nécessite des compétences, l'exercice d'un jugement et des recherches considérables ».

« Projet de conclusion 3. Approche fondamentale

« Pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier et son contenu, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit.

« Projet de conclusion 4. Appréciation de la preuve

« Pour apprécier si telle pratique générale est acceptée comme étant le droit, il faut tenir compte du contexte, notamment des circonstances de l'espèce. »

CHAPITRE IV

Pratique générale

32. La pratique⁶², souvent décrite comme l'élément « matériel » ou « objectif », joue un « rôle essentiel » dans la formation et la détermination du droit international coutumier⁶³. On peut y voir la « matière première » du droit international coutumier, celui-ci naissant de la pratique, qui « la définit et la limite »⁶⁴. Elle consiste en actes « matériels et détectables »⁶⁵ de sujets de droit international, et ce sont ces « comportements »⁶⁶ qui peuvent former une « trame des précédents »⁶⁷ dont on peut dégager une constante.

⁶² La pratique est souvent appelée, entre autres et parfois indifféremment, « usage », *usus*, *consuetudo* ou *diuturnitas*.

⁶³ Comme elle l'a fait observer, « [I]a Cour [internationale de Justice], à laquelle l'Article 38 du Statut prescrit entre autres d'appliquer la coutume internationale "comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit", ne peut ignorer le rôle essentiel d'une pratique générale » [*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 97 et 98, par. 184].

⁶⁴ Voir l'opinion dissidente de Sir Percy Spender en l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 6, à la page 99 : « La méthode à suivre pour mesurer la nature et la portée d'une telle coutume, si elle est démontrée, est de considérer la pratique qui elle-même, tout ensemble, la définit et la limite. Le premier élément d'une coutume est l'existence d'une pratique constante et uniforme qui doit être établie avant qu'on puisse définir une coutume. »

⁶⁵ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 318 et suiv., sect. 118, évoquant l'« usage » comme élément constitutif du droit international coutumier, cité dans D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 49.

⁶⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* [voir supra la note 63], p. 108, par. 207 ; voir aussi la définition de Weisburd : « divers types d'activités [...] c'est tout ce que signifie la pratique » (« Customary international law: the problem of treaties », p. 7).

⁶⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 329 (opinion individuelle de M. Ammoun), par. 39 ; voir aussi *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, aux pages 83 et 99 (opinion dissidente de M. Azevedo) : « La coutume est faite de précédents reconnus [...] [de] faits significatifs et constants permettant de considérer que les États ont accepté de reconnaître un droit coutumier » ; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 175 (opinion dissidente de M. Tanaka), qui parle d'« un usage ou [...] la répétition persistante d'une même catégorie d'actes [...] ». C'est [l']aspect quantitatif [du droit coutumier] ; Stern, « Custom at the heart of international law », p. 95 : « il est très généralement admis que l'élément matériel est constitué par la répétition d'un certain nombre de faits pendant un certain laps de temps, ces différentes variables étant modulées en fonction des différentes situations ».

33. De la « pratique générale » à la « pratique des États ». Les États demeurent les principaux sujets de droit international⁶⁸. La pratique des États joue plusieurs rôles importants en droit international, notamment la pratique ultérieure, élément (ou moyen) d'interprétation des traités au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, et de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1986⁶⁹. Le comportement des États est de première importance pour la formation et la détermination du droit international coutumier, l'élément matériel de ce dernier étant ainsi communément appelé « pratique des États », au sens d'un comportement qui leur est attribuable⁷⁰. « [L]a pratique effective [est] suivie par les États pour traduire ou créer des règles de droit coutumier⁷¹. » Comme la Cour internationale de Justice l'a toujours souligné, c'est « [de] la pratique des États [que] découle le droit international coutumier⁷² ».

⁶⁸ Voir aussi Walter, « Subjects of international law », p. 636, par. 5.

⁶⁹ Point examiné actuellement par la Commission au titre du sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » : voir en particulier les projets de conclusions 4, par. 2, et 5 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 38] ; voir aussi Weisburd, « The International Court of Justice and the concept of State practice », p. 299, faisant observer ceci : « Il est difficile de surestimer l'importance de la pratique des États en droit international » ; Aceves, « The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of State practice » ; Parry, « The practice of States », p. 165 : « C'est dans la pratique des États que doit être recherchée la preuve de l'existence de nouvelles règles dans de nouveaux domaines du droit international ou de modifications du droit positif. »

⁷⁰ Voir aussi Wood et Sender, « State practice » ; Dinstein, « The interaction between customary law and treaties », p. 266 : « La pratique générale constituant le *font* et *origo* du droit international coutumier est essentiellement celle des États » ; Mendelson, « The formation of customary international law », p. 201 : « ce que l'on appelle commodément et traditionnellement la pratique des États [...] est, plus précisément, la pratique des sujets de droit international ». Sur le développement historique de la doctrine de la pratique des États, voir Carty, « Doctrine versus State practice ».

⁷¹ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18, à la page 46, par. 43.

⁷² *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 143, par. 101. L'expression « pratique internationale » renvoie donc à la pratique des États : voir, par exemple, *Interprétation des traités de paix (deuxième phase)*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 221, à la page 242 (opinion dissidente de M. Read) ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 261 (opinion individuelle de M. Padilla Nervo) et à la page 344 (opinion dissidente de M. Riphagen) ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt,

34. *Attribution de la pratique à l'État.* Comme dans d'autres contextes, tels que la responsabilité de l'État et la pratique ultérieure concernant l'interprétation des traités, la pratique doit pouvoir être attribuée à l'État pour contribuer à la formation de droit international coutumier⁷³. À cette fin, on pourra retenir les actes de tous les pouvoirs (qu'ils exercent des fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autres)⁷⁴. Le comportement de tel organe de facto de l'État, c'est-à-dire de «telle personne ou entité devant être considérée comme organe de l'État au regard

C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 83 (opinion individuelle de M. De Castro); *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 236 (opinion dissidente de M. Skubiszewski); *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 432, à la page 554 (opinion dissidente de M. Ranjeva); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, aux pages 75 et 76 (opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buerghenthal); *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]* (voir *supra* la note 50), p. 170 (opinion individuelle de M. le juge Keith); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, à la page 457.

⁷³ Voir le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite élaboré par la Commission en 2001, première partie, chap. II [*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76]; et les projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités [projet de conclusion 5, *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 38]; voir aussi Brownlie, «Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom», p. 318, renvoyant aux projets d'articles 4, 5 et 8 du projet d'articles de 2001 en disant : «[à] n'en pas douter, des principes analogues devraient être appliqués pour identifier les personnes ou organes compétents pour produire des déclarations ou éléments pouvant être considérés comme pratique de l'État». Les règles d'attribution ne seront pas nécessairement les mêmes dans différents contextes. Voir, par exemple, Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, p. 1190 : «La pratique étayant l'existence d'une règle du droit coutumier doit être la pratique étatique, c'est-à-dire la pratique des organes de l'État, bien que ce critère ne soit pas le même que celui utilisé pour établir la responsabilité d'un État.»

⁷⁴ Selon le projet d'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, «[l]e comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres [...]» [*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76]; voir également Crawford, *State Responsibility: The General Part*, deuxième partie (Attribution to the State), en particulier les pages 113 à 126; voir aussi *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 62, à la page 87 : «Selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État»; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 168, aux pages 242 et 243, par. 216; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 BvR 1506/03, deuxième chambre, décision, 5 novembre 2003, par. 51 : «À cette fin [consulter la pratique des États pertinente], la Cour se penche sur le comportement des organes de l'État qui sont compétents pour les relations juridiques en droit international [...] en règle générale, il s'agira du gouvernement ou du chef de l'État. La pratique de l'État peut cependant aussi résulter d'actes d'autres organes détenant l'autorité de l'État, tels que des organes législatifs ou judiciaires, dans la mesure où ce comportement intéresse directement le droit international»; Bos, *A Methodology of International Law*, p. 229 («la pratique peut être tout ce qui relève de la juridiction d'un État. Tous les actes ou, plus généralement, toutes les formes de comportement ainsi qualifiées peuvent servir de fondement à une règle coutumière»); Déclaration de Londres (voir *supra* la note 42). La thèse selon laquelle seuls comptent comme pratique de l'État les actes de ceux désignés pour représenter l'État à l'extérieur («organes internationaux de l'État»), exprimée antérieurement (par exemple, par Strupp, «Règles générales du droit de la paix», p. 313 à 315) n'est plus généralement acceptée.

du droit international même si le droit interne ne la décrit pas comme telle⁷⁵», peut aussi être retenu comme pratique de l'État⁷⁶, «quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État⁷⁷».

35. Déterminer la pratique des États est chose malaisée. L'éparpillement et le siège de la pratique restent source de problème pratique majeur dans le monde d'aujourd'hui, en dépit de l'évolution des ressources informatiques et télématiques⁷⁸. Comme il est indiqué au chapitre VI ci-après, cette question – que la Commission a examinée il y a plusieurs décennies sous l'intitulé «Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier» (première et deuxième sessions, en 1949 et en 1950) – sera traitée dans le troisième rapport du Rapporteur spécial.

36. Les projets de conclusion suivants sont proposés :

«*Projet de conclusion 5. Rôle de la pratique*

«L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément du droit international coutumier signifie que c'est avant tout la pratique des États qui contribue à la création ou à l'expression de règles de droit international coutumier.

«*Projet de conclusion 6. Attribution de comportement*

«La pratique de l'État consiste dans le comportement qui lui est attribuable, dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre.»

37. *Manifestations de la pratique.* On a parfois dit que la «pratique des États» ne devrait être considérée comme telle aux fins du droit international coutumier que lorsqu'elle se rapporte à tel type de situation relevant du domaine des relations internationales⁷⁹, ou à tel fait donnant lieu à réclamation (par opposition à une

⁷⁵ Palchetti, «De facto organs of a State», p. 1048, par. 2.

⁷⁶ Voir aussi Zemanek, «What is "State practice" and who makes it?», p. 305 : «l'autorité constitutionnelle des organes accomplissant les actes est dénuée de pertinence dès lors que la conduite en question apparaît aux autres États, lorsqu'ils l'évaluent avec la diligence voulue et de bonne foi, comme attribuable à l'État en cause et exprimant ou traduisant sa position au sujet d'une règle du droit coutumier».

⁷⁷ Projet d'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76. L'idée de la Commission de l'Association de droit international selon laquelle, dans les États à structure fédérale, «le fait d'entités territoriales de l'État ne jouissant pas d'une personnalité juridique internationale distincte ne vaut normalement pas pratique de l'État à moins qu'il ne soit accompli au nom de celui-ci ou adopté (ratifié) par lui» [Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 727, conclusion] semble inexacte.

⁷⁸ Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 56 : «Les preuves du droit coutumier [demeurent] [...] éparpillées, évanescentes et, dans l'ensemble, non systématiques.»

⁷⁹ Kunz, «The nature of customary international law», p. 666; Déclaration de Londres (voir *supra* la note 42), p. 720, affirmant, à raison, toutefois, que «le fait de savoir si telle question concerne les relations juridiques internationales de l'État ou seulement la compétence interne dépend de l'état de développement du droit international et des relations à ce moment»; Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 56.

affirmation *in abstracto*)⁸⁰. C'est là une approche trop restrictive ; on peut dire en effet que « dans le système international [...] tout acte de l'État est potentiellement un acte législatif⁸¹ ». Il peut s'agir de comportements tant matériels que verbaux (écrits et oraux) : le point de vue inverse, selon lequel « les réclamations elles-mêmes peuvent exprimer une norme juridique mais ne peuvent constituer l'élément matériel d'une coutume⁸² », est trop restrictif⁸³. On pourrait aussi considérer qu'accepter un

⁸⁰ Voir, par exemple, Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 58 : « La pratique des États en tant qu'élément matériel de la coutume est, il faut le souligner, matérielle : elle est constituée par les actes des États en ce qui concerne telle ou telle personne, tel ou tel navire ou une portion de territoire bien définie, et dont chacun confirme ou répudie une prétention relative à une pomme de discorde particulière. »

⁸¹ Weisburd, « Customary international law: the problem of treaties », p. 31. Voir aussi Brownlie, « Some problems in the evaluation of the practice of States... », p. 314, disant notamment ceci : « les documents qui ne sont pas liés à des crises soudaines sont plus susceptibles de rendre compte d'une conception réfléchie et cohérente du droit » ; Degan, *Sources of International Law*, p. 149, notant que certains auteurs avaient limité les éléments de coutume aux faits pouvant lier l'État internationalement mais que « cependant [...] des règles de droit coutumier peuvent naître d'un ensemble d'actes législatifs ou autres pris unilatéralement par plusieurs États, ou que même certaines décisions de juridictions internes peuvent influencer sur la pratique ».

⁸² D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 88, expliquant qu'« un État n'a rien fait lorsqu'il formule une prétention ; tant qu'il n'a pris de mesure d'exécution, cette prétention n'a guère de valeur prédictive quant à ce qu'il va effectivement faire ». Voir aussi l'*Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 191 (opinion dissidente de M. J. E. Read) : « On ne saurait démontrer [le droit international coutumier] en citant les cas dans lesquels les États riverains ont formulé d'amples revendications mais ne les ont pas maintenues sous la forme d'une affirmation réelle de leur souveraineté à l'encontre des navires étrangers [...]. La seule preuve convaincante de la pratique des États est fournie par les saisies, l'État riverain affirmant sa souveraineté sur les eaux dont il s'agit en arrêtant les navires étrangers et en maintenant son point de vue au cours de négociations diplomatiques et d'arbitrages internationaux » ; D'Amato, « Custom and treaty: a response to Professor Weisburd », p. 465 : « ce que les gouvernements *disent* constitue au mieux une *théorie* du droit international, et non le droit international lui-même » ; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 42 (« les coutumes naissent d'actes constituant une conduite, et non des promesses de tels actes ») ; Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 108. Une position extrême était celle de Conradie dans *S. v. Petane, The South African Law Reports 1988 (3) SA 51 (C)*, p. 59, par. F et G, et p. 61, par. D et E (division provinciale du Cap, Afrique du Sud) : « le droit international coutumier est fondé sur la pratique, non sur des recommandations [...] Il faut rechercher la pratique étatique dans ce que les États ont fait sur le terrain dans le climat rigoureux d'un monde tumultueux, et non dans ce que leurs représentants professent dans l'environnement idéologiquement surchauffé de l'Organisation des Nations Unies, au sein de laquelle il est fréquent que l'indignation prenne la place de l'action ».

⁸³ Voir aussi Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 19 et 20 : « il est tout à fait justifié de qualifier les déclarations de pratique des États. Premièrement, et surtout [...] les États eux-mêmes, ainsi que les tribunaux, considèrent comme pratique étatique les déclarations faites lors des conférences » ; Parry, « The practice of States », p. 168 : « très souvent, il n'y a guère de différence entre ce qu'un État fait et ce qu'il dit, car ses seuls actes peuvent consister en des déclarations » ; Akehurst, « Custom as a source of international law », p. 53 : « la pratique des États s'entend de tout acte ou de toute déclaration d'un État dont peuvent se déduire les vues de celui-ci sur le droit coutumier » ; Müllerson, « On the nature and scope of customary international law », p. 342 : « même si l'on voulait distinguer la pratique "effective" des autres formes de pratique (non effective?), cela n'est pas facile, ou même tout simplement impossible » ; Bernhardt, « Custom and treaty in the law of the sea », p. 267 : « On a parfois également fait valoir que seuls les actes, par opposition aux paroles, constituaient la pratique des États [...]. Les paroles, les déclarations, les communications, voire les gestes, font partie des pratiques très diverses constitutives du droit coutumier [...] il est juridiquement inacceptable d'exclure les communications, écrites ou verbales, de la pratique des États. Il

tel point de vue encourage l'affrontement et même dans certains cas l'usage de la force⁸⁴. En tout état de cause, on ne saurait nier que « la méthode de communication entre États s'est élargie. Ces chers actes "réels" deviennent moins fréquents parce que le droit international, et la Charte des Nations Unies en particulier, impose de plus en plus de contraintes aux États à cet égard⁸⁵ ». De plus, « l'adjectif "pratique" (selon l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) est assez général – rejoignant ainsi la souplesse du droit coutumier lui-même – pour recouvrir *tout acte ou comportement de l'État*, et on voit mal ce qui manquerait aux actes verbaux de l'État pour qu'ils ne puissent être attribués au comportement de cet État⁸⁶ ». En même temps, comme on le verra ci-après, la prudence est de mise pour jauger les propos des États (et des organisations internationales) : on ne peut pas toujours prendre les mots pour argent comptant.

38. Dès lors que les actes tant matériels que verbaux sont reconnus comme formes de pratique aux fins de la détermination du droit international coutumier, les « distinctions entre "actes constitutifs" et "preuve d'actes constitutifs" [...] semblent artificielles et arbitraires⁸⁷ ».

n'y a pas de *numerus clausus* quant aux faits et à la pratique des États qui seraient exclusivement nécessaires ou décisifs pour la création et l'entrée en vigueur du droit coutumier. Par contre, il faut admettre que les déclarations verbales ne peuvent créer de règles coutumières si la pratique réelle est différente » ; Skubiszewski, « Elements of custom and the Hague Court », p. 812 [« la pratique des États est constituée par leurs actions et réactions. Il s'agit d'"un processus d'interactions réciproques". Cela ne signifie pas que cette pratique est exclusivement constituée d'actions *stricto sensu*. Les paroles et l'inaction sont également des preuves de la conduite des États »] ; Baxter, « Multilateral treaties as evidence of customary international law », p. 300 : « L'indication précise par l'État de ce qu'il considère être la règle constitue un bien meilleure preuve de sa position que ce qui peut être déduit de ses actes à différents moments et dans divers contextes ». Il convient également de rappeler dans ce contexte la Déclaration de Londres (voir *supra* la note 42), qui reconnaît ce qui suit : « [L]es actes verbaux des États, et pas seulement leurs actes physiques, sont considérés comme pratique étatique » (p. 725, conclusion 4) ; et « Pour définir la pratique des États [...] il est nécessaire de tenir compte de la distinction entre la conduite pouvant être considérée comme pratique étatique et le poids à lui accorder [...]. L'examen de l'élément objectif de la coutume a souffert de la méconnaissance de cette distinction » (p. 724, conclusion 3).

⁸⁴ Voir aussi Müllerson, « The interplay of objective and subjective elements in customary law », p. 162 : « si les saisies, les invasions, les actes de génocide et actes similaires constituaient seuls la pratique des États, dans certains domaines du droit international (par exemple le droit international humanitaire) seuls les États dits voyous contribueraient au développement du droit coutumier [...] le rôle des États puissants dans la formation du droit international s'en trouverait [également] accru. Finalement [...], dans de nombreux domaines du droit international, seuls quelques États pourraient avoir une telle pratique ["effective"] et d'autres pourraient ne participer qu'occasionnellement à cette pratique "effective" ».

⁸⁵ Zemanek, « What is "State practice" and who makes it? », p. 306.

⁸⁶ Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 21.

⁸⁷ Zemanek, « What is "State practice" and who makes it? », p. 292, expliquant que « celle-ci peut masquer ceux-là » et que « [d]e plus, on peut ne jamais avoir connaissance d'un acte "constitutif" s'il n'est pas consigné » ; voir aussi D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 268 : « une règle de droit n'est pas quelque chose qui existe dans l'abstrait, pas plus que l'*opinio juris* n'est quelque chose sur quoi on puisse mettre la main. Les règles de droit et les états d'esprit ne se font jour que lorsqu'ils sont manifestés par une conduite ; il s'agit de généralisations auxquelles nous procédons face à des comportements récurrents ou à des arguments juridiques structurés. Si l'on doit utiliser le terme "preuve", on peut dire que les règles de droit ne s'expriment que dans des "preuves" ; si une preuve est véritablement la preuve de la règle de droit, c'est qu'il s'agit d'une expression de la règle elle-même. La preuve est un élément nécessaire, et non superfétatoire, de la règle.

Le Rapporteur spécial se gardera d'opérer de telles distinctions dans le présent rapport. Comme il a été dit lors du débat de la Commission en 2013, les documents à consulter pour identifier le droit international coutumier peuvent établir l'existence de la règle de droit coutumier et dans certaines situations peuvent également être la source de la pratique elle-même⁸⁸. Par conséquent,

la preuve [aux fins d'apprécier si une règle de droit international coutumier a vu le jour ou non] peut revêtir diverses formes, dont* celle du comportement – ce qui importe est que la source soit fiable et sans équivoque, et reflète la position constante de l'État concerné⁸⁹.

39. La pratique (et la preuve de son existence) se présente sous diverses formes, puisque, «loin de se limiter dans leurs relations et leurs communications [...] à tels ou tels types d'actes définis arbitrairement, les États utilisent toutes formes servant leurs fins⁹⁰». La Commission elle-même interroge diverses sources pour analyser la pratique des États en vue de déterminer l'existence de toute règle de droit international coutumier⁹¹.

40. Plusieurs auteurs ont dressé des listes des principales formes que peut revêtir la pratique. Par exemple, *Brownlie's Principles of Public International Law* contient la liste non exhaustive suivante :

correspondance diplomatique, déclarations de politique générale, communiqués de presse, avis de conseillers juridiques de gouvernements, manuels officiels sur des questions juridiques (par exemple, manuels de droit militaire), décisions et pratiques du pouvoir exécutif, instructions aux forces militaires (par exemple, règles d'engagement), observations de gouvernements sur des projets de textes de la [Commission du droit international] et commentaires correspondants, législation, jurisprudence internationale et interne, considérants de traités et d'autres instruments internationaux (en particulier sous la forme «tous les États»), termes identiques revenant dans une série de traités, pratique d'organisations internationales et résolutions d'organes des Nations Unies, notamment l'Assemblée générale, sur des questions juridiques⁹².

Il est toutefois préférable, étant donné la confusion que suscite l'emploi du terme "preuve", de le considérer, de même que le terme "sources", comme relevant d'une terminologie contre-productive».

⁸⁸ *Annuaire... 2013*, vol. I, 3183^e séance, 19 juillet 2013 (Hmoud).

⁸⁹ Brownlie, «Some problems in the evaluation of the practice of States...», p. 318; voir aussi Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 58: «Ces preuves [d'une coutume] seront à l'évidence abondantes et également diverses. Il existe une multitude de situations dans lesquelles des personnes qui agissent ou parlent au nom d'un État accomplissent des actes ou font des déclarations qui expriment ou impliquent une opinion sur une question de droit international. Ces actes ou déclarations peuvent, dans une certaine mesure, être la preuve qu'une coutume, et donc une règle du droit international, existe ou n'existe pas. Mais, bien entendu, leur force probante dépendra totalement de l'occasion et des circonstances.»

⁹⁰ Zemanek, «What is "State practice" and who makes it?», p. 299. En outre, «aucune règle du droit international n'indique de quels faits la survenance amène la formation d'une coutume [...] il n'y a pas d'éléments factuels spécifiques dont la seule survenance prouverait l'existence d'une règle» (Fumagalli, «Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom», p. 146).

⁹¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, observation 7, par. 23 à 25: «La Commission interroge diverses sources pour analyser la pratique des États en vue d'identifier une règle de droit international coutumier.»

⁹² Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 24; l'auteur ajoute: «la valeur de ces sources varie et dépendra des circonstances». On trouve d'autres listes, par exemple dans Ferrari Bravo, «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États», p. 257 à 287; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 17; Pellet, «Article 38», p. 815 et 816. On trouve

41. Étant donné la rapidité et l'inévitabilité de l'évolution politique et technologique, il n'est ni possible ni souhaitable de tenter de dresser une liste exhaustive de ces «sources matérielles» du droit international coutumier: il demeure impossible pour la Commission, comme cela l'était en 1950, «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 internationales⁹³». Il serait cependant bon de mentionner certains des principaux types de pratique invoqués par les États, la jurisprudence et la doctrine. La liste qui suit n'est donc pas exhaustive; de plus, certaines des catégories visées ci-après se recoupent, de sorte que tel exemple ou tel type de pratique des États peut fort bien relever de plusieurs d'entre elles:

a) *actes matériels des États*, c'est-à-dire leur comportement «sur le terrain⁹⁴»: on peut en citer comme exemples le passage de navires dans des cours d'eau internationaux⁹⁵; le passage sur un territoire⁹⁶; la saisie de navires de pêche; l'octroi de l'asile diplomatique⁹⁷; le comportement sur un champ de bataille ou lors d'opérations; la conduite d'essais nucléaires atmosphériques ou le déploiement d'armes nucléaires⁹⁸;

b) *actes du pouvoir exécutif*: il peut s'agir d'ordonnances, de décrets⁹⁹ et d'autres «mesures administra-

une liste similaire sur le site Web du Ministère irlandais des affaires étrangères: «Ce qui importe, en l'absence de traité régissant les relations entre deux États ou plus dans un domaine particulier, ce sont les preuves de l'existence d'un consensus quant à ce que le droit devrait être – en d'autres termes, une pratique des États associée à la reconnaissance que cette pratique est obligatoire. S'ils sont suffisamment répandus et cohérents, cette pratique et ce consensus peuvent constituer le droit international coutumier. Les preuves de l'existence d'une coutume peuvent notamment être recherchées dans la correspondance diplomatique, les avis des conseillers juridiques officiels, les déclarations des gouvernements, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, les observations des États sur les projets établis par la Commission du droit international et les décisions des juridictions nationales et internationales» (disponible en anglais à l'adresse suivante: www.dfa.ie/our-role-policies/international-priorities/international-law/statements-by-ireland-on-international-law/); voir aussi Cour suprême spéciale de Grèce, *Margellos et consorts c. République fédérale d'Allemagne*, arrêt n° 6/2002, 17 septembre 2002, ILR, vol. 129, p. 528, par. 9; Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 15: «Quant aux moyens de prouver si une coutume existe déjà, il n'est pas possible d'en établir une liste exhaustive.»

⁹³ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session*, Supplément n° 12 (A/1316), p. 5, par. 31.

⁹⁴ Le juge Read parle d'«affirmation réelle de [la] souveraineté» dans son opinion dissidente en l'*Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 191; voir également *supra* la note 82.

⁹⁵ *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, à la page 99 (opinion dissidente de M. Azevedo).

⁹⁶ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, aux pages 40 et 41.

⁹⁷ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 277.

⁹⁸ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, à la page 305 (opinion individuelle de M. Petrn); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 312 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président).

⁹⁹ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 104 et 107 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun).

tives¹⁰⁰», ainsi que de prises de position officielles du Gouvernement telles que déclarations¹⁰¹, proclamations¹⁰², déclarations gouvernementales devant le parlement¹⁰³, thèses défendues par l'État devant des juridictions internes ou internationales (notamment dans des mémoires d'*amicus curiae*)¹⁰⁴ et de déclarations d'intérêt international¹⁰⁵;

c) *actes et correspondance diplomatiques*¹⁰⁶: il s'agit des protestations contre la pratique d'autres États et d'autres sujets de droit international. La correspondance diplomatique peut prendre diverses formes (notes verbales, circulaires, notes de tiers, voire notes libres, etc.);

d) *actes législatifs*: des constitutions aux projets de loi¹⁰⁷, «[l]a législation constitue un aspect important

¹⁰⁰ Voir, par exemple, *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 280 (opinion individuelle de M. le juge Sepúlveda-Amor).

¹⁰¹ Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 295 (opinion individuelle de M. Ranjeva); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 104 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973, p. 3, à la page 43 (opinion dissidente de M. Padilla Nervo); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 84 (opinion individuelle de M. De Castro).

¹⁰² Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, aux pages 104, 105, 107 et 126 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 84 (opinion individuelle de M. De Castro).

¹⁰³ Voir, par exemple, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 197 (opinion individuelle de M. Jessup).

¹⁰⁴ Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 123, par. 55; voir aussi Brownlie, «Some problems in the evaluation of the practice of States...», p. 315: «il semble évident que les déclarations faites par les agents et conseils devant les juridictions internationales relèvent de la pratique des États».

¹⁰⁵ Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 312 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président).

¹⁰⁶ Voir, par exemple, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 197 (opinion individuelle de M. Jessup) et aux pages 298 et 299 (opinion individuelle de M. Ammoun).

¹⁰⁷ Voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 24; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 123, par. 55; *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 220 (opinion dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, aux pages 105, 107, 129 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun, dans laquelle il dit, notamment, que «[l]e projet de loi [soumis à la Chambre belge des représentants] [...] exprime [...] le point de vue officiel du gouvernement. Il constitue un de ces actes de l'ordre juridique intérieur pouvant être comptés au nombre des précédents à retenir, le cas échéant, pour la reconnaissance de la coutume»), et ibid., p. 228 (opinion dissidente de M. Lachs); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973, p. 3, à la page 44 (opinion dissidente de M. Padilla Nervo), et *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 51 (opinion individuelle commune de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) et à la page 84 (opinion individuelle de M. De Castro); Tribunal spécial pour

de la pratique étatique¹⁰⁸». Comme la Cour permanente de Justice internationale l'a fait observer en 1926, «[a]u regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives¹⁰⁹». On rappellera utilement l'avis exprimé par la Commission dans ce contexte en 1950:

Le terme «législation» est employé ici dans son sens large: il englobe 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. Il n'exclut aucune des dispositions ayant un caractère de règlement qui ont pu être prises par une autorité publique [;]¹¹⁰

e) *jurisprudence interne*: la jurisprudence des tribunaux internes peut contribuer à établir la pratique des États¹¹¹ et «constitu[e] une précieuse source de docu-

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. 87 et 91 à 98; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction*, Chambre d'appel, 31 mai 2004, p. 13, par. 18; Cour suprême fédérale du Brésil, *Genny de Oliveira c. Embaixada da República Democrática Alemã*, *Apelação Cível* n° 9.696-3/SP, 31 mai 1989, p. 4 et 5; Cour d'appel de la Région administrative spéciale de Hong Kong statuant en dernier ressort, *Democratic Republic of the Congo v. FG Hemispheric Associates LLC*, affaires n°s 5, 6 et 7 de 2010 (civil), 8 juin 2011, ILR, vol. 47, p. 402 et 403, par. 68: «Quoi qu'il en soit, une règle du droit interne de tel ou tel pays peut très bien découler d'une règle du droit international coutumier ou précéder la cristallisation d'une coutume en une telle règle et y contribuer.» Sur les dispositions constitutionnelles en particulier comme pratique des États (et élément d'*opinio juris*), voir Crootoof, «Constitutional convergence and customary international law».

¹⁰⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 310, par. 3 (opinion dissidente de M. le juge ad hoc Gaja). Selon Gaja: «Elle est également pertinente lorsqu'une règle de droit international a pour objet le comportement des autorités judiciaires, comme c'est le cas en ce qui concerne l'exercice par les juridictions de leur compétence» (ibid.).

¹⁰⁹ *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond), arrêt du 25 mai 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 19.

¹¹⁰ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 7, par. 60.

¹¹¹ Voir, par exemple, *Affaire du «Lotus»*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 28 et 29; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 24; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 123, par. 55; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, p. 292 (opinion individuelle de M. Guillaume); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 6, à la page 63 (opinion individuelle de M. Wellington Koo, Vice-Président); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 88 (opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal); Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, *Recueils judiciaires 1999*, p. 218 à 230, par. 255 à 270; Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, Chambre de la Cour suprême, 3 février 2012, par. 223 et 224; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Šainović et consorts*, affaire n° IT-05-87-A, Chambre d'appel, arrêt, 23 janvier 2014, par. 1627 à 1642; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-A, Chambre d'appel, arrêt, 21 juillet 2000, déclaration du juge Patrick Robinson, *Recueils judiciaires 2000*, p. 2148, par. 281; Cour constitutionnelle de Slovénie, affaire n° Up-13/99, décision du 8 mars 2001, par. 14; Cour suprême autrichienne, *Dralle v. Republic of Czechoslovakia*, arrêt du 10 mai 1950,

mentation 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 coutumier¹¹²» lui-même. Toutefois, en évaluant la jurisprudence des tribunaux internes, il convient de tenir compte de la place du droit international coutumier dans l'ordre juridique considéré, et des dispositions et procédures spéciales permettant, à différents échelons internes, de déterminer l'existence de règles du droit international coutumier¹¹³. De plus, «l'intérêt de ces décisions varie considérablement, certaines pouvant procéder d'une vision étiquée des choses ou d'une mauvaise utilisation des sources¹¹⁴». La jurisprudence des juridictions suprêmes a évidemment plus de poids. Les décisions infirmées sur la matière considérée ne seront sans doute plus considérées comme ressortissant à la pratique ;

f) *publications officielles dans des domaines du droit international*, telles que manuels militaires ou instructions à l'intention de diplomates¹¹⁵ ;

g) *mémoires internes d'agents de l'État* : ils sont cependant rarement rendus publics. Il faut toutefois garder à l'esprit que, comme il a été dit dans un contexte autre mais analogue, ils «ne représentent pas nécessairement le point de vue ou la politique du gouvernement et peuvent n'être que le point de vue personnel que tel fonctionnaire s'est senti obligé d'exprimer à tel autre fonctionnaire à ce moment-là : il n'est pas toujours facile de démêler les éléments purement personnels dans ce qui ne constitue après tout que des notes internes, privées et confidentielles au moment où elles sont rédigées¹¹⁶» ;

h) *pratique en matière conventionnelle* : la négociation et la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux, l'adhésion à ceux-ci, leur ratification et leur application (et la formulation d'objections ou de réserves à leur

égard) sont une autre forme de pratique¹¹⁷. Cette pratique ne concerne pas que le seul droit des traités ; elle peut aussi se rapporter aux obligations souscrites en vertu de l'instrument juridique international considéré¹¹⁸ ;

i) *résolutions d'organes d'organisations internationales telles que l'Assemblée générale des Nations Unies et de conférences internationales*¹¹⁹ : il s'agit principale-

¹¹⁷ Voir, par exemple, *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, aux pages 22 et 23 ; *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, aux pages 24 et 25 ; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 43, 104, 105, 126 et 128 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun) ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, à la page 347 (opinion dissidente de M. Riphagen) ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 26 ; *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 18, à la page 79 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 13, aux pages 38 et 48 ; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, aux pages 138, par. 89, et 143, par. 100 ; *Interprétation des traités de paix (deuxième phase)*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 221, aux pages 241 et 242 (opinion dissidente de M. Read) ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 292 (opinion individuelle de M. Guillaume) et aux pages 312 et 314 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président) ; *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, aux pages 163 et 164 (opinion dissidente de Sir Arnold McNair) ; *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 220 (opinion dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau) ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, aux pages 41, 42, 55 et 56 (opinion individuelle de M. V. K. Wellington Koo) et p. 104 (opinion dissidente de Sir Percy Spender) ; *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, arrêt du 18 novembre 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 192, à la page 223 (opinion dissidente de M. Urrutia Holguín) ; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction*, Chambre d'appel, 31 mai 2004, p. 13, par. 18 à 21 ; 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, p. 58 à 62, par. 87 à 89 ; Cour suprême des États-Unis, *The Paquete Habana*, 1900, *United States Reports*, vol. 175, p. 677, aux pages 686 à 700 ; voir aussi Weisburd, «Customary international law: the problem of treaties», p. 6 : «les traités sont simplement une autre forme de pratique des États» ; Conseil des droits de l'homme, rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, A/HRC/22/44, par. 43.

¹¹⁸ Voir aussi D'Amato, «Custom and treaty: a response to Professor Weisburd», p. 462 : «Ce qui fait d'un traité un élément de la coutume est que les parties ont pris l'engagement contraignant d'agir conformément à ses dispositions. Que, par la suite, elles agissent ou non conformément à ces dispositions, il n'en demeure pas moins qu'elles se sont engagées à le faire. C'est cet engagement lui-même qui constitue l'élément "pratique des États" de la coutume» ; Barboza, «The customary rule: from chrysalis to butterfly», p. 2 et 3 : «Les textes expriment plus précisément que les actes le contenu d'une pratique, en particulier lorsqu'ils sont rédigés avec soin par des groupes de techniciens et de juristes» ; voir cependant Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation», p. 33 : «Un traité n'est donc pas en lui-même un élément de la pratique [à l'exception bien entendu du droit coutumier des traités]. Il peut toutefois contribuer à établir l'acceptation comme étant le droit par les parties.»

¹¹⁹ Voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 26 ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, aux pages 302 et 303 (opinion individuelle de M. Ammoun) : «Remarquons, en outre, que dans la pratique des États rentrent naturellement les prises de position de leurs délégués dans les organisations et les conférences internationales et notamment aux Nations Unies. [...] on

(Suite de la note page suivante.)

ILR, vol. 17, p. 157 à 161 ; voir aussi Lauterpacht, «Decisions of municipal courts as a source of international law» ; Moremen, «National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?», p. 265 à 290 ; Roberts, «Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law», p. 62 ; et l'exposé du juge Greenwood devant le British Institute of International and Comparative Law intitulé «The contribution of national courts to the development of international law» (4 février 2014), disponible sur le site Web de l'institut : www.biicil.org.

¹¹² Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 7, par. 54. À cet égard, Crawford, dans *Brownlie's Principles of Public International Law*, dit que certaines décisions de tribunaux internes renseignent indirectement sur la pratique de l'État du for en la matière (p. 41).

¹¹³ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 84 ; voir aussi Moremen, «National court decisions as State practice...», p. 290 à 308.

¹¹⁴ Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 41.

¹¹⁵ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, arrêt, 30 novembre 2006, p. 47, par. 89 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Zejnil Delalić* et al., affaire n° IT-96-21-T, jugement, chambre de première instance, 16 novembre 1998, p. 137, par. 341.

¹¹⁶ Sentence du Tribunal arbitral rendue au terme de la première étape de la procédure entre l'Érythrée et la République du Yémen (souveraineté territoriale et portée du différend), décision du 9 octobre 1998, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 22, (numéro de vente : E/F.00.V.7), p. 236, par. 94 ; voir aussi Brownlie, «Some problems in the evaluation of the practice of States...», p. 316 et 317.

ment de la pratique des États en rapport avec l'adoption de résolutions d'organes d'organisations internationales ou lors de conférences internationales, à savoir le vote pour ou contre (ou l'abstention) et toute explication qui l'accompagnerait¹²⁰. On retiendra toutefois que le

(Suite de la note 119.)

ne peut dénier aux résolutions qui en émanent ou, pour mieux dire, aux votes qui y sont exprimés au nom des États, qu'ils constituent des précédents contribuant à la formation de la coutume»; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 312 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président, qui considère «l'action du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies» comme «pratique étatique»); *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90, à la page 188 (opinion dissidente de M. Weeramantry): «Les diverses résolutions de l'Assemblée générale évoquant ce droit de manière générale, qui ont par ailleurs aidé à forger le droit international public [...] constituent une source matérielle importante du droit international coutumier sur cette question.» Dans sa résolution 2125 (2013) du 18 novembre 2013, le Conseil de sécurité également reconnaît implicitement le rôle que peuvent jouer les résolutions, puisqu'il juge bon de préciser: «la présente résolution ne saurait être regardée comme établissant un droit international coutumier» (par. 13).

¹²⁰ Voir aussi Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, p. 2: «Il est tout à fait justifié de rechercher à l'Organisation des Nations Unies des indications quant à l'évolution du droit international, car la coutume internationale découle de la pratique des États, qui comprend leurs activités internationales telles qu'elles ressortent de leur action diplomatique et de leurs déclarations publiques. Avec le développement des organisations internationales, les votes des États et les opinions qu'ils expriment sont devenus juridiquement pertinents en tant que preuves du droit coutumier. De plus, la pratique des États comprend leurs actes collectifs ainsi que la somme de leurs actes individuels [...]. L'existence de l'Organisation des Nations Unies [...] fournit désormais à la pratique des États un point de convergence très clair et concentré»; Conforti et Labella, *An Introduction to International Law*, p. 35, 42 et 43: «Les résolutions des organisations internationales, en tant qu'actes des États, c'est-à-dire en tant que sommes des expressions de la volonté des États qui ont voté pour leur adoption, sont également pertinentes aux fins de la détermination de la coutume [...] [I]es organisations internationales possèdent certains éléments de la personnalité internationale. S'agissant toutefois de la formation de la coutume, les résolutions des organisations internationales doivent être considérées comme des actes collectifs de tous les États qui ont voté pour leur adoption et non comme des actes des organisations elles-mêmes. C'est pourquoi ces résolutions ne jouent un rôle dans le développement de la coutume que lorsqu'elles ont été adoptées à l'unanimité, par consensus, ou au moins à une large majorité»; Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, p. 19 et 20: «Plusieurs mécanismes contribuent à synthétiser la pratique des États. Premièrement, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, lorsqu'elles portent sur des questions juridiques, constituent une preuve de la pratique des États. Il en va de même des résolutions des conférences de chefs d'État»; Déclaration de Londres (voir *supra* la note 42), p. 730, paragraphe b du commentaire sur la conclusion 11: «dans le contexte de la formation du droit international coutumier [...] [une résolution d'un organe d'une organisation internationale contenant des dispositions relatives au droit international coutumier] doit probablement être considérée comme une série d'actes verbaux émanant des divers États membres faisant partie de cet organe»; voir cependant MacGibbon, «Means for the identification of international law: General Assembly resolutions – custom, practice and mistaken identity», p. 19: «si une résolution de l'Assemblée générale (bien qu'il soit difficile de considérer qu'elle constitue en elle-même une pratique des États à proprement parler) rend compte, ou plutôt émane, de diverses formes de conduite des États à l'Assemblée générale, et donc reflète en quelque sorte la pratique des États, il s'agit néanmoins d'un type de pratique périphérique et – dans le contexte du développement de la coutume internationale – quelque peu artificiel»; Meijers, «On international customary law in the Netherlands», p. 84: «Lorsqu'il vote sur une résolution, par exemple à l'Assemblée générale des Nations Unies, un État agit-il en tant qu'État ou en tant que membre d'un organe de l'Organisation des Nations Unies, sujet de droit international distinct? La réponse semble évidente: en tant que membre d'un organe de l'ONU [...] [ce n'est que lorsqu'il explique son vote ou donne son opinion sur la résolution en question qu'il agit en tant qu'État.]»

texte définitif de toute décision de telle organisation internationale ne pourra jamais refléter l'ensemble des propositions et des choix formulés par chaque partie aux négociations [...] Il convient donc de ne pas exagérer l'intérêt des raccourcis que permettent les processus décisionnels des organisations internationales s'agissant de déterminer la pratique des États¹²¹.

Cette question sera étudiée à l'occasion du troisième rapport.

42. *L'inaction comme pratique*: on peut considérer que le fait pour l'État de s'abstenir d'agir, qu'on appelle également «pratique négative¹²²», relève de la pratique¹²³.

¹²¹ Wouters et De Man, «International organizations as law-makers», p. 208; voir aussi Higgins, *Problems and Process*, p. 23 et 24: «Les résolutions ne sont qu'une des manifestations de la pratique des États. Toutefois, ces dernières années, elles ont suscité un intérêt obsessionnel en tant que phénomène isolé. Or, du point de vue intellectuel, cela se comprend ou se justifie difficilement, et force est de supposer que commenter l'effet juridique d'une résolution est plus facile, c'est-à-dire demande moins d'efforts et de rigueur et n'appelle pas une analyse méticuleuse, qu'examiner une pratique collective sur telle ou telle question dans toutes ses manifestations complexes. Dans le cadre des organes politiques des organisations internationales, des débats ont lieu; il est procédé à des échanges de vues et des prises de position; des réserves sont exprimées sur les opinions formulées; des projets destinés à devenir des traités, des déclarations, des résolutions contraignantes ou des codes sont élaborés; et des décisions sont prises qui peuvent ou non impliquer une opinion juridique sur telle ou telle question. Mais la mode actuelle consiste souvent à n'examiner que la résolution, à l'exclusion de tout le reste.»

¹²² Voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, aux pages 144 et 145 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert); Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 210.

¹²³ Voir, par exemple, *Affaire du «Lotus»*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 28 et 29; *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955, p. 4, à la page 22; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 99, par. 188 (l'abstention de la menace ou de l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, comme pratique); *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. 65: la Cour renvoie aux tenants d'une interdiction en se fondant sur «une pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires par les États»; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 135, par. 77: «L'absence presque totale de toute jurisprudence contraire est également significative, tout comme le fait qu'aucun État n'a jamais [fait de déclaration]»; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, à la page 134 (opinion individuelle de M. Petrn, évoquant la pratique de la non-reconnaissance quand il dit que le terme «implique non pas une action positive mais l'abstention d'actes signifiant la reconnaissance»); *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 221 (opinion dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, aux pages 198 et 199 (opinion individuelle de M. Jessup, faisant référence au fait que le Département d'État américain avait refusé de faire des représentations au nom d'une société américaine et que les États-Unis n'invoquent pas un certain argument dans le cadre d'un différend interétatique). Pour la doctrine, voir, par exemple, la Déclaration de Londres (note 42 *supra*); Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», p. 421: «La pratique des États peut consister pour ceux-ci à agir de manière décisive dans certaines circonstances ou, au contraire, à s'abstenir d'agir»; Séfériades, «Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement», p. 143: «même des actes négatifs – des omissions –, consécutivement répétés, sont de nature à finir par devenir des coutumes, entraînant l'obligation légale de ne pas faire. [...] Également, en droit des gens, on ne saurait, nous semble-t-il, ne pas reconnaître une origine coutumière à l'obligation des États de s'abstenir de faire

L'inaction de l'État peut être un élément essentiel à la formation et à la détermination de règles du droit international coutumier, en particulier lorsqu'elle vaut acquiescement ou est regardée comme tel¹²⁴. Le Rapporteur spécial s'arrêtera sur cette question dans son troisième rapport à la lumière des débats de la Commission en 2014.

43. *La pratique des organisations (intergouvernementales) internationales*. Il s'agit d'un domaine important qui sera traité plus en détail à l'occasion du troisième rapport¹²⁵. Quand on sait que « [I]es sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits [et que] leur nature dépend des besoins de la communauté¹²⁶ », les actes des organisations internationales auxquels les États ont donné mandat peuvent également contribuer à la formation d'une pratique générale dans les domaines d'activité de ces organisations ou en témoigner¹²⁷. Il convient,

contre les représentants des pays étrangers tout acte de nature à porter atteinte à leur liberté personnelle ou à la franchise de leur hôtel, ainsi qu'à l'obligation des armées d'occupation de respecter, sur terre, la propriété privée ennemie»; Meijers, «How is international law made? – The stages of growth of international law and the use of its customary rules», p. 5 : « ceux qui agissent prévalent sur ceux qui n'agissent pas [...] l'absence de protestation – l'absence d'objection déclarée à la formation de la nouvelle règle – suffit pour la création d'une règle du droit coutumier (et d'une obligation de s'y conformer)»; Kunz, «The nature of customary international law», p. 666; Mendelson, «The subjective element in customary international law», p. 199 : « les omissions peuvent parfaitement, si elles sont suffisamment dénuées d'ambiguïté, constituer des actes relevant de la pratique des États ».

¹²⁴ Voir aussi Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 136 : « Il n'est pas exagéré de dire que la coutume est principalement constituée par le silence et l'inaction, et non par l'action »; Weisburd, «Customary international law: the problem of treaties», p. 7 : « si la généralité, au sens d'actes positifs accomplis par la plupart des États, n'est pas nécessaire, il doit au moins être possible d'établir qu'une très large majorité d'États a acquiescé à la règle ». Faisant une distinction entre « coutume active et coutume passive »; Danilenko («The theory of international customary law», p. 28) estime que cette dernière renforce la valeur jurisprudentielle de la pratique active et devient ainsi un facteur notable du processus de création de règles coutumières généralement admises.

¹²⁵ Ouvrage majeur dans ce domaine : Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*.

¹²⁶ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949, p. 174, à la page 178.

¹²⁷ Voir, par exemple, *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 15, à la page 25; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, à la page 95 (opinion individuelle de M. Weeramantry, Vice-Président, évoquant « la pratique des institutions financières internationales »); voir aussi *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 29, 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) »; Jennings et Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, p. 31 : « la concentration de la pratique des États qui se développe et se manifeste désormais au sein des organisations internationales ainsi que les décisions collectives et les activités des organisations elles-mêmes peuvent constituer des preuves précieuses de pratiques générales acceptées comme étant le droit dans les domaines dans lesquels ces organisations opèrent »; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 730, conclusion : « La pratique des organisations intergouvernementales agissant en leur nom propre est une forme de "pratique des États" »; mais voir Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 16 et 17. Sur ce sujet, voir plus généralement Klabbers, «International organizations in the formation of customary international law», qui soulève également la question de savoir si la pratique de ces organisations peut être considérée comme la « pratique » lorsque celles-ci outrepassent leurs compétences; et Hannikainen, «The collective factor as a promoter of

pour établir la pratique de ce type d'organisations, de distinguer entre la pratique en matière interne et celle en matière de relations avec les États, les autres organisations internationales et d'autres entités¹²⁸. Cette dernière qui nous intéresse ici consiste essentiellement dans des « activités opérationnelles », qui selon un auteur sont « les programmes que les organisations internationales mettent en œuvre dans le cadre de leur mission générale ou en exécution d'un mandat précis¹²⁹ ». Il importe de distinguer également entre la pratique des organes ou autres entités composés de représentants des États et celle des organes composés de personnes siégeant à titre individuel, dont on ne peut considérer qu'elles représentent un État¹³⁰. On distinguera en outre entre « les travaux [des] secrétariats [des organisations internationales] et ceux de leurs organes intergouvernementaux, afin de veiller à ce qu'un poids plus important soit accordé aux seconds, dont les auteurs sont également les principaux acteurs de la pratique étatique¹³¹ ». Si l'on a avancé l'idée que les organisations internationales permettent de constater la coutume rapide¹³², il reste qu'il faut s'entourer d'infinies précautions s'agissant d'en apprécier la pratique¹³³. Les considérations qui valent pour la pratique étatique peuvent également intéresser la pratique des organisations internationales, ce qu'il ne faut pas méconnaître en lisant le présent rapport.

44. La pratique des organisations internationales auxquelles les États membres peuvent avoir transféré des compétences exclusives, comme l'Union européenne, peut être assimilée à celle des États, puisque, dans certains

customary international law ». Bien entendu, les organisations internationales sont très différentes les unes des autres, ce dont il faut tenir compte au moment de déterminer l'importance de leur pratique [voir aussi le paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de la Commission [Annuaire... 2011, vol. II (2^e partie), p. 54 et 55].

¹²⁸ Par exemple, l'administration d'un territoire ou les opérations de maintien de la paix. En effet, on n'estime plus que cette pratique est circonscrite aux « relations des États avec les organisations » [Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session*, Supplément n° 12 (A/1316), p. 9, par. 78].

¹²⁹ Johnstone, «Law-making through the operational activities of international organizations», p. 94, ces activités sont toutefois examinées sous un angle quelque peu différent; ajoutant que ces activités « se distinguent des fonctions plus explicitement normatives des organisations internationales, telles que l'élaboration de traités ou l'adoption de résolutions, de déclarations et de règlements par les organes intergouvernementaux » (ibid.).

¹³⁰ De même, les travaux de la Commission, qui servent souvent de moyen auxiliaire de détermination ou autre des règles de droit international coutumier, « ne sauraient être assimilés à la pratique étatique ni attester d'une *opinio juris* » [Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Two)», p. 59 et 60].

¹³¹ Ainsi que l'a suggéré M. Dire D. Tladi dans l'intervention qu'il a faite au cours du débat tenu l'an passé à la Commission (*Annuaire... 2013*, vol. I, 3182^e séance, 18 juillet 2013, p. 94).

¹³² Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, p. 592 : « L'approche actuelle consistant à invoquer des éléments de preuve émanant des organisations internationales pour identifier une coutume peut être considérée [...] comme une approche relativement plus égalitaire de l'identification de cette source du droit, même si elle a parfois le défaut, comme le font valoir les critiques en ce qui concerne par exemple les résolutions de l'Assemblée générale, de faire prévaloir la rhétorique des États sur leurs actes. »

¹³³ Voir aussi Wouters et De Man, «International organizations as law-makers», p. 208 : « Il faut donc se garder d'assimiler la pratique des organisations internationales à celle des États. Déterminer si les actes des organisations internationales peuvent être attribués à la communauté des États dans son ensemble est une question complexe et la réponse dépend de [...] divers facteurs. »

domaines, ces organisations agissent en lieu et place de leurs États membres¹³⁴. Ce principe s'applique aux actes de ces organisations, quelle qu'en soit la nature, à savoir exécutive, législative ou judiciaire. Ne pas assimiler la pratique de ces organisations internationales à celle des États reviendrait à dire que non seulement la pratique des organisations ne vaut pas pratique étatique, mais également que les États membres ne pourraient plus, ou guère, contribuer à établir la pratique étatique dès lors qu'ils ont conféré certaines de leurs prérogatives à une organisation.

45. *Le rôle des autres acteurs non étatiques.* On a pu dire qu'il faudrait considérer que la conduite d'autres «acteurs non étatiques», comme les organisations non gouvernementales et même les particuliers, contribue au développement du droit international coutumier¹³⁵. D'au-

¹³⁴ Voir aussi la déclaration faite au nom de l'Union européenne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 23^e séance (A/C.6/68/SR.23), par. 37: «L'Union agit au niveau international sur la base des compétences que lui confèrent ses traités fondateurs. Elle est partie à un nombre important d'accords internationaux aux côtés des États. De plus, dans certains domaines régis par le droit international, elle jouit de compétences exclusives. Ces caractéristiques spéciales lui donnent un rôle particulier dans la formation du droit international coutumier, à laquelle elle peut contribuer directement par ses actes et pratiques»; voir aussi Hoffmeister, «The contribution of EU practice to international law»; Wood et Sender, «State practice», p. 512, par. 20 et 21; Paasivirta et Kuijper, «Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations», p. 204 à 212. De même, M^{me} Marie G. Jacobsson a déclaré qu'on ne peut écarter la pratique d'une organisation internationale si celle-ci est compétente pour légiférer sur une question particulière. Cette pratique ne peut être considérée uniquement comme l'opinion de cette organisation sur le droit international coutumier. Elle peut également être assimilée à la pratique des États (*Annuaire... 2013*, vol. I, 3184^e séance, 23 juillet 2013). Mais voir Vanhamme, «Formation and enforcement of customary international law: the European Union's contribution», p. 127 et 131: «Les actes [de la Communauté européenne] constituent une pratique de l'UE [l'Union européenne]. Les qualifier de pratique des États [c'est-à-dire les attribuer aux États membres] reviendrait à nier l'une des principales caractéristiques de la Communauté européenne, à savoir son fonctionnement autonome sur la base des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire qui lui ont été délégués par les États membres. En outre, la pratique juridique internationale de la Communauté européenne rend fidèlement compte de l'*opinio juris* des 27 États membres [qui se sont engagés de manière permanente à accepter ses décisions comme juridiquement obligatoires].»

¹³⁵ Pour cette conception dynamique de la participation à la formation du droit international ou l'idée d'ouvrir cette entreprise à la participation à tous, voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 155 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert): «le droit international coutumier en formation ne saurait faire aujourd'hui totalement abstraction [de l'opinion de la société civile]»; *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, aux pages 69, 70 et 74 (opinion dissidente de M. Ammoun, Vice-Président): «l'élément primordial [...] dans la formation de la règle coutumière qui a conduit à la reconnaissance du droit de libre détermination des peuples [...] [peut être] la lutte des peuples [pour cette cause], avant qu'ils [aujourd'hui membres de la communauté internationale] ne fussent reconnus comme États [...]. S'il est une "pratique générale" pouvant, de façon incontestable, créer le droit aux termes de l'Article 38, paragraphe 1 b, du Statut de la Cour, c'est bien celle que constitue l'action consciente des peuples eux-mêmes luttant avec détermination»; *Sahara occidentale*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 12, à la page 100 (opinion individuelle de M. Ammoun, Vice-Président); Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-oriented Perspective*, p. 344: «l'accent mis sur les "États" n'est pas réaliste [...] les comportements pertinents sont également ceux de personnes privées et de représentants d'organisations non gouvernementales»; Bodansky, «Customary (and not so customary) international environmental law», p. 108, note 17, évoquant le comportement des États et des organisations internationales, des sociétés transnationales et autres groupes non gouvernementaux; Gunning,

cuns ont ainsi rappelé que «selon l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la coutume [...] ne doit pas nécessairement être suivie ou reconnue uniquement "par les États", car le même principe joue s'agissant de conventions. Ainsi, en principe, la pratique peut émaner d'acteurs étatiques et non étatiques¹³⁶». Cela dit, il est préférable de considérer que si les particuliers et les organisations non gouvernementales peuvent effectivement «jouer un rôle non négligeable dans la promotion du droit international et son respect¹³⁷» (par exemple, en favorisant la pratique étatique en saisissant les juridictions internes de contestations de droit international ou en concourant utilement à l'évaluation de la pratique étatique), leurs actes n'ont pas valeur de «pratique» aux fins de la formation ou de la détermination du droit international coutumier¹³⁸.

«Modernizing customary international law: the challenge of human rights», p. 212 et 213: «En particulier, en contestant l'exhaustivité des formulations traditionnelles de la souveraineté nationale, le présent article examine la possibilité de permettre aux groupes transnationaux et non gouvernementaux de faire juridiquement entendre leurs voix dans la création de la coutume»; Steer, «Non-State actors in international criminal law», selon laquelle, en droit pénal international, les acteurs non étatiques, comme les organisations non gouvernementales, les magistrats et les avocats, sont ceux qui déterminent le contenu normatif; Paust, «Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion»; Roberts et Sivakumaran, «Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law»; et Reisman, «The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application».

¹³⁶ Bohoslavsky, Li et Sudreau, «Emerging customary international law in sovereign debt governance?», p. 63. Selon la proposition faite à l'origine par le baron Descamps quant aux règles que devait appliquer la Cour permanente de Justice internationale, la coutume était «une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi»: voir Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 3.

¹³⁷ Buergenthal et Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, p. 75.

¹³⁸ Voir le paragraphe 2 de la conclusion 5 du projet de conclusions de la Commission sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 18]: «Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité»; voir aussi les déclarations faites au nom d'Israël et de la République islamique d'Iran à l'occasion du débat consacré en 2013 par la Sixième Commission aux travaux de la Commission [Israël, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19) et 25^e séance (A/C.6/68/SR.25); et République islamique d'Iran, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), 22^e séance (A/C.6/68/SR.22) et 26^e séance (A/C.6/68/SR.26); Arend, *Legal Rules and International Society*, p. 176: «Bien qu'il existe des acteurs non étatiques et que, dans certains cas, ces acteurs concluent des accords internationaux, ils ne participent pas directement à la création du droit international. En d'autres termes, leurs interactions réciproques et avec les États ne créent pas de règles de droit international coutumier»; D'Aspremont, «Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system», p. 430; Mendelson, «The formation of customary international law», p. 203 (suggérant que la contribution des acteurs non étatiques à la formation du droit international coutumier doit s'entendre «dans un sens plus large [...] [il s'agit d'une] contribution indirecte»); Dinstein, «The interaction between customary law and treaties», p. 267 à 269; Déclaration de Londres (note 42 *supra*). D'aucuns font valoir qu'il est établi que la pratique des particuliers, comme les pêcheurs, contribue au développement du droit international coutumier (voir, par exemple, Wolfke, «Some persistent controverses regarding customary international law», p. 4), mais il est sûrement plus exact de dire que si «on ne peut nier que les actes des particuliers peuvent créer certains faits pouvant par la suite donner matière à un dialogue interétatique [...], les actes de particuliers ne constituent pas, dans ces conditions, une pratique de formation du droit: ce sont de simples faits donnant naissance à la pratique internationale des États» (Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 84); voir

46. Sans avoir valeur de pratique, la jurisprudence des juridictions internationales concernant l'existence de règles de droit international coutumier et leur formation¹³⁹ est importante en ce qu'elle est un «moyen auxiliaire de détermination des règles de droit¹⁴⁰», celle de la Cour internationale de Justice en particulier revêtant beaucoup de poids¹⁴¹.

47. *Pratique confidentielle*. Pour l'essentiel, la pratique étatique, comme les communications confidentielles entre gouvernements, n'est pas accessible au public, du moins pas dans l'immédiat¹⁴². On voit mal comment cette pratique peut contribuer à la formation ou à la détermination du droit international coutumier général tant qu'elle n'est

aussi Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 58: «de qui le comportement contribue à la pratique n'est pas important ; ce qui importe est de savoir à qui la pratique peut être attribuée et, surtout, qui l'a "acceptée comme étant le droit"»; Santulli, *Introduction au droit international*, p. 45 et 46: «Pour être pertinent aux fins de l'élaboration des règles coutumières, le précédent doit pouvoir être imputé à un État ou à une organisation internationale. Seuls les États et les organisations internationales, en effet, participent au phénomène coutumier. La conduite des sujets internes n'en est pas moins importante, mais elle n'est juridiquement pertinente pour apprécier la formation de la coutume internationale qu'au regard de la réaction qu'elle a suscitée, tolérance ou réprobation.»

¹³⁹ Voir aussi Mendelson, «The formation of customary international law», p. 202 ; mais voir *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, à la page 315 (opinion individuelle de M. Ammoun): «la jurisprudence internationale [...] [est] considérée en tant qu'élément de [la coutume]»; Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 83: «Les décisions des juridictions, et en particulier les arrêts de la [Cour internationale de Justice], constituent une part importante de la pratique de la communauté internationale». Cf. Kopelmanas, «Custom as a means of the creation of international law», p. 142: «la création de règles juridiques coutumières par l'action du juge international est un fait positif incontestable»; Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», p. 270: «Ce libellé [de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice conférant aux décisions judiciaires le statut de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit] sous-estime le rôle de la jurisprudence internationale dans le processus normatif. Les jugements étayés par des arguments convaincants ont souvent une influence extrêmement importante sur le processus de création des normes, même si en théorie les juridictions appliquent le droit et ne le créent pas.»

¹⁴⁰ Article 38, paragraphe 1 *d* du Statut de la Cour internationale de Justice ; voir aussi *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, observation 15: «La Commission invoque parfois la jurisprudence internationale comme étant l'expression concluante d'une règle de droit international coutumier existante»; *ibid.*, observation 16: «La Commission invoque souvent aussi la jurisprudence pour établir l'existence ou l'inexistence d'une règle de droit international coutumier»; et *ibid.*, observation 17: «La Commission interroge parfois la jurisprudence internationale, y compris les sentences arbitrales comme source secondaire pour identifier la pratique des États pertinente.»

¹⁴¹ Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, p. 20: «les arrêts de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales jouent un rôle dans la reconnaissance et la validation des règles du droit international coutumier». Pour un exemple récent, voir arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n^{os} 34356/06 et 40528/06, par. 198, CEDH 2014 ; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 145: «les arrêts et les avis des juridictions internationales, en particulier la Cour de La Haye, sont d'une importance décisive comme preuves des règles coutumières. La Cour les a invoqués presque comme s'ils faisaient partie du droit positif.»

¹⁴² Il convient de distinguer la pratique dite confidentielle de celle qu'il est difficile de consulter. La pratique peut passer largement inaperçue pour diverses raisons. Il en est par exemple ainsi lorsque la pratique de certains États n'est pas publiée sous une forme largement accessible. Les membres de la Commission et des États ont fait état d'un autre problème particulier, à savoir celui de la pratique disponible uniquement dans des langues qui ne sont pas connues du plus grand nombre (ce qui, de fait, vaut pour la plupart des langues).

pas rendue publique¹⁴³. Par ailleurs, la pratique connue de quelques États, voire de deux seulement, peut contribuer à l'éclosion d'une règle régionale, spéciale ou locale (et non générale) de droit international coutumier opposable aux seuls intéressés¹⁴⁴.

48. Le projet de conclusion ci-après est proposé :

«*Projet de conclusion 7. Formes de pratique*

«1. La pratique peut prendre diverses formes et résulte d'actes matériels et verbaux.

«2. La pratique se manifeste notamment dans le comportement des États "sur le terrain", l'action et la correspondance diplomatiques, les actes législatifs, la jurisprudence interne, les publications officielles dans le domaine du droit international, les déclarations faites au nom d'États concernant telle ou telle entreprise de codification, la pratique en matière de traités et les actes résultant de résolutions adoptées par des organes d'organisations ou de conférences internationales.

«3. L'inaction peut aussi valoir pratique.

«4. Les actes (y compris l'inaction) des organisations internationales peuvent également valoir pratique.»

49. *Absence de hiérarchie prédéterminée*. Nulle manifestation de la pratique n'est a priori plus importante qu'une autre, son poids étant fonction des circonstances ainsi que de la nature de la règle considérée¹⁴⁵. Par

¹⁴³ Voir aussi Dinstein, «The interaction between customary law and treaties», p. 275: «La conduite des États doit également – pour compter dans la formation de la coutume – être transparente, afin que les autres États puissent y réagir de manière positive ou négative»; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 726, conclusion 5: «Les actes ne comptent pas comme pratique s'ils ne sont pas publics». Pour ce qui est de la fonction de représentation de la doctrine par opposition au secret d'État, voir Carty, «Doctrine versus State practice», p. 979 à 982. Meijers fait observer ceci: «Les États concourent à la création du droit en ne protestant pas, c'est-à-dire en ne réagissant pas. S'il en est ainsi, les États concernés doivent avoir la possibilité de réagir. Il en découle deux conditions supplémentaires pour la formation du droit: il doit être possible d'indiquer au moins une manifestation expresse de la volonté de créer une règle juridique, et cette manifestation expresse de volonté doit pouvoir être connue de tous les États qui seront réputés vouloir concourir à la création de la nouvelle règle s'ils ne protestent pas» («How is international law made?», p. 19). Mais voir Bos, «The identification of custom in international law», p. 30: «même si elle est facilitée, la découverte des preuves [de la pratique des États] peut parfois poser problème, car les manifestations de cette pratique ne sont pas toutes consignées dans un recueil ou un répertoire. Ce serait donc trop demander de dire qu'outre qu'elle doit satisfaire aux conditions [...] [de quasi-uniformité, d'attribution à l'État et de généralité], la pratique doit aussi être suffisamment manifeste pour les autres États susceptibles d'être liés par la future règle coutumière.»

¹⁴⁴ La question des coutumes régionale, spéciale et bilatérale sera envisagée dans le troisième rapport du Rapporteur spécial.

¹⁴⁵ Voir aussi Conforti et Labella, *An Introduction to International Law*, p. 32: «Il n'y a pas de hiérarchie établie entre ces divers actes ; les actes des tribunaux internes, des organes exécutifs, des organes chargés des relations extérieures et des représentants auprès des organisations internationales sont tous sur un pied d'égalité. Le poids à leur accorder dépend du contenu de la règle coutumière en question»; Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 21: «Il n'y a pas de raison impérieuse d'accorder plus d'importance à un type de pratique qu'à un autre»; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 157: «L'absence d'indication en la matière dans le Statut de la Cour [internationale] et la liberté dont jouit la Cour dans le choix et l'évaluation des preuves du droit coutumier attestent qu'il n'existe pas de hiérarchie formelle entre les divers types de preuves de ce droit.»

exemple, le proverbe dit que les actes sont plus éloquentes que tous les discours, mais ce n'est évidemment pas le cas s'agissant d'une action illégale¹⁴⁶. Dans bien des cas, c'est le pouvoir exécutif qui, en définitive, représente l'État dans les affaires internationales¹⁴⁷.

50. *La pratique de l'État doit être « envisagée dans son ensemble »*¹⁴⁸. Premièrement, il faut interroger l'ensemble de la pratique connue de l'État. Deuxièmement, la pratique des différents organes de l'État peut ne pas être uniforme. Par exemple, tel tribunal ou le corps législatif peuvent adopter un point de vue contraire à celui de l'exécutif, et les avis peuvent même diverger au sein d'un même pouvoir. Il peut en être ainsi en particulier de la pratique des organes infra-étatiques (par exemple dans un État fédéral); la circonspection est de mise en présence de cette pratique, comme de la jurisprudence des juridictions inférieures. Lorsque les différents organes de l'État ne parlent pas d'une même voix, la pratique étatique est ambivalente, ce qui peut fort bien en entamer le poids¹⁴⁹.

51. Le projet de conclusion suivant est proposé :

« *Projet de conclusion 8. Appréciation de la preuve de la pratique*

« 1. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

« 2. Il convient d'envisager l'ensemble de la pratique connue de l'État. On accordera moins de poids à la pratique des organes de l'État dès lors qu'ils ne parlent pas d'une même voix. »

52. *Généralité de la pratique.* « Sans doute ressort-il des termes explicites de l'Article 38, paragraphe 1 b, du Statut

¹⁴⁶ Voir, par exemple, l'avis de la Cour internationale de Justice sur le principe de non-intervention dans l'arrêt rendu en l'affaire *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 108 et 109, par. 207; voir aussi Müllerson, « On the nature and scope of customary international law », p. 344: « Bien entendu, différentes catégories de pratique des États peuvent avoir un poids différent dans la formation de la coutume. Ce que font les États a habituellement plus de poids que ce qu'ils disent, mais, d'autre part, au moins dans le cadre des relations interétatiques officielles, dire est également faire. La pratique "effective" a peut-être davantage de poids dans la formation de la coutume mais la pratique diplomatique exprime en général plus clairement la position juridique des États au plan international. Souvent, seuls quelques États ont une pratique "effective", et la pratique des autres États peut n'être que diplomatique, voire être totalement inexistante. »

¹⁴⁷ Voir aussi Roberts, « Comparative international law? », p. 62: « Lorsque des incohérences se font jour, la pratique contraire doit être appréciée compte tenu de facteurs tels que l'organe de l'État compétent en la matière »; mais voir Wuerth, « International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State case* », p. 827: « Privilégier l'exécutif n'est pas satisfaisant parce qu'une décision d'une juridiction interne qui invoque la responsabilité de l'État en droit international donne généralement, quant à l'*opinio juris*, des indications plus claires que la pratique de l'exécutif. »

¹⁴⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, à la page 136, par. 83.

¹⁴⁹ Voir, par exemple, Cour suprême de Singapour, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489, Cour d'appel, 14 mai 2010, par. 96. Selon une autre thèse, ce n'est que lorsque les divergences entre la pratique suivie par les différents organes de l'État disparaissent que la pratique de cet État devient « cohérente et qu'elle peut donc contribuer au développement du droit coutumier », voir Akehurst, « Custom as a source of international law », p. 22.

de la Cour, que la pratique dont il est possible de dégager la coutume générale est celle de la généralité et non de l'unanimité des États¹⁵⁰. » En effet, pour conclure à l'existence de telle ou telle règle de droit international général coutumier, il n'est pas nécessaire d'être en présence d'une pratique unanime (universelle)¹⁵¹ mais « fréquente¹⁵² » ou, autrement dit, suffisamment répandue¹⁵³. Il ne s'agit pas

¹⁵⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, à la page 330 (opinion individuelle de M. Ammoun).

¹⁵¹ Voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 104 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun): « [Pour démontrer l'existence d'un droit international coutumier,] [i]l s'agit donc de se demander si une telle pratique est observée non certes unanimement, mais par la généralité des États [...], avec la conscience qu'ils ont de se soumettre à une obligation juridique »; et *ibid.*, p. 229 (opinion dissidente de M. Lachs): « [P]our devenir obligatoire, une règle ou un principe de droit international n'a pas besoin d'être sanctionné par une acceptation universelle. Cela ressort de plusieurs déclarations de la Cour [...]. Les États n'ont pas tous, comme je l'ai indiqué plus haut dans un contexte différent, l'occasion ni la possibilité d'appliquer une règle donnée. L'élément d'appréciation déterminant doit être le comportement d'un grand nombre d'États, éventuellement de la majorité des États, en tout cas de la grande majorité des États intéressés »; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, à la page 435 (opinion dissidente de Sir Garfield Barwick): « Le droit coutumier ne dépend pas à mon avis d'une adhésion universelle »; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 95 (opinion individuelle de M. Weeramantry, Vice-Président): « Certes, l'appui général de la communauté internationale ne signifie pas que chaque membre de la communauté des nations, à titre individuel, ait expressément donné son soutien à ce principe; cela n'est du reste pas requis pour l'établissement d'un principe de droit international coutumier. » Cette opinion est reçue par la doctrine: voir, par exemple, Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 28: « Pour qu'une règle puisse être qualifiée de coutume, elle doit bénéficier d'une acceptation "générale" ou "répandue". Une acceptation universelle n'est pas nécessaire »; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 59: « On peut dire sans crainte de se tromper que l'unanimité des États n'est pas requise, que ce soit dans le sens où il doit être établi que tous les États ont participé à [la pratique], ou dans le sens où il existe des preuves que tous les États considèrent qu'il s'agit d'une coutume obligatoire (*opinio juris*). »

¹⁵² *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 43, par. 74.

¹⁵³ Voir, par exemple, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 40, à la page 102, par. 205, où il est question d'une « pratique étatique uniforme et largement répandue »; *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, où l'on renvoie à « une pratique suffisamment étoffée et convaincante »; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, aux pages 45 et 52 (opinion individuelle collective de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda), où il est question d'un usage international « suffisamment général » ou d'une pratique des États permettant de dégager « une règle [...] qui soit suffisamment générale et uniforme », et *ibid.*, p. 161 (opinion individuelle de M. Petrén), où l'on évoque la nécessité de compter un « nombre suffisamment élevé » d'États; Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Samuel Kaunda and others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, arrêt, 4 août 2004, ILM, vol. 44 (2005), p. 173, par. 29: « [T]elle n'est pas actuellement la pratique générale des États [...]. Il faut donc admettre que les demandeurs ne peuvent fonder leurs prétentions sur le droit international coutumier »; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 *BvR 1506/03*, décision de la Deuxième Chambre, 5 novembre 2003, par. 59: « Cette pratique n'est toutefois pas généralisée au point d'être considérée comme une pratique consolidée qui crée le droit international coutumier. » Le caractère généralisé est en effet considéré comme « la notion fondamentale essentielle à la détermination d'une règle coutumière universelle » (Barboza, « The customary rule: from chrysalis to butterfly », p. 7). Voir aussi *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 18 et 19, 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. »

là d'un critère purement quantitatif, puisqu'il faut également que la pratique dérive d'une participation largement représentative¹⁵⁴ et fasse intervenir les États particulièrement intéressés.

53. On ne peut déterminer dans l'abstrait le nombre exact d'États requis aux fins de l'«analyse en quelque sorte numérique de la pratique des États¹⁵⁵» autorisant à qualifier telle ou telle pratique de «générale¹⁵⁶». Ce qui importe, au fond, c'est que la pratique – qui, dans certains cas, peut résulter de l'inaction – ait été le fait de l'écrasante majorité des États qui ont jusque-là eu la possibilité de le faire¹⁵⁷, et qu'elle soit si répandue que toute autre pratique contraire soit marginale et sans effet juridique direct¹⁵⁸. Parfois, même un nombre «respectable» d'États tenants de la

pratique ne suffit pas forcément¹⁵⁹, mais il se peut fort bien que seul un nombre relativement réduit d'États se livrent à telle pratique et que l'inaction des autres suffise à créer la règle de droit international coutumier¹⁶⁰.

54. *États particulièrement intéressés*. Il importe de tenir dûment compte de la pratique des «États particulièrement intéressés¹⁶¹», dès lors que l'on peut les identifier. Autrement dit, pour apprécier l'existence d'une pratique internationale, il faudrait prendre en considération la pratique des États qui sont «touchés ou intéressés dans une plus grande mesure que d'autres¹⁶²» au regard de la règle en question, ladite pratique devant avoir un poids considérable (au point de pouvoir, dans certaines circonstances, faire obstacle à l'apparition d'une nouvelle règle)¹⁶³. Les

¹⁵⁴ Voir *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 42, par. 73 : «une participation très large et représentative [...]»; et *ibid.*, p. 227 (opinion dissidente de M. Lachs) : «Ce calcul mathématique, si important qu'il soit déjà en lui-même, doit être complété par une analyse spectrale, pour ainsi dire, de la représentativité des États [...]. Dans le monde d'aujourd'hui, en effet, il faut tenir compte d'un facteur essentiel dans la formation d'une nouvelle règle de droit international général, à savoir le fait que des États ayant des systèmes politiques, économiques et juridiques différents, des États de tous les continents, participent à ce processus»; Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), *Mondev International Ltd v. United States of America*, sentence du 11 octobre 2002, ILM, vol. 42, p. 107, par. 117 : «Des traités d'investissement sont conclus entre le Nord et le Sud et entre l'Est et l'Ouest, et à l'intérieur de ces parties du monde. De manière remarquablement répandue, les États se sont obligés de façon répétée à accorder un tel traitement aux investissements étrangers. Aux yeux du Tribunal, un tel corpus de pratique concordante aura nécessairement influé sur le contenu des règles régissant le traitement des investissements étrangers en droit international contemporain»; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 BvR 1506/03, décision de la Deuxième Chambre, 5 novembre 2003, par. 50 : «une conduite qui est continue et aussi uniforme que possible, et à laquelle la participation des États et autres sujets de droit international ayant des compétences normatives est large et représentative»; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 734, conclusion 14 i) : «Pour qu'une règle de droit international coutumier général voit le jour, il faut que la pratique des États soit à la fois répandue et représentative»; Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 94 : «La condition de généralité signifie que la pratique coutumière doit acquérir un caractère général et représentatif.»

¹⁵⁵ Pour reprendre les termes employés par le juge Dillard dans son opinion individuelle en l'affaire *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 56.

¹⁵⁶ Voir également Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 59 et 60 : «Ce critère de reconnaissance générale [par les États d'une certaine pratique comme obligatoire] est nécessairement vague; mais il est dans la nature du droit coutumier, que ce soit interne ou international, de ne pas se prêter à une formulation précise ou définitive»; Barboza, «The customary rule: from chrysalis to butterfly», p. 8 : «La notion de "généralité" semble relativement souple.»

¹⁵⁷ Kunz, «The nature of customary international law», p. 666 : et voir *infra* le paragraphe 54, à propos des États particulièrement intéressés. Voir également Higgins, *Problems and Process*, p. 22 : «il ne faut pas perdre de vue que c'est la pratique de la grande majorité des États qui est critique, tant dans la formation de nouvelles normes que dans le développement et la modification et, éventuellement, l'extinction des normes existantes». La Cour constitutionnelle fédérale allemande a déclaré qu'il suffisait que telle règle soit reconnue comme contraignante par une majorité écrasante d'États, au nombre desquels l'Allemagne ne devait pas forcément être [voir *Argentine Necessity Case*, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, Deuxième Chambre, décision, 8 mai 2007, p. 9 et 10 : «Une règle du droit international est "générale" au sens de l'article 25 de la loi fondamentale si elle est reconnue par la grande majorité des États (voir BVerfGE 15, 25 (34)). Le caractère général de la règle a trait à son application, et non à son contenu, sa reconnaissance par tous les États n'étant pas nécessaire. Il n'est pas non plus nécessaire que la République fédérale d'Allemagne, en particulier, l'ait reconnue»].

¹⁵⁸ Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 30.

¹⁵⁹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 42, par. 73 ; voir également Singapour, *Nguyen Tuong Van v. Public Prosecutor*, Cour d'appel, ILR, vol. 134, p. 684, par. 92.

¹⁶⁰ Voir, par exemple, Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 18 : «Une pratique suivie par un très petit nombre d'États peut créer une règle de droit coutumier s'il n'y a aucune pratique en conflit avec cette règle.»

¹⁶¹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 42, par. 73 : «En ce qui concerne les autres éléments généralement tenus pour nécessaires afin qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut que, sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés»; *ibid.*, p. 43, par. 74 : «la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés»; et *ibid.*, p. 175 et 176 (opinion dissidente de M. Tanaka) : «Il est indéniable que la question de la répétition se pose en termes de quantité [...]. Ce que je veux souligner ici, c'est que l'important en la matière n'est pas tant le nombre [...] [que] la signification qu'on peut [lui] attribuer dans les circonstances [...]. Nous ne pouvons pas considérer que la ratification de la Convention [sur le plateau continental] par une grande puissance maritime ou le fait qu'elle conclut une convention consacrant le principe de l'équidistance ont exactement la même importance que des actes semblables, accomplis par un État sans littoral, qui n'a pas d'intérêt particulier à la délimitation du plateau continental»; voir également *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 90 (opinion individuelle de M. De Castro) : «Pour la formation d'une règle nouvelle de droit international, il faut que la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été en substance ou pratiquement uniforme»; et *ibid.*, p. 161 (opinion dissidente de M. Petrén) : «Un autre élément nécessaire à la formation d'une nouvelle règle de droit coutumier manque donc : son acceptation par les États dont elle affecte les intérêts»; Bellinger et Haynes, «A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», p. 445, note 4; Treves, «Customary international law», p. 945, par. 36 : «Il serait difficile, par exemple, de déterminer l'existence d'une règle du droit de la mer en l'absence de pratique correspondante des principales puissances maritimes, des principaux États côtiers ou, le cas échéant, des États ayant les flottes de pêche les plus importantes, mais le silence d'États moins directement intéressés ne fera pas obstacle à une telle détermination. De même, les règles relatives aux relations économiques, par exemple celles applicables aux investissements étrangers, nécessitent une pratique des principaux États investisseurs ainsi que des principaux États accueillant des investissements.»

¹⁶² Worster, «The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law», p. 63. Meijers («How is international law made?», p. 7) parle des «États qui prennent une part prédominante à une activité déterminée»; Danilenko (*Law-making in the International Community*, p. 95) parle quant à lui d'«un intérêt particulier pour les principes et règles pertinents».

¹⁶³ Voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 47 (opinion individuelle collective de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) : «ces prétentions ont généralement entraîné des protestations ou des objections de la part d'un certain nombre d'importants États maritimes qui se livrent à la pêche lointaine – si bien qu'il n'est pas permis de dire qu'elles sont "généralement acceptées"».

États « particulièrement intéressés » s'identifient selon la règle considérée et, du reste, il est des domaines où l'on ne peut identifier précisément les États « particulièrement intéressés »¹⁶⁴. Très souvent, les États sont tous également touchés. Certes, certains États sont souvent « particulièrement touchés »¹⁶⁵; toutefois, conformément au principe de l'égalité souveraine, ce n'est qu'à ce titre que leur pratique pourra être analysée et se voir attribuer quelque poids¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 95; voir également Mendelson, « The subjective element in customary international law », p. 186: « la notion d'« États particulièrement intéressés » n'est pas très précise »; Aznar, « The contiguous zone as an archeological maritime zone », p. 12. On trouvera une illustration du problème dans l'affaire de la Cour internationale de Justice dite *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, lorsque le juge Shahabuddeen, dans son opinion dissidente, a estimé que « [l]orsque, ce qui est en jeu, c'est la licéité de l'emploi d'une arme susceptible d'anéantir l'humanité et donc tous les États, la question de savoir quels sont les États particulièrement intéressés vise non la propriété de l'arme, mais les conséquences de son utilisation. De ce point de vue, tous les États sont également intéressés, car, à l'instar de ceux qui y habitent, ils ont tous le même droit d'exister » (avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 414). Dans le même sens, voir également *ibid.*, p. 535 et 536 (opinion dissidente de M. Weeramantry).

¹⁶⁵ De Visscher (*Théories et réalités en droit international public*, p. 189) compare l'évolution du droit international coutumier à « la formation graduelle d'un chemin à travers un terrain vague ». Puis, « [p]armi les usagers, il en est toujours qui, plus profondément que d'autres, marquent la terre de l'empreinte de leurs pas, soit en raison de leur poids, c'est-à-dire de leur puissance en ce monde, soit parce que leurs intérêts les appellent plus fréquemment à effectuer le parcours » (*ibid.*, p. 190).

¹⁶⁶ Voir également Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 26: « Aucune règle n'exige que les principales puissances participent à une pratique pour que celle-ci donne naissance à une règle du droit international coutumier. Étant donné l'étendue des intérêts de ces puissances du point de vue tant géographique que *ratione materiae*, elles seront souvent « particulièrement intéressées » par une pratique; et dans cette mesure, et dans cette mesure seulement, leur participation est nécessaire »; voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 278 (déclaration de M. Shi): « en accordant une importance induite à la pratique de cette « partie appréciable » [des « États [qui] sont des membres importants et puissants de la communauté internationale et jouent un grand rôle sur la scène internationale »], non seulement on irait à l'encontre du principe même de l'égalité souveraine des États, mais encore il deviendrait plus difficile de donner une idée exacte et juste de l'existence d'une règle coutumière », et *ibid.*, p. 533 (opinion dissidente de M. Weeramantry): « Du point de vue de la création de la coutume internationale, la pratique et la politique de cinq États sur cent quatre-vingt-cinq ne semblent pas constituer une base suffisante pour la naissance d'une coutume, quelle que puisse être l'influence exercée dans le monde par ces cinq États ». Voir, toutefois, *ibid.*, p. 312 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président): « Cette pratique nucléaire n'est pas le fait d'États « objecteurs persistants », isolés et d'importance secondaire. Ce n'est pas la pratique d'un gouvernement mis au ban de la communauté des nations ne trouvant aucun écho dans une opinion internationale d'un avis contraire. C'est la pratique de cinq des grandes puissances mondiales, des membres permanents du Conseil de sécurité et elle a été appuyée très largement pendant près de cinquante ans par leurs alliés et par d'autres États s'abritant sous leur parapluie nucléaire. Autrement dit, c'est la pratique d'États – une pratique appuyée par un nombre important et imposant d'autres États – qui, pris ensemble, représentent l'essentiel de la puissance militaire, économique, financière et technologique du monde et une très grande proportion de sa population »; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, à la page 306 (opinion individuelle de M. Petrén): « Vouloir fermer les yeux devant l'attitude, à cet égard, de l'État le plus peuplé du monde témoignerait d'un manque de réalisme »; Buergenthal et Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, p. 28: « Qu'elle [la pratique] n'ait pas à être universelle semble clair. Est également incontestée la conclusion selon laquelle, en général, la pratique en question doit être acceptée par les principales puissances du monde et par les États qu'elle touche directement. »

55. *Constance de la pratique*. Pour qu'il y ait règle de droit international coutumier, il faut qu'il y ait pratique constante¹⁶⁷. S'il est vrai que les circonstances particulières peuvent naturellement varier d'un acte à l'autre, il faut que tous les actes aient en commun une « explication de base qui ne varie pas »: c'est alors que l'on pourra parler de régularité de la conduite en question¹⁶⁸. Si, par contre, la pratique est là pour démontrer que « chaque cas concret est finalement différent des autres, [...] [l]es conditions pour la formation de principes et règles de nature coutumière donnant des prescriptions précises [...] ne sauraient donc être réunies »¹⁶⁹. En d'autres termes, lorsque les faits révèlent

tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances [...] un tel manque de consistance [...], et [que] la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas [...], il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit en ce qui concerne la prétendue règle [...] ¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 276: « un usage constant et uniforme »; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 40: « une pratique constante et uniforme »; *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, à la page 30 (opinion dissidente de M. Klaestad); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 43, par. 74: il demeure indispensable que la pratique ait été « pratiquement uniforme »; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 90 (opinion individuelle de M. De Castro): « Pour la formation d'une règle nouvelle de droit international, il faut que la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été en substance ou pratiquement uniforme »; et *ibid.*, p. 50 (opinion individuelle collective de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda): « Une autre condition fondamentale qui doit être remplie pour que la pratique des États devienne une règle de droit coutumier est que cette pratique soit commune, uniforme et concordante. En conséquence, l'existence d'éléments contradictoires dans la pratique des États ou la manifestation d'un comportement incompatible avec cette pratique, surtout si elles sont imputables aux États mêmes qui sont censés suivre la coutume ou la créer, feraient obstacle à la formation d'une règle de droit coutumier. » Voir également *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 17, 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. » Selon un auteur, dans la pratique, les deux conditions – généralisation et uniformité – « se fondent en un processus analytique unitaire. Les publicistes ne peuvent, par exemple, analyser si une pratique étatique est générale sans avoir identifié une pratique qui est uniforme » (Fidler, « Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law », p. 202).

¹⁶⁸ Barboza, « The customary rule: from chrysalis to butterfly », p. 7: « La répétition d'une conduite participe de l'essence de la coutume. Bien entendu, les faits ne sont jamais les mêmes: Héraclite disait qu'on ne se baigne jamais deux fois dans le même fleuve. Les faits peuvent changer, les sujets peuvent être différents, les circonstances peuvent varier, mais il existe un sens fondamental qui ne change pas. À chaque fois qu'il y a répétition, il existe des faits individuels relevant d'un *genus* commun; parler de répétition implique qu'il a été procédé à une abstraction et qu'un certain nombre de données appartenant aux faits individuels, ceux qui se produisent dans la vie réelle, ont été éliminées. Dans le même temps, un sens générique fondamental est conservé, c'est-à-dire un sens qui peut être appliqué à d'autres situations [...]. Ce sens générique se répète dans chaque précédent et établit le contenu de ce que les États concernés acceptent comme étant le droit dans leurs relations mutuelles. » Voir également Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 96: « toute règle coutumière est une généralisation normative effectuée à partir de précédents individuels ».

¹⁶⁹ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, à la page 290, par. 81.

¹⁷⁰ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 277;

56. Pour déterminer si telle pratique est constante ou non, il importe, bien entendu, d'interroger des situations effectivement comparables, suscitant des questions identiques ou analogues¹⁷¹. De plus, si la répétition fréquente de telle pratique homogène conférerait naturellement à celle-ci plus de poids, on appréciera le degré d'une telle fréquence au regard de la fréquence des circonstances dans lesquelles il y a lieu, ou il convient, de prendre la mesure constituant la pratique considérée¹⁷².

57. *Une certaine inconstance n'est pas réhabilitaire.* Il n'est pas indispensable que la pratique soit parfaitement uniforme : «il ne faut pas exagérer l'importance des contradictions et incohérences superficielles¹⁷³». Selon la Cour internationale de Justice,

voir également *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, à la page 74 (opinion dissidente de M. Krylov) : «La pratique des États en cette matière est loin d'être uniforme, et on ne peut pas constater à cet égard l'existence d'une coutume internationale»; et *ibid.*, p. 128 (opinion dissidente du D^r B. Eder) : «La pratique des États était tellement variée que l'on ne pouvait y voir la preuve de l'existence d'une telle norme [de droit international coutumier]»; *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 131, où l'on constate que «certains États ont adopté une règle et en ont fait application, tandis que «d'autres États ont adopté une pratique différente : «En conséquence, la règle [...] n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international»; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, aux pages 56 et 57 (opinion individuelle de M. Bustamante y Rivero, Président), qui affirme que quand la pratique a un caractère isolé [qui] interdit toute systématisation», l'apparition d'un droit international coutumier est «peu probable en l'espèce»; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 175, à la page 212 (déclaration de M. Nagendra Singh) : des «pratiques étatiques largement divergentes et fortement discordantes [font que des règles] ne se sont pas cristallisées»; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, aux pages 117 et 118 (opinion individuelle de M. Bula-Bula) : «Au milieu de tant de contradictions, d'attitudes incertaines qui marquent fondamentalement cette pratique unilatérale et solitaire [...], nulle norme coutumière ne saurait émerger.»

¹⁷¹ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 45, par. 79; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 BvR 1506/03, décision de la Deuxième Chambre, 5 novembre 2003, par. 42 : «il convient en particulier de tenir compte du fait que la pratique étatique pertinente et les doctrines prises en considération par le Tribunal régional supérieur concernent dans leur écrasante majorité des situations dans lesquelles deux États seulement sont en cause. Par contre, dans la présente espèce, il existe des relations juridiques entre la République du Yémen, État d'origine du demandeur, les États-Unis d'Amérique, État du for requérant, et la République fédérale d'Allemagne, État de résidence requis. Pour cette raison, les conséquences juridiques de la violation alléguée du droit international ne concernent pas directement la procédure pénale dans l'État du for [...] mais concernent la procédure d'extradition dans l'État de résidence requis»; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, arrêt, Chambre d'appel, 28 mai 2008, par. 406.

¹⁷² Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 65.

¹⁷³ Fitzmaurice : «The law and procedure of the international court of justice, 1951-54: general principles and sources of law», p. 45. Voir également Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 44 : «un critère qui serait trop strict [...] mettrait la formation du droit international coutumier en péril. Par exemple, en imposant un examen trop détaillé des manifestations de la pratique, il amènerait à négliger le caractère nécessairement général du droit coutumier. De plus, ce qui apparaît à première vue comme une pratique incohérente peut très bien avoir une règle générale comme dénominateur commun, ou des règles qui semblent partielles ou spéciales peuvent au moins présenter une certaine uniformité. Une fois une règle établie, elle peut très bien autoriser diverses options [...]. Des écarts par rapport à cette règle peuvent en réalité dénoter des dérogations admissibles [...]»; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 24 : «Si la pratique n'a pas à être complètement uniforme, elle doit l'être en substance»; Bodansky,

[i]l ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique [...]. La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle¹⁷⁴.

58. *Durée de la pratique.* Si les règles du droit international coutumier sont classiquement le fruit d'une pratique de longue durée, on s'accorde à considérer qu'il n'est prescrit aucune durée d'existence précise pour que telle pratique secrète une règle de droit international coutumier¹⁷⁵.

«Customary (and not so customary) international environmental law», p. 109 : «les règles coutumières représentent une régularité mais non nécessairement une uniformité de comportement [...] des erreurs ou des violations des règles sont possibles»; Müllerson, «The interplay of objective and subjective elements in customary law», p. 167 : «[u]ne réglementation juridique n'est nécessaire que lorsqu'il y a des écarts par rapport aux formes de pratique désirées». Selon Briggs («Colombian-Peruvian asylum case and proof of customary international law», p. 729), «[I]es écarts dans la concordance, la généralité ou la cohérence d'une pratique sont ce qui alimente les interprétations judiciaires». Il ressort de l'*Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 21 et 22, observation 5 : «Lorsque la pratique internationale est reliée par un fil conducteur ou un thème commun, la présence de certaines divergences n'empêche généralement pas la Commission d'identifier une règle de droit international coutumier.»

¹⁷⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, à la page 98, par. 186. La Cour a ajouté que «[s]i un État agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconvenue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet État puisse ou non se justifier en fait sur cette base» (*ibid.*); voir également *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 336 (opinion dissidente de M. Azevedo); *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, aux pages 40, et *ibid.*, p. 104 et 107 (opinion dissidente de Sir Percy Spender); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 229 (opinion dissidente de M. Lachs). Dans l'*Affaire des pêcheries*, «[l]a Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles, que le Gouvernement du Royaume-Uni a cru pouvoir relever dans la pratique norvégienne. Elles s'expliquent assez naturellement si l'on prend en considération la diversité des faits et des situations au cours de la longue période qui s'est écoulée depuis 1812, et ne sont pas de nature à modifier les conclusions auxquelles la Cour est arrivée» (arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 138).

¹⁷⁵ Voir, par exemple, Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 27 : «Dans la plupart des cas, un laps de temps doit s'écouler pour qu'une pratique se cristallise en une règle coutumière. Dans certains cas toutefois, lorsqu'une pratique limitée suffit pour établir une règle, celle-ci peut voir le jour rapidement»; Corten, *Méthodologie du droit international public*, p. 150 et 151 : «Si, auparavant, la doctrine semblait exiger une pratique très ancienne, les évolutions récentes de la jurisprudence ont rendu cette condition caduque. *Ratione temporis*, une coutume peut très bien résulter d'une pratique limitée dans le temps pourvu, ajoute-t-on généralement, qu'elle soit particulièrement intense et univoque»; Kunz, «The nature of customary international law», p. 666 : «le droit international ne contient aucune règle indiquant combien de fois ou pendant combien de temps cette pratique doit être répétée»; Wolfke, «Some persistent controverses regarding customary international law», p. 3 : «cette pratique n'a plus besoin d'être répétée sur le long terme»; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 731, conclusion 12 *i*) : «aucune durée précise n'est nécessaire». Voir, toutefois, l'opinion individuelle du juge Sepúlveda-Amor dans *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 279 : «Le temps constitue un autre élément important dans le processus de formation du droit international coutumier [...]. Affirmer

(Suite de la note page suivante.)

Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*,

[b]ien 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 [...], 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 [...] et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu¹⁷⁶.

Certaines règles peuvent par la force des choses mettre plus de temps que d'autres à se dégager¹⁷⁷; mais, pour

(Suite de la note 175.)

l'existence d'un droit coutumier s'étant constitué sur une période aussi brève va clairement à l'encontre de la jurisprudence de la Cour en la matière» (citant l'affaire du *Droit de passage*); Jennings, «The identification of international law», p. 5: «Il est certain qu'une pratique suivie sur une période plus ou moins longue est un ingrédient essentiel du droit coutumier.»

¹⁷⁶ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 43, par. 74; voir également p. 124 (opinion individuelle du juge Ammoun); ibid., p. 230 (opinion dissidente de M. Lachs): «En ce qui concerne le facteur temps, on a souvent, dans le passé, associé la formation du droit par l'effet de la pratique des États à l'écoulement d'une longue période de temps. Il n'est pas douteux que, dans certains cas, cela peut se justifier. Toutefois, l'accélération considérable des transformations sociales et économiques, s'ajoutant à celle du progrès scientifique et technique, place le droit devant un véritable défi – défi qu'il devra relever, sous peine d'accroître encore son retard sur les événements [...] le fait que le droit du plateau continental se soit créé et développé en aussi peu de temps ne doit pas empêcher d'en reconnaître les principes et les règles, notamment la règle de l'équidistance, comme faisant partie du droit général»; et ibid., p. 244 (opinion dissidente de M. Sørensen): «La Cour s'est ainsi réservée la possibilité de reconnaître l'apparition rapide d'une nouvelle règle de droit coutumier fondée sur la pratique étatique récente, fait particulièrement important eu égard au processus d'évolution extrêmement dynamique que connaît actuellement la communauté internationale.» La Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé, en ce qui concerne la pratique coutumière, que «l'important est que la pratique soit mise en œuvre d'une manière ininterrompue et constante, et qu'il n'est pas essentiel de se comporter d'une certaine manière pendant une période déterminée» (*Baena Ricardo et consorts c. Panama*, arrêt du 28 novembre 2003, série C, n° 104, par. 104).

¹⁷⁷ Voir Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 64: «Si la question à régler se pose fréquemment et est pour l'essentiel réglée de la même manière à chaque fois, le laps de temps requis peut être bref; si la question ne se pose que sporadiquement, un délai plus long peut être nécessaire pour qu'une certaine cohérence dans son règlement puisse être observée [...]. C'est en fait la cohérence et la répétition de la pratique et non sa durée qui ont le plus de poids»; voir également Lauterpacht, «Sovereignty over submarine areas», p. 393: «La "preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit" – pour reprendre la formule utilisée à l'Article 38 du Statut – ne doit pas nécessairement s'étaler sur des décennies. Toute tendance à exiger une période prolongée pour la cristallisation d'une coutume doit être proportionnelle au degré et à l'intensité du changement qu'elle vise à effectuer ou qui est invoqué»; Li, *Guoji Fa De Gainian Yu Yuanyuan* («notions et sources

autant que la pratique correspondante soit suffisamment généralisée et constante, il n'est exigé aucune durée précise¹⁷⁸. On n'oubliera toutefois pas, dans ce contexte, que tous les États susceptibles de devenir liés par leur inaction doivent avoir le temps de rejeter telle règle et d'éviter ainsi toute acceptation implicite de leur part¹⁷⁹.

59. Le projet de conclusion suivant est proposé:

«*Projet de conclusion 9. La pratique doit être générale et constante*

«1. Pour concourir à constituer une règle de droit international, la pratique correspondante doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle.

«2. La pratique doit être généralement constante.

«3. Il n'est prescrit aucune durée précise, pour autant que la pratique soit suffisamment générale et constante.

«4. Pour déterminer l'existence d'une pratique, on prendra dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés.»

de droit international»), p. 91 (cité dans Cai, «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules», p. 661).

¹⁷⁸ Voir également Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, p. 19; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 25: «L'acceptation par la Cour d'une pratique se cristallisant rapidement montre que l'exigence traditionnelle d'une certaine durée n'est pas une fin en soi mais seulement un moyen de démontrer la généralité et l'uniformité d'une pratique étatique donnée»; Sohn, «Unratified treaties as a source of customary international law», p. 234: «La période pendant laquelle une pratique a duré n'est pas cruciale pour la formation d'une coutume. L'intensité d'autres facteurs – la fréquence et la répétition de la pratique, le nombre des États l'ayant suivie et la force relative de la pratique contraire – est plus importante»; Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 55: «Il n'est pas nécessaire que cette conduite ait duré longtemps, même si les affirmations de formation "instantanée" ou spontanée de règles coutumières appellent des réserves. Il est plus important d'établir que l'opinion selon laquelle cette conduite est conforme au droit et prescrite par le droit est largement acceptée, et qu'il y a effectivement eu une conduite correspondante à cette opinion.» Cf. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*.

¹⁷⁹ Meijers, «How is international law made?», p. 23 et 24: «Tous les États auxquels la règle qui se fait jour pourra être applicable doivent avoir la possibilité de protester contre sa formation.» Voir toutefois Arangio-Ruiz, «Customary law: a few more thoughts about the theory of "spontaneous" international custom», p. 100: «De nos jours en particulier, le monde entier a connaissance en un éclair des actes ou omissions des États.»

CHAPITRE V

«Acceptée comme étant le droit»

60. On appelle couramment *opinio juris* ou *opinio juris sive necessitatis* le second élément nécessaire à la formation et à la détermination du droit international coutumier – l'acceptation de la «pratique générale» comme étant le droit. Cet «élément subjectif» du droit international coutumier suppose fondamentalement que la pratique en question soit motivée par «l'idée [...] selon

laquelle une telle action était prescrite par le droit¹⁸⁰». Les États doivent «cro[ire] appliquer une règle de droit international coutumier à caractère obligatoire¹⁸¹», ou,

¹⁸⁰ Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 – A Treatise*, p. 609.

¹⁸¹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 76.

autrement dit, «[se sentir] juridiquement tenus par une règle obligatoire de droit coutumier [d'accomplir l'acte en question]¹⁸²». Il s'agit là du «point de vue interne¹⁸³» grâce auquel des constantes de comportement peuvent se cristalliser en règle de droit, et qui permet d'établir une distinction entre droit et non-droit¹⁸⁴. Comme l'a déclaré le juge Chagla,

en droit international, il faut beaucoup plus [qu'une accumulation de nombreux exemples] pour qu'il y ait coutume [...]. Il ne suffit pas d'apporter la preuve de sa manifestation extérieure; il est également important d'en établir l'élément moral ou psychologique. C'est cet élément essentiel qui distingue la coutume d'une simple pratique ou d'un usage. Lorsque les parties agissent ou s'abstiennent d'agir d'une certaine manière, elles doivent avoir le sentiment d'obéir à une obligation. Cette obligation doit avoir à leurs yeux la même force que la loi. [...] [I]l faut qu'un sentiment de contrainte – non pas physique mais juridique – l'emporte sur tout¹⁸⁵.

61. *Autres raisons d'agir.* On distinguera l'acceptation d'une pratique générale «comme étant le droit» d'autres éléments, de nature extrajuridique, que l'État peut prendre en considération en ce qui concerne la pratique en question. Pour déterminer si telle règle de droit international coutumier existe, il convient donc d'établir que la pratique considérée n'était pas (exclusivement) motivée par des «considérations de courtoisie, de bon voisinage et d'opportunité politique¹⁸⁶» ou «d'opportunité ou de tradi-

¹⁸² Ibid., p. 45, par. 78.

¹⁸³ Bodansky, «Customary (and not so customary) international environmental law», p. 109.

¹⁸⁴ Une pratique non assortie d'un tel sentiment d'obligation ne contribue pas au droit international coutumier; voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 77: «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*; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 123, par. 55: «S'il est vrai que les États décident parfois d'accorder une immunité plus large que ne l'impose le droit international, le fait est que, aux fins de la présente instance, la reconnaissance de l'immunité en pareil cas n'est pas assortie de l'*opinio juris* requise et, partant, n'éclaire pas la question dont la Cour est saisie.» Voir également Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 48: «si l'exigence de l'*opinio juris* crée assurément de nombreux problèmes en pratique [...], on admet qu'il est difficile de distinguer les usages devenus obligatoires en tant que règles coutumières des autres usages [...] sans réintroduire dans le débat, par une voie détournée ou sous un autre nom, l'élément psychologique de la création de la coutume». En ce qui concerne l'importante fonction que remplit l'*opinio juris* en empêchant une pratique générale considérée ordinairement comme indésirable de devenir une disposition du droit international coutumier, voir Dahlman, «The function of *opinio juris* in customary international law». Villiger (*Customary International Law and Treaties*, p. 48) a fait observer ce qui suit: «De plus, l'*opinio* sert en particulier à distinguer les violations de la règle coutumière des modifications ultérieures de cette règle – un critère qui n'est pas sans importance eu égard au caractère dynamique du droit international coutumier. Aussi longtemps que l'*opinio* antérieure n'a pas été érodée et que la nouvelle *opinio* n'est pas établie, la pratique divergente demeure une forme d'objection persistante ou subséquente.»

¹⁸⁵ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 6, à la page 120 (opinion dissidente de M. Chagla, qui se réfère à la coutume locale mais utilise à cet égard le libellé général du paragraphe 1 b de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice).

¹⁸⁶ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 266, aux pages 285 et 286, où la Cour ajoute que «des considérations de convenance ou de simple opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment

tion¹⁸⁷». Il faut que les États aient reconnu la règle «à titre d'obligation juridique et non simplement par tolérance réciproque ou par courtoisie¹⁸⁸». L'acceptation d'une pratique «comme étant le droit» ne doit pas être confondue avec des considérations d'ordre social ou économique, bien que celles-ci puissent tout à fait jouer, en particulier lors de la mise en place de la pratique en question¹⁸⁹.

d'un devoir juridique quelconque»; voir également *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Exceptions préliminaires)*, arrêt du 26 novembre 1957, C.I.J. Recueil 1957, p. 125, à la page 177 (opinion dissidente de M. Chagla): «[L'État] doit faire plus: il doit démontrer qu'il avait bénéficié [de la pratique considérée] en tant que droit et non en tant que faveur ou concession [...]»; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, aux pages 305 et 306 (opinion individuelle de M. Petrán): «[Le fait de s'abstenir d'un comportement doit être] motivé [...] non par des considérations d'ordre politique ou économique mais par la conviction que [...] [le comportement en question est] inter[dit] par le droit international coutumier»; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 109, par. 207, où la Cour oppose «l'exposé de considérations de politique internationale» à «l'affirmation de règles du droit international actuel»; *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 221 (opinion dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carnero et Sir Benegal Rau), mentionnant l'affirmation par les États-Unis selon laquelle «l'usage était tout au moins un fondement juridique de leurs droits [...] [et qu'] [i]l ne s'agi[ssait] donc pas d'une simple "tolérance gracieuse"»; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, aux pages 423 et 424 (opinion dissidente de M. Shahabuddeen): «Il faut également avoir à l'esprit qu'il ne suffit pas de prouver des actes ou des omissions dont on prétend qu'ils constituent une pratique des États mais qu'il faut encore les interpréter. Le fait que des États ont le sentiment que la réalité les contraint à agir comme ils le font ne suffit pas à exclure qu'on interprète leurs actes comme faisant partie de la pratique des États, à condition toutefois qu'ils agissent en ayant la conviction de se conformer à ce qu'ils considèrent comme une obligation juridique»; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 145 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert): «Une "pratique négative" des États, consistant pour ceux-ci à s'abstenir d'engager des poursuites pénales, ne saurait, en tant que telle, être considérée comme la manifestation d'une *opinio juris*. Cette abstention peut obéir à bien d'autres motivations, relevant, par exemple, de la courtoisie, de considérations politiques, de préoccupations d'ordre pratique ou de l'absence d'une compétence pénale extraterritoriale. Elle ne pourrait être à l'origine d'une règle de droit international coutumier que si elle procédait d'une décision consciente de la part des États concernés»; De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, p. 189: «Les gouvernements attachent un prix certain à distinguer la coutume, par laquelle ils se tiennent pour obligés, les simples pratiques souvent dictées par des considérations d'opportunité et, de ce fait, dépourvues de portée juridique définie. Que cet intérêt soit fréquemment un intérêt politique n'est pas une raison pour en méconnaître la signification.»

¹⁸⁷ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 77: «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 juridique»; voir également *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 13, à la page 69 (opinion individuelle de M. Sette-Camara, Vice-Président): «On peut, à l'appui du principe de distance, parler de raisons d'opportunité politique et diplomatique. Mais on ne peut pas invoquer l'*opinio juris sive necessitatis*.»

¹⁸⁸ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 58 (opinion individuelle de M. Dillard).

¹⁸⁹ Voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 23, par. 23, où la Cour internationale de Justice indique, à propos de la méthode de délimitation maritime fondée sur l'équidistance: «En somme, il est probablement exact qu'aucune autre méthode de délimitation ne combine au même degré

62. Il ne faut pas non plus conclure de ce que telle pratique soit (exclusivement) dictée par la nécessité de respecter des obligations conventionnelles (ou d'autres obligations de caractère extracoutumier) qu'elle est « acceptée comme étant le droit »¹⁹⁰ : que les parties à un traité agissent conformément à leurs obligations conventionnelles ne démontre généralement pas l'existence d'une *opinio juris*¹⁹¹. En revanche, que tels États agissent

(Suite de la note 189.)

les avantages de la commodité pratique et de la certitude dans l'application. Toutefois cela ne suffit pas à transformer une méthode en règle de droit et à rendre obligatoire l'acceptation de ses résultats chaque fois que les parties ne se sont pas mises d'accord sur d'autres dispositions [...]. Juridiquement, si une telle règle existe, sa valeur en droit doit tenir à autre chose qu'à ces avantages, si importants soient-ils»; *Sud-Ouest Africain, deuxième phase*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, à la page 34, par. 50 : « Des considérations humanitaires peuvent inspirer des règles de droit [...]. De telles considérations ne sont cependant pas en elles-mêmes des règles de droit. Tous les États s'intéressent à ces questions; ils y ont un intérêt, mais ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique. »

¹⁹⁰ Voir également Schachter, « Entangled treaty and custom », p. 729; Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, p. 81 : « Ainsi qu'il a été établi dans l'affaire du Plateau continental de la mer du Nord, une pratique conforme à une règle qui n'est pas une règle coutumière ne constitue pas une preuve indépendante de l'*opinio juris* coutumière. » Baxter (« Treaties and customs », p. 73) a relevé un paradoxe à cet égard, selon lequel « lorsque la reconnaissance expresse du traité augmente, le nombre d'États non parties à ce traité et dont la pratique est pertinente diminue »; voir également Cryer, « Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study », p. 244 : « À certains égards, il peut être plus difficile d'évaluer la pratique relative à une norme ayant un fondement conventionnel préexistant, car la pratique *inter se* des parties à un traité peut être attribuée à l'existence de celui-ci. »

¹⁹¹ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 44, par. 76 : « [P]lus de la moitié des États intéressés, qu'ils aient agi unilatéralement ou conjointement, étaient, ou sont bientôt devenus, parties à la Convention [...] [sur le plateau continental] et il est donc permis de supposer que leur action s'inscrivait en fait ou virtuellement dans le cadre de l'application de la Convention. On ne saurait donc légitimement en déduire qu'il existe une règle de droit international coutumier [...] »; *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, aux pages 199 et 200 : « [A]u cours de l'ensemble de cette période [de cent cinquante ans], la juridiction consulaire des États-Unis a été en fait fondée, non pas sur la coutume ou l'usage, mais sur des droits conventionnels. [...] [Les éléments examinés par la Cour] ne suffise[nt] pas pour établir que les États exerçant la juridiction consulaire en application de leurs droits conventionnels possédaient en outre un titre indépendant à cette juridiction, fondé sur la coutume ou l'usage »; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, à la page 531 (opinion dissidente de Sir Robert Jennings) : « [I]l est manifestement difficile de déceler, dans le comportement des quelques rares États qui ne sont pas parties à la Charte, le moindre indice de "pratique" pertinente en la matière. En outre, le comportement de tous les autres États, ainsi que l'*opinio juris* dont ce comportement pourrait par ailleurs témoigner, s'explique assurément par le fait que ces États sont liés par la Charte elle-même »; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, à la page 479 (opinion individuelle de M. le juge Abraham) : « [U]ne telle approche ne démontre pas l'existence d'une *opinio juris*, c'est-à-dire de la conviction qu'il existe une obligation [...] en dehors de tout engagement conventionnel »; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Zejnir Delalic et al.*, affaire n° IT-96-21-T, jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, p. 121, par. 302. La Cour suprême des États-Unis a de même fait une référence, dans l'affaire *The Paquete Habana*, à l'existence d'une règle de droit international « indépendamment de tout acte public exprès, notamment conventionnel » (1900, *United States Reports*, vol. 175, p. 677, à la page 708). Voir également Tomka, « Custom and the International Court of Justice », p. 204 : « Souvent, déterminer si la convention a codifié une règle de droit préexistante ne pose pas de problème, étant donné les nombreux travaux préparatoires et les possibilités de formuler des observations

en conformité avec un traité par lequel ils ne sont pas (encore) liés ou en appliquent les dispositions à l'égard d'États qui n'y sont pas parties peut établir l'existence de l'acceptation « comme étant le droit »¹⁹². Il peut en être également ainsi lorsque des États non parties à un traité agissent conformément aux dispositions dudit traité; ainsi de certains États non parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁹³.

63. Lorsque les États peuvent « librement recourir [à un faisceau de méthodes] afin de concilier leurs intérêts respectifs », rien ne permet généralement de déceler dans l'usage de l'une ou l'autre méthode l'« *opinio juris* fondée sur la conscience qu'ont les États du caractère obligatoire de la pratique appliquée »¹⁹⁴. En d'autres termes, « la pratique des États ne permet de formuler aucune règle générale de droit » lorsque ces États sont en mesure de choisir telle pratique qui répond à leur situation propre (et n'ont donc pas reconnu comme obligatoire telle ou telle pratique)¹⁹⁵.

64. L'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit doit généralement être le fait des États intéressés, c'est-à-dire à la fois ceux qui se livrent à la pratique en question et ceux qui sont en mesure d'y répondre :

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 »¹⁹⁶.

explicitement tout au long du processus d'adoption d'une convention de codification, et étant donné également les circonstances de cette adoption, qui donneront des indications sur ce point. »

¹⁹² Voir, par exemple, la référence faite à la pratique du Venezuela dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 370 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla).

¹⁹³ Dans l'affaire *Pérou c. Chili*, portée devant la Cour internationale de Justice, l'agent du Pérou a déclaré que son pays « accept[ait] et applique[ait] les règles coutumières du droit international de la mer, telles qu'elles sont énoncées dans la Convention [des Nations Unies sur le droit de la mer] » : *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CR.2012/34, p. 34, par. 10 (Wagner).

¹⁹⁴ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 127 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun). À moins, bien évidemment, que la règle elle-même permette d'envisager plusieurs façons de procéder.

¹⁹⁵ *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 131.

¹⁹⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, à la page 109, par. 207; voir également *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 121 (opinion dissidente de M. Chagla) : « Il faut que l'autre partie ait aussi clairement conscience d'une obligation [...] »; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, à la page 315 (opinion individuelle de M. Ammoun) : « [U]n usage ne contribue à la formation de la règle coutumière que si l'État qui s'en prévaut ou cherche à l'imposer et celui qui s'y soumet ou le subit ont [...] l'un et l'autre conscience que cet usage est l'expression d'une obligation juridique à laquelle nul d'entre eux ne saurait se soustraire »; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 70 et 71. Des auteurs ont parfois avancé, en revanche, que c'est principalement l'*opinio juris* de soit l'un, soit l'autre des deux groupes d'États qui est la plus importante. En ce qui concerne la thèse selon laquelle c'est l'*opinio juris* des États « visés par la pratique » qui est la plus importante, on pourra consulter, par exemple, Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44 et 47 : « Pour une coutume typique, il suffit que l'acceptation de la pratique comme étant le droit se présume eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, et en premier lieu à l'attitude, et donc à la conduite, des États acceptant d'être liés par la règle coutumière [...] Il convient d'ajouter que l'exigence d'un "sentiment d'obligation" ou d'une "conviction" dans l'esprit de l'État

Étant donné la réalité moderne, caractérisée par la multiplicité des instances multilatérales, il y aurait lieu pour compléter cette quête de ce que d'aucuns appellent l'«*opinio juris* isolée», ou y concourir, de rechercher s'il existe une «*opinio juris* concertée ou générale»¹⁹⁷, c'est-à-dire, une certaine pratique acceptée comme étant le droit (ou non), selon un consensus général des États¹⁹⁸. Tout comme il est plus facile d'interroger telle pratique suivie ensemble par des États, on pourrait sans doute ainsi déterminer plus facilement si les membres de la communauté internationale s'accordent effectivement ou divergent quant au caractère contraignant de telle ou telle pratique donnée.

65. Si l'idée selon laquelle il faut qu'une pratique habituelle soit acceptée comme étant le droit pour qu'elle se transforme en règle juridique est très ancienne¹⁹⁹, la formule latine *opinio juris sive necessitatis* est quant à elle d'origine bien plus récente. Cette formule, qui s'entend littéralement de la «conviction (ou opinion) de droit ou de nécessité»²⁰⁰, est «l'appellation consacrée»²⁰¹ de l'élé-

agissant est même quelque peu illogique, puisque seule la réaction des autres États à la pratique en cause, en particulier la question de savoir s'ils considèrent qu'elle est prescrite ou autorisée par le droit, est juridiquement importante»; MacGibbon, «Customary international law and acquiescence», p. 126 : «L'*opinio juris* est bien entendu pertinente pour la création de droits coutumiers, mais uniquement du point de vue des États touchés par l'exercice de ces droits [...]».

¹⁹⁷ Voir, par exemple, Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 102 à 107.

¹⁹⁸ Voir également Pellet, «Article 38», p. 819, citant plusieurs affaires, tout en indiquant que, «parallèlement à la pratique, la [Cour internationale de Justice] s'en remet généralement à une opinion générale, et non à celle d'États considérés isolément»; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 11 : «[La Cour internationale] a recherché le consensus des États et s'est gardée d'adopter une approche positiviste et d'insister sur l'existence d'une preuve stricte du consentement de l'État défendeur»; Casella, «Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law» : «L'*opinio juris* ne doit plus être considérée comme l'opinion individuelle d'un État ou de certains États mais comme émanant des déclarations collectives de la communauté internationale dans son ensemble ou d'une partie substantielle de celle-ci»; Charney, «The contemporary role of customary international law», p. 21 : «Certains soutiennent que les États doivent choisir individuellement d'accepter la norme comme étant le droit. Or il est manifeste que c'est l'acceptation de la communauté internationale, et non celle de chaque État ou autre personne morale internationale prise individuellement, qui est requise.» Le juge Meron, dans son opinion partiellement dissidente dans l'affaire *Nahimana* et al. c. le Procureur, estime que lorsqu'un «consensus entre États n'est pas cristallisé, il n'y a à l'évidence pas de norme de droit international coutumier» (Tribunal pénal international pour le Rwanda, affaire n° ICTR-99-52-A, Chambre d'appel, arrêt, 28 novembre 2007, par. 5); voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 315 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président) : «[Des] protestations véhémentes et [des] réserves de droit, comme le montrent les résolutions successives de l'Assemblée générale [...] empêch[ent] la naissance ou le maintien d'une *opinio juris* en sens contraire.»

¹⁹⁹ Crawford, citant l'ouvrage d'Isidore de Séville *Etymologiae, Liber V: De Legibus et Temporibus*, relève ce qui suit : «En droit, la coutume, est établie par des habitudes morales qui sont acceptées comme étant le droit en l'absence de lois écrites : qu'elle existe sous forme écrite ou dans la raison ne fait aucune différence, puisque la raison fait elle aussi allégeance au droit... La coutume est ainsi appelée parce qu'elle est d'usage commun» (*Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 26, note 32). On trouvera une «généalogie intellectuelle» de «l'ingrédient supplémentaire» du droit international coutumier dans Kadens et Young, «How customary is customary international law?».

²⁰⁰ Thirlway (*The Sources of International Law*, p. 57) a proposé la traduction ci-après «compte tenu de son application en droit» : «l'opinion (ou la conviction) selon laquelle ce qui est en jeu est (ou, sans doute, devrait être) prescrit par le droit, ou nécessaire».

²⁰¹ Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 55.

ment subjectif, étant généralement abrégée sous la forme «*opinio juris*», ce qui est sans doute «important en soi. On considère d'ordinaire qu'il faut qu'il existe une opinion quant au droit, selon laquelle le droit est, ou est en train de devenir, tel qu'il prescrit ou autorise telle ou telle action donnée»²⁰².

66. Les auteurs qui ont tenté d'explicitier le sens et la fonction du concept d'*opinio juris* ont dû faire face non seulement à son flou linguistique et son origine incertaine²⁰³, mais aussi aux écueils d'ordre théorique auxquels se heurte de longue date toute tentative pour appréhender précisément le jeu incertain par lequel tel comportement systématique de l'État acquiert force de loi²⁰⁴. En particulier, d'aucuns se sont demandé si l'élément subjectif caractérise effectivement la conviction (ou l'opinion) des États ou davantage leur consentement (ou leur volonté)²⁰⁵. D'autres auteurs ont évoqué le «paradoxe» de l'*opinio juris*, y voyant un «raisonnement circulaire» qui laisse sans réponse la question de savoir comment de nouvelles règles de droit international coutumier peuvent se dégager si la pratique correspondante doit s'accompagner de la conviction qu'elles ont déjà force de loi²⁰⁶. D'autres auteurs encore ont mis en doute l'idée même que les États

²⁰² Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 78. Voir également Millán Moro, *La "opinio iuris" en el derecho internacional contemporáneo*; Huesa Vinaixa, *El nuevo alcance de la "opinio iuris" en el derecho internacional contemporáneo*. Selon certains auteurs l'*opinio juris* a un rôle plus étendu, non limité à celui qui confère généralement le droit international coutumier : voir, par exemple, l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 283, par. 290 : «[I]l ne faut pas adopter une vue très restrictive de l'*opinio juris*, en la réduisant à l'élément subjectif de la coutume et en l'éloignant des principes généraux du droit [...]».

²⁰³ Voir, par exemple, Mendelson, «The subjective element in customary international law», p. 194 et 207 : «l'incohérence linguistique de la formule "*opinio juris sive necessitatis*" reflète une certaine incohérence dans la notion qu'elle exprime [...] l'origine de cette formule est douteuse et sa signification incertaine.»

²⁰⁴ Voir également Kadens et Young, «How customary is customary international law?», p. 209 : «Le principal problème de la coutume concerne l'«ingrédient supplémentaire» nécessaire pour transformer une pratique répétitive en une norme obligatoire. Et l'un des principaux enseignements de notre débat historique est que cela a toujours été le principal problème.»

²⁰⁵ Comme l'a relevé la doctrine, la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice ont invoqué les deux notions de volonté et de conviction (voir, respectivement, *Affaire du Lotus*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 18, et *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 77). Pour des tentatives de concilier ces deux notions, voir, par exemple, la Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 741, par. 3 : «Il est possible d'éluider l'opposition entre ces deux approches ou de les concilier en employant des termes tels que "acceptée" ou "reconnue" comme étant le droit»; et Elias, «The nature of the subjective element in customary international law».

²⁰⁶ Voir, par exemple, Kelsen «Théorie du droit international coutumier»; voir également Taki, «*Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis», p. 450. On trouvera des propositions de solution au «paradoxe» susmentionné dans Maluwa, «Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law»; Verdross, «Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts»; Tasioulas, «*Opinio juris* and the genesis of custom: a solution to the "paradox"»; Lefkowitz, «(Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach»; D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 52 et 53; Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications*, p. 112; Elias et Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, p. 3 à 21.

puissent avoir une conviction²⁰⁷ ou que l'on puisse établir une telle motivation profonde²⁰⁸. Plusieurs auteurs soutiennent que l'*opinio juris* doit être regardée comme étant l'expression de principes et de morale²⁰⁹, d'autres contestent l'intérêt de telles considérations dans le présent contexte²¹⁰. Ces débats d'école ou autres, «après» selon un auteur²¹¹, traduisent souvent de plus vives controverses touchant généralement le droit (international)²¹². L'élé-

²⁰⁷ Voir, par exemple, D'Amato, «Custom and treaty: a response to Professor Weisburd», p. 471 : «penser que les entités que nous appelons les États peuvent “croire” quelque chose est une fiction anthropomorphique; ainsi, il n'y a aucune raison d'invoquer un tel critère de croyance, qui est subjectif et totalement indéterminé, pour expliquer comment le droit international fonctionne et comment la preuve de son contenu peut être rapportée»; Cheng, «Custom: the future of general State practice in a divided world», p. 530 : «En premier lieu, se pose la question de savoir si les États, en tant que personnes morales, peuvent “penser”, même s'il s'agit simplement d'une question d'imputabilité en droit international. Si les États peuvent “agir” et “commettre des faits illicites” par le truchement de leurs agents, pourquoi ne peuvent-ils pas “penser”? Tous leurs actes sont-ils irréflectés? La question suivante est celle de savoir si nous pouvons réellement établir la pensée d'un être humain, sans parler de celle d'une personne morale. C'est là une vieille histoire. En droit, il n'est pas difficile de s'assurer de l'“intention des parties”, de l'“intention du législateur”, du “*mens rea*”, de la “volonté” et d'une quantité d'autres éléments psychologiques du quotidien. En droit, ces éléments psychologiques n'ont pas à correspondre à la réalité. Ils sont simplement ce qui, selon la logique juridique, peut être déduit de ce qui a été dit ou fait.»

²⁰⁸ Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 36 : «L'approche traditionnelle consiste à rechercher des preuves de ce que les États croient; nous préférons quant à nous tenir compte de ce qu'ils déclarent croire»; Taki, «*Opinio juris* and the formation of customary international law», p. 449 : «il est possible de régler le “problème de la preuve” en déduisant de certains phénomènes extérieurs (par exemple la conduite observable) ce que pense en son for intérieur l'individu qui agit»; Slama, «*Opinio juris* in customary international law», p. 656 : «Les actes d'un État – déclarations expresses, consentement, acquiescement, protestations ou absence de protestations – sont tous des facteurs objectifs susceptibles de manifester l'*opinio juris*.»

²⁰⁹ Voir, par exemple, Wolfrum, «Sources of international law», p. 304, par. 25 : «L'*opinio juris*, la conviction qu'une certaine conduite est prescrite ou autorisée par le droit international, est en fait la conviction que cette conduite est juste, équitable ou raisonnable et qu'elle est pour cette raison prescrite par le droit.»

²¹⁰ Voir, par exemple, Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague Court», p. 838 : «La revendication d'un droit par un ou plusieurs États, le fait pour d'autres États de tolérer ou d'admettre que cet État ou ces États jouissent de ce droit, la soumission à une obligation – il s'agit là de phénomènes qui sont la preuve que les États considèrent qu'ils sont passés du domaine des faits à celui du droit. Car en l'occurrence les droits et les obligations ont une connotation strictement et exclusivement juridique, et non une connotation morale ou éthique, pas plus qu'ils ne sont dictés par la courtoisie ou la commodité»; Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 37 : «Une déclaration selon laquelle quelque chose est moralement obligatoire peut contribuer à la création de règles de la moralité internationale; elle ne peut contribuer à la création de règles du droit international.»

²¹¹ MacGibbon, «Customary international law and acquiescence», p. 125.

²¹² Voir également Mendelson, «The subjective element in customary international law», p. 177 : «L'une des raisons pour lesquelles les controverses durent depuis si longtemps est que les tenants des différentes théories voient dans ce phénomène ce qu'ils veulent y voir, ce qui renforce leurs préjugés»; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44 : «les divergences d'opinions sur cet élément subjectif de la coutume sont étroitement associées à des controverses sans fin sur ce qu'est le droit international en général et sur le “fondement de la force obligatoire” de ce droit»; Klabbers, «International organizations in the formation of customary international law», p. 180 : «Peut-être plus important, la notion même de droit coutumier suscite toutes sortes de débats non seulement en raison de sa pertinence pratique, associée à l'indétermination qui lui est inhérente, mais aussi en raison de sa pertinence politique marquée. C'est par les sources du droit international (et la coutume demeure l'une des deux principales sources de cet ordre

ment subjectif du droit international coutumier a cependant «suscité davantage de difficultés en théorie qu'en pratique²¹³» et les joutes théoriques auxquelles il a pu donner lieu en doctrine ont rarement empêché son application en pratique²¹⁴.

67. La Cour internationale de Justice a utilisé diverses expressions pour désigner l'élément subjectif résultant de l'expression «acceptée comme étant le droit» découlant de son statut. On peut citer à cet égard les formules

juridique particulier) que les valeurs politiques sont diffusées, ce qui rend la doctrine des sources en général hautement controversée [...]. Il n'est donc guère étonnant que la doctrine des sources continue de susciter un débat, et que ce débat porte pour l'essentiel sur la méthodologie»; Fidler, «Challenging the classical concept of custom», p. 199 : «le problème associé au droit international coutumier découle en dernière analyse de conceptions concurrentes des relations internationales». Nombre de ces difficultés et controverses tiennent à une analyse temporelle de l'élément subjectif, c'est-à-dire du rôle qu'il joue à un stade précoce de la formation de telle règle, par opposition à sa formation et à sa détermination ultérieures : voir également Orakelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, p. 80 à 84. L'observation de Cheng («On the nature of sources of international law», p. 223) est particulièrement pertinente dans le présent contexte : «contrairement à une opinion relativement dominante, l'*opinio juris* n'est pas nécessairement la reconnaissance du caractère contraignant d'une règle préexistante, auquel cas la question se pose de l'origine de cette règle elle-même. Dans un système juridique horizontal comme le droit international, dans lequel les sujets de droit sont aussi les législateurs, l'*opinio juris* est simplement ce que le sujet/législateur accepte à un moment donné comme étant le droit, comme étant le droit général.»

²¹³ Briggs, «Colombian-Peruvian asylum case and proof of customary international law», p. 730, et à la page 729 : «Les difficultés théoriques que soulève la détermination de ces éléments [requis pour l'établissement d'une règle du droit international coutumier] ou des méthodes et procédures par lesquelles les règles coutumières du droit international sont créées ou se développent à partir d'une pratique non obligatoire retiennent souvent davantage l'attention que le fait que dans une affaire donnée les tribunaux n'ont guère de difficulté à déterminer si une règle applicable du droit international coutumier existe ou non»; voir également la Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 741, par. 2 : «dans le monde réel de la diplomatie, la question [de l'élément subjectif du droit international coutumier] est peut-être moins problématique que dans les jardins de l'Académie»; Yee, «The news that *opinio juris* “is not a necessary element of customary [international] law” is greatly exaggerated», p. 230 : «C'est essentiellement la notion d'*opinio juris* qui est responsable de la confusion qui règne dans la doctrine et parmi les praticiens du droit international en général, mais probablement encore davantage parmi les théoriciens du droit»; De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, p. 189, note 3 : «la preuve de l'existence de l'élément psychologique de la coutume ne présente pas les difficultés insurmontables parfois alléguées»; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 24, où l'auteur indique, à propos de l'argument selon lequel il est difficile d'obtenir la preuve de l'existence de l'*opinio juris* dans des affaires concrètes, que «cette difficulté est sans doute un peu exagérée»; Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 47 : «La définition précise de l'*opinio juris*, l'élément psychologique de la coutume, la pierre philosophale qui change la matière inerte de l'usage accumulé en or – les règles juridiques obligatoires –, est probablement à l'origine de plus de controverses doctrinales que l'ensemble des prétentions contestées que les États ont formulées en alléguant la coutume»; Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, p. 21 : «en pratique, la question de la preuve ne présente pas autant de difficultés que les auteurs le pensent»; *Restatement of the Law (Third): the Foreign Relations Law of the United States*, par. 102, note 2 du rapporteur : «La circularité de l'argument selon lequel le droit se construit à partir d'une pratique reposant sur un sentiment d'obligation juridique est plus troublant d'un point de vue conceptuel [...]. Ces difficultés conceptuelles n'ont toutefois pas empêché que le droit coutumier soit accepté essentiellement comme il est ici défini.»

²¹⁴ On trouvera dans Kammerhofer, «Law-making by scholars», un exposé de la thèse selon laquelle la théorie pure, en ce qui concerne par exemple les caractéristiques que devrait ou pourrait revêtir le droit international coutumier, ne modifie nullement le droit.

suivantes : « le sentiment d'un devoir juridique²¹⁵ » ; « la conviction que [la] pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit [...] le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique²¹⁶ » ; une « reconnaiss[an]ce [de] la nécessité²¹⁷ » ; « la conviction de la nécessité²¹⁸ » ; « la croyance au respect dû à cette pratique de long usage²¹⁹ » ; « une volonté [...] une conscience commune qui traduisait la conviction [...] sur [un] droit²²⁰ » ; « le sentiment général [...] sur le caractère obligatoire de [la pratique]²²¹ » ; « la conscience [...] de se soumettre à une obligation juridique » ou « la conscience du caractère obligatoire de la règle »²²² ; « la conviction qu'elles [les parties] appliquent le droit²²³ » ; et « la conviction, une conviction de droit, dans l'esprit des [États], [qu'ils ont accepté la pratique] comme une règle de droit à l'application de laquelle [ils] ne sauraient désormais se soustraire²²⁴ ». D'autres juridictions, ainsi que des États, ont de même eu recours à diverses formules pour désigner cette prescription « psychologique », « qualitative », « immatérielle » ou encore « comportementale » du droit international coutumier²²⁵. D'une manière générale, toutes ces formules sembleraient cependant exprimer une idée commune, à savoir l'acceptation par les États du fait que leur comportement ou celui des autres est conforme au droit international coutumier :

La conviction, l'acquiescement, la reconnaissance tacite et le consentement ont ceci en commun – qu'ils expriment tous l'attitude subjective des États à l'égard soit de leur propre comportement, soit de celui d'autres États, au regard du droit international²²⁶.

²¹⁵ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 286.

²¹⁶ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 44, par. 77.

²¹⁷ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 60 (opinion individuelle de M. V. K. Wellington Koo).

²¹⁸ *Ibid.*, p. 121 (opinion dissidente de M. Chagla).

²¹⁹ *Ibid.*, p. 82 (opinion dissidente de M. Armand-Ugon).

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 370 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla).

²²² *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 104 et 130 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun).

²²³ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 90 (opinion dissidente de M. Moreno Quitana).

²²⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, à la page 306 (opinion individuelle de M. Ammoun).

²²⁵ Voir, par exemple, *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, sentence, 22 novembre 2002, p. 31, par. 97 : « un sentiment général d'obligation » ; Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire pénale n° 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), décision concernant le recours formé contre l'ordonnance des cojuges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 53 : « [O]pinio juris [...] signifie que ce que les États font et disent représente le droit » ; voir également *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 26 et 27 : « La Commission définit souvent l'élément subjectif de la coutume comme étant la conviction qu'ont les États d'être liés par une règle obligatoire [...] À certaines occasions, [elle a parlé de] l'élément subjectif [en utilisant différents termes...] »

²²⁶ Müllerson, « The interplay of objective and subjective elements in customary law », p. 163 ; voir également Waldock, « General course on public international law », p. 49 : « le critère ultime [pour déterminer si une règle du droit international coutumier existe] doit toujours être : “cette pratique est-elle acceptée comme étant le droit ?” Ceci est

68. L'élément dit « subjectif » constitutif du droit international coutumier renvoie ainsi à la condition selon laquelle la pratique en question doit s'être « manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit [international coutumier] ou une obligation juridique est en jeu²²⁷ ». Encore que la formule *opinio juris* se soit sans aucun doute imposée pour désigner cet élément²²⁸, on lui a préféré l'expression « acceptée comme étant le droit »²²⁹. La Cour internationale de Justice, reprenant le libellé de son statut, a utilisé cette dernière expression dans l'affaire du *Droit de passage*, l'une des premières où elle s'est intéressée à la méthode de détermination du droit international coutumier, concluant que « eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, [elle considérait] que cette pratique a[vait] été acceptée [...] comme étant le droit²³⁰ ». L'utilisation de cette expression tirée du Statut permet dans une large mesure de surmonter le « paradoxe » susmentionné de l'*opinio juris*.

69. Compte tenu de ce qui précède, le projet de conclusion suivant est proposé :

particulièrement vrai au sein de la communauté internationale, puisque ceux qui participent à la formation de la coutume sont les États souverains, qui sont les décideurs et les législateurs de cette communauté. Leur reconnaissance de la pratique comme étant le droit est de manière très directe le fondement essentiel du droit coutumier ».

²²⁷ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 43, par. 74 ; voir également Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44 : « cette pratique doit être au moins suffisante pour que les États concernés puissent être présumés l'avoir acceptée comme juridiquement obligatoire ».

²²⁸ « Sans doute à tort », comme l'estime Crawford (*Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 25) ; Wolfke (*Custom in Present International Law*, p. 45 et 46) relève que cette expression latine « reste largement utilisée » mais l'estime « trompeuse », précisant que « [c]ette expression donne lieu à des malentendus parce que, alors qu'elle a un sens bien défini dans l'histoire et la théorie du droit, elle est employée par les auteurs contemporains et, comme nous l'avons vu, même par la [Cour internationale de Justice], avec des connotations et dans des acceptions différentes ». Voir cependant Müllerson, « The interplay of objective and subjective elements in customary law », p. 164 : « Selon le contexte, il peut s'agir de volonté, de consentement, de consensus, de croyance, d'acquiescement, de protestation ou d'estoppel, voire de quelque chose d'autre. Toutefois, le terme “*opinio juris*” est si bien enraciné dans la pratique juridique internationale et la doctrine qu'il ne serait guère judicieux d'essayer de s'en affranchir. »

²²⁹ Voir également MacGibbon, « Customary international law and acquiescence », p. 129 : « [Comparée au terme “*opinio juris*”.] [l']expression “acceptée comme étant le droit” peut toutefois être interprétée en des sens qui reflètent plus exactement les processus effectifs du passage de la pratique ou de l'usage à la coutume, qu'ils soient envisagés du point de vue de l'exercice de droits ou de l'exécution d'obligations » ; Santulli, *Introduction au droit international*, p. 50 : « Le statut de la Cour internationale de Justice considère en son Article 38 que la coutume est une pratique “acceptée”. Ainsi le statut rompt-il avec une tradition qui aimait présenter l'*opinio iuris sive necessitatis* comme la “conscience” d'obéir à une règle de droit » ; Pellet, « Article 38 », p. 819, où l'auteur, se référant aux travaux préparatoires du paragraphe 1 b de l'Article 38 et à la pratique de la Cour, indique ce qui suit : « L'“acceptation” (*acceptation*) ne se limite pas nécessairement à la volonté des États mais peut s'entendre d'une “adhésion” (*acceptance*), qui peut être interprétée moins strictement » ; Skubiszewski, « Elements of custom and the Hague Court », p. 839 et 840.

²³⁰ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 40 : « Cette pratique s'étant maintenue sur une période de plus d'un siècle un quart, sans être affectée par le changement de régime survenu dans le territoire intermédiaire lorsque l'Inde eut acquis son indépendance, la Cour considère, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, que cette pratique a été acceptée par les parties comme étant le droit et a donné naissance à un droit et à une obligation correspondante. »

«*Projet de conclusion 10. Rôle de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit*

«1. La condition que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, signifie que la pratique en question s'accompagne d'un sentiment d'obligation juridique.

«2. Distingue la règle de droit international coutumier de la simple habitude ou du simple usage le fait d'être acceptée comme étant le droit.»

70. *Preuve d'une pratique «acceptée comme étant le droit»*. Pour établir l'existence de toute règle de droit international coutumier, on doit pouvoir distinguer les raisons qui inspirent telle ou telle pratique : «ce n'est qu'en objectivant le concept d'*opinio* que celui-ci peut réellement concourir à la difficile tâche d'établir une distinction entre "droit" coutumier et "pratique non juridique"²³¹». En pratique, le comportement des États établit effectivement l'existence d'une pratique acceptée comme étant le droit ou permet d'en ingérer l'existence. Ainsi, certaines pratiques peuvent en soi rapporter la preuve de l'*opinio juris*, ou, autrement dit, servir à la fois à fonder la pratique et à la faire accepter comme étant le droit²³². Ainsi,

quel que soit le comportement des États [...] leur pratique repose sur deux éléments ou aspects : un comportement visible, observable de l'État (ou de tout autre sujet de droit international) et l'élément subjectif sous-tendant ce comportement, qui peut être implicitement présent dans

²³¹ Slama, «*Opinio juris* in customary international law», p. 656; voir également Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 48.

²³² Voir également *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, à la page 299, par. 111 : «[L]a présence [de règles coutumières] 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»; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, à la page 305 (opinion individuelle de M. Petrán) : «Le comportement de ces États [qui ont procédé à des essais nucléaires atmosphériques] prouve que leurs gouvernements n'ont pas été d'avis que le droit international coutumier interdit les essais nucléaires atmosphériques»; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 147 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert); Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 24 : «Une large part de ce qui est décrit comme l'élément matériel de la pratique des États contient en elle-même un élément subjectif implicite, une indication d'*opinio juris*»; Bos, «The identification of custom in international law», p. 30 : «De manière générale, on peut dire que tout ce qui relève de la pratique des États peut servir de preuve de la "pratique générale acceptée comme étant le droit"»; Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, p. 63 : «En un sens, tout ce que les États font ou s'abstiennent de faire peut être considéré comme "pratique des États", parce que le comportement de ceux-ci est ce qu'ils font. Toutefois, en un sens plus large, le comportement des États est également la seule indication de ce qu'ils veulent que le droit soit ou pensent que le droit est»; Koskenniemi, «Theory: implications for the practitioner», p. 15 : «Dans la pratique juridique, il n'y a aucune manière de s'assurer de la présence ou de l'absence de l'élément subjectif sans se prononcer sur l'existence d'un comportement conforme continu»; Conforti et Labella, *An Introduction to International Law*, p. 32 : «L'élément subjectif [...] relie toutes les formes de la conduite des États»; Zemanek, «What is "State practice" and who makes it?», p. 292 et 293 : «si distinguer les documents consignants "la pratique des États" de ceux consignants l'*opinio juris* peut être souhaitable en théorie, cela est impossible en pratique parce que la pratique peut, de par les termes employés, attester l'existence de l'*opinio juris*»; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 70 : «Comme l'*opinio juris* relève de la pensée, il est évidemment difficile de l'attribuer à une entité telle qu'un État; elle doit donc être déduite des déclarations et actes de l'État, en particulier des actes présentés comme constituant l'élément "pratique" de la coutume».

l'acte proprement dit ou communiqué aux autres États par différents actes constituant, à leur tour, une pratique étatique d'une autre nature²³³.

En tout état de cause, il importe que le juge distingue entre les deux éléments.

71. Pour déterminer si telle pratique est acceptée «comme étant le droit», il faut tenir compte de la nature de la règle et des circonstances de son application. Ainsi, il faudrait distinguer entre les cas déclaratifs d'un droit juridique, d'une part, et ceux consacrant une obligation juridique, d'autre part, et entre ceux où la pratique considérée d'un comportement «sur le terrain» et une pratique verbale.

72. Généralement, la seule adhésion à telle ou telle règle ne vaut pas *opinio juris* : «cette pratique ne prouve pas nécessairement que les acteurs se sentent tenus d'une obligation juridique²³⁴». Selon la Cour internationale de Justice, «le fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique²³⁵».

73. De même, on a dit que de nombreux actes concordants²³⁶ ou observés pendant longtemps²³⁷ suffiraient à

²³³ Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», p. 344. La Cour internationale de Justice a également évoqué, par exemple, «une pratique dénotant la croyance» [*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*], fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 108, par. 206]. Mais voir Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, p. 437 : «on ne peut rien déduire automatiquement au sujet de ce que l'État veut ou croit – quant à l'existence ou l'inexistence d'une coutume – à partir de son comportement extérieur. Le sentiment normatif qui s'attache à un comportement ne peut être déterminé que lorsque l'on en connaît l'"aspect interne" – c'est-à-dire lorsque l'on sait comment l'État lui-même interprète son comportement [...] la doctrine concernant le droit coutumier est indéterminée parce qu'elle est circulaire. Elle postule que le comportement est la preuve de l'*opinio juris* et que celle-ci est une preuve quant au comportement qui est pertinent en tant que coutume».

²³⁴ Weisburd, «Customary international law: the problem of treaties», p. 9; voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, aux pages 423 et 424 (opinion dissidente de M. Shahabuddeen) : «Il faut également avoir à l'esprit qu'il ne suffit pas de prouver des actes ou des omissions dont on prétend qu'ils constituent une pratique des États mais qu'il faut encore les interpréter. Le fait que des États ont le sentiment que la réalité les contraint à agir comme ils le font ne suffit pas à exclure qu'on interprète leurs actes comme faisant partie de la pratique des États, à condition toutefois qu'ils agissent en ayant la conviction de se conformer à ce qu'ils considèrent comme une obligation juridique.»

²³⁵ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 76.

²³⁶ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 266, à la page 336 (opinion dissidente de M. Azevedo) : «des autres cas concordants dont la multitude révèle nettement une *opinio juris*»; la déclaration du Portugal dans l'arrêt relatif à l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien* : «il serait impossible de prétendre que cette constance et cette uniformité n'attestent pas la conviction d'un devoir juridique (*opinio juris sive necessitatis*)» [*Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*], arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 6, à la page 11]; Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, p. 380 : «À moins que l'action des tribunaux n'ait pour effet de réduire la valeur juridique de la plus puissante source de règles du droit international, à savoir le comportement des États, il semble que le principe à observer en la matière soit de considérer tout comportement uniforme des gouvernements (ou, dans certains cas, leur abstention) comme témoignant d'une *opinio necessitatis juris*, sauf s'il est établi que ledit comportement était indépendant d'une telle intention», cité dans l'affaire *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, aux pages 246 et 247 (opinion dissidente de M. Sørensen).

²³⁷ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 6, à la page 83 (opinion dissidente

établir l'*opinio juris*; mais il n'en est rien. S'il est vrai qu'ils peuvent conduire à l'acceptation de telle ou telle pratique comme étant le droit²³⁸, ces actes n'incarnent pas en soi cette acceptation. Comme l'a fait remarquer la Cour internationale de Justice,

même si pareille attitude avait été beaucoup plus fréquente [...] ces actes, même considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'*opinio juris* [...] Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent²³⁹.

74. Par suite, une pratique acceptée comme étant le droit ne devrait généralement pas se prouver par la pratique même que le droit international coutumier est censé prescrire. Dans cet ordre d'idées, le même comportement ne devrait pas servir dans un cas à prouver à la fois la pratique et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit²⁴⁰. Appliquer cette règle à telle pratique qui n'en est pas réellement une permettrait également d'exclure que des déclarations abstraites puissent en soi être génératrices de règles de droit²⁴¹.

de M. Armand-Ugon): «Un fait observé pendant de longues années, comme dans le cas présent, obtient une force obligatoire et revêt le caractère d'une règle de droit.»

²³⁸ Voir, par exemple, *ibid.*, p. 40: «Cette pratique s'étant maintenue sur une période de plus d'un siècle un quart, sans être affectée par le changement de régime survenu dans le territoire intermédiaire lorsque l'Inde eut acquis son indépendance, la Cour considère, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, que cette pratique a été acceptée par les Parties comme étant le droit et a donné naissance à un droit et à une obligation correspondante»; et *ibid.*, p. 82 (opinion dissidente de M. Armand-Ugon): «Un fait répété continuellement, pendant une longue durée, loin d'affaiblir cet usage, le fortifie davantage; un rapport naît entre ce fait et la volonté des États qui l'ont autorisé. La répétition de ces faits réitérés, qui revêtent une grande ancienneté, donne lieu de la part de l'État qui l'exécute et de la part de l'État qui les tolère à la croyance au respect dû à cette pratique de long usage ([Article 38, paragraphe 1 b] du Statut de la Cour).»

²³⁹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 44, par. 77. Voir aussi *Affaire du «Lotus»*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, *C.P.J.I. série A n° 10*, p. 28; Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire pénale n° 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), décision concernant le recours formé contre l'ordonnance des cojuges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 53: «Une abondante pratique [des États] ne suffit pas, habituellement, à présumer de l'existence d'une *opinio juris*.»

²⁴⁰ Voir également Mendelson, «The formation of customary international law», p. 206 et 207: «Ce qu'il faut toutefois éviter est de voir dans le même acte à la fois l'élément subjectif et l'élément objectif. Si l'on adhère à l'opinion "prédominante" selon laquelle les deux éléments doivent exister, et qui veut en particulier que l'élément subjectif s'accompagne d'une pratique "réelle", il est nécessairement exclu de considérer une déclaration à la fois comme un acte et comme la manifestation d'une croyance (ou d'une volonté)»; Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, p. 136 à 141.

²⁴¹ Voir également Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 19: «Comme ces craintes [qu'un organe ou qu'une conférence puisse "faire" le droit par le biais des déclarations abstraites des représentants des États] sont justifiées, nous pouvons d'abord essayer de procéder à une synthèse des opinions, en partant de l'argument du juge Read selon lequel "les prétentions peuvent être importantes en tant que points de départ". À l'évidence, les conditions de la formation du droit coutumier sont telles qu'un exemple de pratique, ou quelques exemples en une occasion, ne peuvent créer le droit. Une série bien définie d'exemples est nécessaire, et les déclarations faites lors d'une conférence n'auront aucune valeur si elles ne sont pas suivies d'une pratique uniforme et cohérente. Il est toutefois également clair que ces conditions constituent des garanties adéquates, et la crainte de voir apparaître un droit coutumier instantané ne justifie guère de subordonner les exemples de pratique isolés à des conditions supplémentaires.»

75. *Manifestations de la pratique acceptée «comme étant le droit»*. «Bien que difficile, déterminer l'*opinio* est chose possible (la tâche en étant considérablement facilitée par les principes modernes de rédaction)²⁴².» Lorsqu'il déclare expressément que telle ou telle règle est obligatoire en tant que droit international coutumier, l'État donne d'emblée «la preuve la plus éclatante qu'il se considère lié par ce principe ou cette règle, ou est tenu de l'appliquer à partir de cet instant²⁴³». À l'inverse, lorsqu'il déclare que telle règle ne relève pas du droit international coutumier, l'État constate l'absence d'*opinio juris*. La revendication de tel État de droits ou obligations dérivant du droit international (coutumier) (ou leur contestation) peut, notamment, prendre la forme de déclaration officielle formulée par le gouvernement ou un ministre de ce gouvernement²⁴⁴, d'actions et de conclusions en justice, de lettres de transmission par lesquelles le gouvernement saisit le parlement d'un projet de loi²⁴⁵, une déclaration faite conjointement par des États par la voie d'un document officiel ou de prises de position formulées lors de conférences multilatérales telles que les conventions de codification ou les débats à l'Organisation des Nations Unies²⁴⁶. Les protestations diplomatiques,

²⁴² *Ibid.*, p. 50.

²⁴³ Sohn, «Unratified treaties as a source of customary international law», p. 235; voir également *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; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 50: «la déclaration expresse d'un État selon laquelle telle ou telle règle est obligatoire (ou coutumière, ou est une codification) est la preuve la plus claire de ce que cet État considère comme le droit.»

²⁴⁴ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 337 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla); *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, aux pages 74 et 75 (opinion individuelle de M. Ammoun, Vice-Président); Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dusko 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, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, p. 464, par. 100, p. 470, par. 105, p. 478, par. 113 et 114, et p. 484 à 488, par. 120 à 122.

²⁴⁵ Voir également CIRDI, *Mondev International Ltd v. United States of America*, sentence du 11 octobre 2002, ILM, vol. 42, p. 106, par. 111: «Que les explications données par un gouvernement signataire à son assemblée législative lors de la ratification ou de la mise en œuvre d'un traité relèvent ou non des travaux préparatoires du traité aux fins de son interprétation, elles donnent en tout cas des indications sur les objectifs et l'orientation du traité, et attestent donc d'une *opinio juris*.»

²⁴⁶ Voir, par exemple, *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, à la page 26; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 48 (opinion individuelle collective de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda): «Dans un domaine où la pratique est contradictoire et imprécise, est-il possible, est-il raisonnable de considérer comme dénuées de toute pertinence les indications relatives à ce que les États sont prêts à revendiquer ou disposés à accepter, telles qu'elles ressortent des positions qu'ils ont adoptées en vue ou en prévision d'une conférence visant la codification et le développement progressif du droit en la matière? [...] Le moins que l'on puisse dire est [...] que ces déclarations de même que les propositions écrites déposées par les représentants des États ne sont pas sans importance quand il s'agit de déterminer quel est, selon ces États, le droit en ce qui concerne la compétence en matière de pêcheries et quelle est leur *opinio juris* sur un point qui est régi par le droit coutumier»; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, à la page 329 (opinion

en particulier, « peuvent mettre en lumière, et souvent le font, l'avis du droit sur les questions traitées par les États concernés : dans cette mesure, elles peuvent rapporter la preuve de l'acceptation de telle ou telle pratique comme étant le droit²⁴⁷ ».

76. On peut également déceler la preuve de la pratique acceptée comme étant le droit (ou son inexistence) de diverses autres pratiques²⁴⁸, selon le cas d'espèce sachant que « pour une coutume donnée, il suffit que l'acceptation de la pratique comme étant le droit puisse se déduire de toutes les circonstances de l'espèce, mais surtout de l'attitude, et donc de la conduite, des États acceptant d'être liés par cette règle coutumière²⁴⁹ ». Comme dans le cas de la pratique (voir *supra* le paragraphe 41), loin d'être exhaustive, la liste ci-après vient renseigner sur le type de documents dont l'élément subjectif peut résulter :

a) *correspondance intergouvernementale (diplomatique)*²⁵⁰ : memorandum des missions diplomatiques adressé au ministre des affaires étrangères de l'État auprès duquel elles sont accréditées²⁵¹ ou échange de notes entre gouvernements. Ici, il faut interroger la langue utilisée dans son contexte pour déterminer si l'État exprime une opinion sur l'existence d'une règle de droit ;

b) *jurisprudence des tribunaux internes*²⁵² : elle traduit clairement un sentiment d'obligation juridique. On procédera cependant en toute prudence, dans la mesure où

(Suite de la note 246.)

individuelle de M. le juge Tomka) ; Jiménez de Aréchaga, « International law in the past third of a century », p. 14 et 24 : « les délibérations d'une conférence de plénipotentiaires, même avant et indépendamment de l'adoption d'une convention, peuvent en elles-mêmes aboutir à un consensus des États qui, suivi de leur pratique effective, cristallise une règle coutumière [...]. Les indications expresses ou implicites de l'*opinio juris* sont particulièrement importantes et fréquentes lorsque les États participent au processus de codification et de développement progressif du droit international sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies ».

²⁴⁷ MacGibbon, « Customary international law and acquiescence », p. 124.

²⁴⁸ Voir également *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 29, observation 12 : « La Commission interroge diverses sources pour analyser l'élément subjectif en vue d'identifier une règle de droit international coutumier » ; *Restatement of the Law (Third): Foreign Relations Law of the United States*, par. 102, commentaire c : « La preuve explicite d'un sentiment d'obligation juridique (au moyen de conclusions officielles par exemple) n'est pas nécessaire ; l'*opinio juris* peut se déduire d'actes ou d'omissions. »

²⁴⁹ Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44.

²⁵⁰ Voir, par exemple, *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil, 1951*, p. 116, aux pages 135 et 136 ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 42.

²⁵¹ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 371 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla).

²⁵² Voir également *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, à la page 135, par. 77, où l'élément subjectif est attesté par « les positions de divers États et la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions nationales, qui ont clairement indiqué qu'elles considéraient que le droit international coutumier exigeait de reconnaître l'immunité » ; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 76 (opinion individuelle commune de M^{mes} Higgins, M. Koijmans et M. Buergenthal) ; Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/I, décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, Chambre d'appel, 16 février 2011, par. 100.

il peut être « difficile de déterminer si ce sentiment d'obligation juridique découle du droit international, du droit interne ou de l'interprétation interne du droit international²⁵³ ». Ce n'est que lorsque cette jurisprudence applique la règle en question d'une manière qui atteste, essentiellement suivant sa logique, que celle-ci est acceptée comme prescrite par le droit international coutumier, que cette jurisprudence pourrait présenter quelque intérêt comme preuve de l'acceptation « comme étant le droit » ;

c) *opinion des conseillers juridiques des gouvernements sur ce qui est ou n'est pas conforme au droit international coutumier*²⁵⁴ : dès lors qu'elle est adoptée par le gouvernement comme obligation légale²⁵⁵ ;

d) *publications officielles dans le domaine du droit international* : manuels militaires ou instructions à l'intention des diplomates ;

e) *mémoires internes de représentants de l'État* : instructions du ministère des affaires étrangères à l'intention de ses diplomates²⁵⁶ ;

f) *traités* (et leurs travaux préparatoires) : ils pourraient également démontrer l'existence d'une pratique acceptée « comme étant de droit »²⁵⁷, quand on sait que

²⁵³ Moremen, « National court decisions as State practice », p. 274 ; voir également *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, aux pages 171 et 172 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert) : « Même le fait qu'une législation nationale exige la présence de l'accusé ne reflète pas nécessairement l'existence d'une *opinio juris* selon laquelle cette présence serait requise en droit international. Les décisions internationales doivent être interprétées avec beaucoup de prudence. » M. Hmoud a également appelé l'attention sur ce point dans l'intervention qu'il a faite l'année dernière, déclarant que les décisions judiciaires nationales sont une importante source de doctrine mais qu'elles doivent faire l'objet d'une étude approfondie, les tribunaux nationaux appliquant en général les mécanismes juridiques internes de l'État concerné et manquant parfois d'expérience ou de ressources pour déterminer les règles de droit international coutumier (*Annuaire... 2013*, vol. I, 3183^e séance, 19 juillet 2013).

²⁵⁴ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, Chambre d'appel, arrêt, 30 novembre 2006, par. 89.

²⁵⁵ En effet, il convient de garder présent à l'esprit que ces avis ne deviennent pas nécessairement ceux du gouvernement, et que dans certains cas, comme la Commission l'a déjà indiqué, « les conseillers juridiques s'attachent généralement à faciliter la mise en œuvre de la politique adoptée par leur gouvernement » [Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 9, par. 76, puis « [d']autre part, la publication de tels avis n'a de valeur que si le texte de ces avis est accompagné d'un exposé assez complet retraçant l'historique des questions au sujet desquelles ils ont été donnés »].

²⁵⁶ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 372 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla).

²⁵⁷ Voir aussi CIRDI, *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, affaire n° ARB/03/2, décision sur les exceptions à la compétence, 11 mai 2005, p. 38, para. 144 : « Rien ne s'oppose, en droit international, à ce que l'expression de la volonté des États par le biais de traités soit en même temps une expression de la pratique et de l'*opinio juris* nécessaires à la formation d'une règle coutumière si les conditions requises sont remplies » ; *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, aux pages 369 et 370 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla) : « [C]et article de l'Accord bolivarien [sur l'extradition] a un sens spécial en ce qui concerne la coutume en matière d'asile, c'est-à-dire qu'il démontre l'existence, pour la Colombie et le

les «conventions restent encore une forme d'expression très importante de la conscience juridique des peuples²⁵⁸». En l'occurrence, cette conscience juridique (qu'il s'agisse de la convention dans son ensemble ou de certaines de ses dispositions) doit exister en dehors du traité et non uniquement dans le cadre dudit traité : pour que tel traité puisse attester l'*opinio juris*, il faut établir que les États (et les organisations internationales), parties ou non, se considèrent liés par les dispositions du traité comme règles de droit, indépendamment du traité²⁵⁹. Il en est sans doute ainsi du traité qui a pour but, exprès ou tacite, de déclarer le droit international coutumier²⁶⁰ : alors «le traité est la preuve indubitable de la volonté des États [parties au Traité], exempte des ambiguïtés et incohérences qui caractérisent l'assemblage hétéroclite de preuves de la pratique étatique qui sert d'ordinaire à prouver l'état du droit international²⁶¹». Autrement dit,

Pérou, d'un de ces éléments nécessaires de la coutume : l'élément psychologique, *opinio juris sive necessitatis*. L'Accord bolivarien reconnaît l'asile, reconnaît la valeur des principes appliqués en Amérique, donc, il inclut, en tant que droit obligatoire, ces principes. Par conséquent, son acceptation par les gouvernements ou par un gouvernement déterminé, implique pour celui-ci leur acceptation comme «étant le droit», c'est-à-dire qu'ils sont le droit applicable. C'est une question d'une importance incalculable, car l'élément psychologique de la coutume, toujours si difficile à établir, trouve ici une preuve absolue»; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, arrêt, Chambre d'appel, 28 mai 2008, par. 403 ; Cour suprême de l'Argentine, *Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal*, affaire n° 24.079, 11 juillet 2007, par. III-A (des conclusions du Procureur général) ; Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, Chambre de la Cour suprême, arrêt, 3 février 2012, para. 94.

²⁵⁸ *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 148 (opinion individuelle de M. Alvarez); voir aussi Guzman et Meyer, «Customary International Law in the 21st Century», p. 207 : «rechercher des preuves du droit international coutumier dans les traités demeure peut-être une pratique utile [...] car les traités peuvent donner des indications crédibles quant aux règles dont les États considèrent qu'elles lient les non-parties».

²⁵⁹ Ainsi, comme l'affirme Weisburd («Customary international law: the problem of treaties», p. 24), «on ne saurait en déduire que la conclusion d'un traité implique nécessairement une *opinio juris*, c'est-à-dire que les parties pensent que les dispositions du traité les obligent juridiquement en dehors de celui-ci». Bien entendu, les traités peuvent être considérés comme attestant du droit international coutumier ou contribuer à sa formation non seulement au regard des règles qu'ils consacrent, mais aussi du droit coutumier des traités.

²⁶⁰ Comme l'explique Baxter («Treaties and customs», p. 56), «[u]n traité déclaratoire est facile à identifier comme tel parce qu'une indication expresse à cet effet figure normalement dans son préambule, mais son caractère déclaratoire peut également se déduire de ses travaux préparatoires». Voir également Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation», p. 36 : «si un traité reconnaît expressément, ou même indirectement, qu'une règle coutumière existe, cette reconnaissance constitue une preuve additionnelle de l'existence de la règle coutumière en question». Weisburd («Customary international law: the problem of treaties», p. 23) explique à juste titre que «[m]ême lorsqu'une telle déclaration [que le traité est déclaratoire de la coutume] est un énoncé inexact de l'état du droit à la date de la conclusion du traité, elle constitue une reconnaissance explicite des parties à celui-ci qu'elles seraient juridiquement liées par les règles qu'il énonce même s'il n'existait pas». Plus important, toutefois : «des considérations complexes [...] doivent être prises en compte pour déterminer si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, une nouvelle règle consacrée dans une convention de codification peut être considérée comme exprimant une norme de droit coutumier existante ou qui se fait jour. Une telle règle doit être analysée dans son contexte et à la lumière des circonstances entourant son adoption. Elle doit également être envisagée au regard de ce qui peut être une pratique des États se développant rapidement dans le même sens qu'elle» (Sinclair, «The impact of unratified codification convention», p. 220).

²⁶¹ Baxter, «Treaties and customs», p. 36.

le fait que les États acceptent (dans le cadre du traité, pendant les négociations préalables, au moment de son adoption ou après) que le traité ou certaines de ses dispositions soient déclaratoires d'un droit international coutumier existant peut constituer une preuve évidente de l'acceptation «comme étant de droit»²⁶². Toutefois, «il faut comparer les preuves de la pratique des parties réunies dans le traité à toutes les autres preuves [conformes ou non] de droit international coutumier, conformément à la procédure normale employée pour attester de l'existence du droit international coutumier», en particulier «la pratique ou les déclarations antérieures des États concernés»²⁶³. Que les États intéressés aient effectivement signé ou ratifié le traité et que les parties puissent formuler des réserves aux dispositions du traité peut également servir à établir l'*opinio juris*²⁶⁴, mais n'indique pas forcément qu'elle est absente, coutume et traité pouvant

²⁶² Voir également Weisburd, «Customary international law: the problem of treaties», p. 25 : «un traité n'est pas la preuve de l'*opinio juris* si les parties nient expressément dans le texte de celui-ci l'existence d'une *opinio juris* quant au statut juridique des règles qu'il énonce en dehors de l'instrument [c'est-à-dire que le traité lui-même indique qu'il a été conclu par les parties par le seul exercice de leur volonté]. La question est de savoir ce que croient les parties. Mais si ce qu'elles croient est la principale question, il semblerait qu'un traité puisse nier l'existence d'une *opinio juris* même en l'absence de déclaration expresse à cet effet s'il contient d'autres éléments attestant que les parties ne considéreraient pas les règles qu'il énonce comme obligatoires s'il n'existait pas. Ceci ne veut pas dire que de tels traités ne sont pas obligatoires en tant que traités ni que les négations expresses de l'existence d'une *opinio juris* qui y figurent empêcheront la formation d'une règle coutumière en la matière. Cela signifie seulement que l'on ne peut considérer le traité lui-même comme la preuve du statut coutumier des règles qu'il énonce».

²⁶³ Baxter, «Treaties and customs», p. 43 et 44 ; voir également Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 154 : «il convient de souligner que les conventions de codification, même celles qui indiquent expressément qu'elles expriment le droit coutumier en vigueur, ne peuvent jamais être considérées comme des preuves concluantes de ce droit». Ainsi que la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans un autre contexte, «dans le domaine du droit international coutumier il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique» [*Activités militaires et paramilitaires (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*], fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, à la page 98, par. 184].

²⁶⁴ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 38 et 39, par. 63, et à la page 42, par. 72 ; et *ibid.*, p. 130 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun) : «la faculté de subordonner à des réserves la mise en œuvre [des dispositions d'un traité] implique l'absence chez les signataires de la Convention de l'*opinio juris sive necessitatis*. Celle-ci suppose, en effet, la conscience du caractère obligatoire de la règle. Et c'est l'évidence même qu'on ne peut pas se sentir obligé par une règle quand on se réserve le droit de ne pas l'appliquer»; voir, par exemple, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, à la page 305 (opinion individuelle de M. Petrén, qui fait observer que, par un traité qui peut être dénoncé, «les signataires [...] montr[ent] qu'ils rest[ent] d'avis que le droit international coutumier n'interdi[t] pas [l']obligation visée dans le traité»); Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Nahimana et al. c. le Procureur*, affaire n° ICTR-99-52-A, Chambre d'appel, arrêt, 28 novembre 2007 (opinion partiellement dissidente du juge Meron), par. 5 : «Le nombre et la portée des réserves révèlent qu'un désaccord profond persiste au sein de la communauté internationale sur le point de savoir si le simple discours haineux devrait être interdit, indiquant que l'article 4 de la [Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale] et l'article 20 du [Pacte international relatif aux droits civils et politiques] ne reflètent pas un principe établi. En l'absence de consensus établi des États, il est clair qu'il n'existe pas de norme du droit international coutumier criminalisant le seul discours haineux»; Cour suprême autrichienne, *Immunité diplomatique des domestiques*, OGH 6 Ob 94/71, arrêt, 28 avril 1971, SZ 1971 n° 44/56, 204.

coexister indépendamment²⁶⁵. Quoi qu'il en soit, «une règle conventionnelle n'est une bonne preuve de l'*opinio juris* aux fins du droit coutumier qu'au regard des faits essentiellement. Il faut examiner les déclarations, les prétentions et la conduite de l'État [...]»²⁶⁶ pour établir son existence.

Il faut également rechercher si la répétition de dispositions analogues ou identiques dans un grand nombre de traités bilatéraux peut être le signe d'une pratique acceptée «comme étant le droit». Ici aussi, il faudrait envisager la disposition (et le traité dans laquelle elle figure) dans son contexte et à la lumière des circonstances de son adoption, et ce d'autant que «[l]a multiplicité de ces traités [...] est en quelque sorte une arme à double tranchant»²⁶⁷ :

la concordance même d'un nombre considérable de traités ne constitue pas en soi une preuve ni même une présomption suffisante de la reconnaissance par l'ensemble de la communauté internationale de ces traités comme preuve du droit coutumier général. Au contraire, dans plusieurs cas, ces traités semblent déroger à la règle générale²⁶⁸ ;]

g) résolutions d'organes délibérants d'organisations internationales, tels que l'Assemblée générale des Nations Unies et le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, et résolutions de conférences

²⁶⁵ S'agissant des réserves (et de la dénonciation), voir également Baxter, «Treaties and customs», p. 47 à 53; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 755, conclusion 22 : «Le fait qu'un traité autorise les réserves à toutes ses dispositions ou à certaines d'entre elles ne permet pas en lui-même de présumer que ces dispositions ne sont pas déclaratoires du droit coutumier en vigueur»; Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, aux pages 197 et 198 (opinion dissidente de M. Morelli). S'agissant de la ratification (ou non) des conventions de codification comme preuve de l'acceptation d'une pratique comme étant de droit, voir, par exemple, Sinclair, «The impact of unratified codification convention», p. 227 : «il est légitime de dire que même les conventions de codification qui ont été peu ratifiées peuvent néanmoins être considérées, de manière générale, comme prouvant dans une certaine mesure l'existence d'une *opinio juris* sur la matière dont elles traitent. La qualité de cette preuve dépendra de l'origine de la disposition en cause. S'il ressort des travaux préparatoires de telle ou telle convention de codification que le vote par lequel une disposition particulière a été adoptée révèle que la conférence de codification était très divisée, et si la controverse ainsi créée peut avoir amené un certain nombre d'États à refuser de devenir parties à la convention en question, il est clair qu'il y a de bonnes raisons d'écarter cette disposition dans le cadre des codifications ultérieures».

²⁶⁶ Schachter, «Entangled treaty and custom», p. 735.

²⁶⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 306 (opinion individuelle de M. Ammoun).

²⁶⁸ Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation», p. 36; voir également Ahmadou Sadio Diallo (*République de Guinée c. République démocratique du Congo*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 582, à la page 615, par. 90 : «Le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre États et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire»; Kunz, «The nature of customary international law», p. 668 : «Les traités peuvent, dans certaines circonstances, apporter la preuve que les deux conditions sont remplies et, dans d'autres circonstances, qu'elles ne le sont pas»; Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 9 et 10; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 71; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 758, conclusion 25 : «On ne peut présumer qu'une succession de dispositions conventionnelles similaires donne naissance à une nouvelle règle coutumière ayant le même contenu.»

internationales. L'*opinio juris* peut se déduire de l'attitude des États à l'égard de textes non contraignants ayant pour but, exprès ou tacite, d'affirmer une règle de droit positif, attitude dont on trouve l'expression dans le vote (pour, contre, abstention), l'adhésion à un consensus ou l'adoption de déclarations sur la résolution²⁶⁹. Cette déduction doit s'opérer «avec la prudence nécessaire»²⁷⁰, les États

²⁶⁹ Voir, par exemple, *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 100, par. 188, et 101, par. 191 : «Cette *opinio juris* peut se déduire entre autres, quoique avec la prudence nécessaire, de l'attitude des Parties et des États à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale [...]. L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions [...] peut [...] s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes. [...] [L]e fait que les États ont adopté [une résolution] fournit une indication de leur *opinio juris* sur le droit international coutumier en question»; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dusko 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, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, p. 474 et 476, par. 111 et 112; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, sentence arbitrale (1977), ILR, vol. 62, p. 140 et 189 : «lesdites résolutions, si elles ne sont pas une expression unanime du droit, sont la preuve de l'existence d'une tendance dominante de l'opinion internationale en ce qui concerne le droit souverain des États sur leurs ressources naturelles [...]»; *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, sentence arbitrale (1977), ILR, vol. 53, p. 491 et 495; Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 210 et 211; Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 65 : «On a fait valoir [...] qu'en fait les débats, et les déclarations faites au nom des États membres durant ceux-ci, sont presque toujours plus pertinents que la résolution elle-même»; Pellet, «Article 38», p. 817 et 825 : «S'agissant de déterminer une règle coutumière du droit international général [...] on a dit que [...] [les résolutions adoptées par les organes des organisations internationales] relèvent plus de la manifestation de l'*opinio juris* que de la formation d'une pratique [...] lorsque l'on évalue leur poids juridique, l'important n'est pas ce qu'elles disent mais ce que les États ont dit à leur sujet»; Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, p. 260 : «les résolutions [de l'Assemblée générale] peuvent être utiles pour déterminer [...] l'*opinio juris*, eu égard en particulier à la tendance fâcheuse qu'ont les États à ne jamais invoquer cette notion dans leurs échanges diplomatiques bilatéraux»; rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/22/44, par. 43. Voir également les conclusions de la Commission de l'Institut de droit international sur «L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative – Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies» [*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 62-II (session du Caire, 1987), p. 71 à 76] : «Une résolution déclaratoire de droit a pour but d'affirmer une règle de droit existante. En particulier, elle peut être un moyen de détermination ou d'interprétation du droit international, constituer un élément de preuve d'une coutume internationale ou énoncer des principes généraux de droit» (conclusion 4); «Une résolution peut constituer la preuve du droit coutumier ou d'un de ses éléments constitutifs (pratique créatrice de coutume, *opinio juris*), en particulier lorsque telle a été l'intention des États au moment de l'adoption de cette résolution ou lorsque les procédures suivies ont conduit à l'élaboration d'un énoncé du droit» (conclusion 21); «La preuve [d'une coutume internationale] fournie par la résolution est réfragable» (conclusion 22). Selon Rosenne (*Practice and Methods of International Law*, p. 112), «[p]our établir si un État a en fait consenti en tout ou en partie à cette résolution, il convient d'examiner attentivement l'ensemble des travaux de l'organe qui l'a adoptée».

²⁷⁰ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 100, par. 188; et voir *ibid.*, p. 182, par. 7 (opinion individuelle de M. Ago) : «De même, je ne puis qu'exprimer des doutes quant à l'idée qui transparait parfois dans l'arrêt [...] selon laquelle on peut voir dans l'acceptation de certaines résolutions ou de certaines déclarations formulées dans le cadre des Nations Unies ou de l'Organisation des États américains, ainsi que dans un autre contexte, une preuve concluante de l'existence, chez ces États, d'une *opinio juris* concordante ayant la valeur d'une véritable règle coutumière internationale»;

pouvant dans les faits avoir diverses raisons de consentir (ou non) au texte d'une résolution. En effet, «l'adhésion à une résolution déclaratoire de droit [...] doit s'apprécier à la lumière des conditions dans lesquelles cette adhésion a été donnée. Il n'est pas du tout évident que le fait pour tel État de voter pour telle résolution déclaratoire de droit constitue en soi une preuve décisive de la conviction que la résolution exprime une règle de droit²⁷¹». Comme la Cour internationale de Justice l'a observé,

les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif²⁷².

S'il est indispensable d'examiner la teneur et les circonstances entourant l'adoption de la résolution, on peut soutenir qu'en général lorsqu'une résolution est adoptée avec «un nombre non négligeable de voix contre et d'absentions», il n'existe pas d'*opinio juris* générale quant à son caractère normatif; autrement dit, la résolution «n'établi[t] pas encore l'existence d'une *opinio juris*»²⁷³. De même, toute résolution adoptée à l'unanimité (ou à une majorité écrasante et représentative) peut constituer la preuve d'une conviction juridique générale²⁷⁴. En outre,

voir également les directives 3.1.5.3 (Réserves portant sur une disposition reflétant une règle coutumière) et 4.4.2 (Absence d'effet sur une norme impérative du droit international général) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités de la Commission [Annuaire... 2011, vol. II (3^e partie), p. 29 et 32].

²⁷¹ Schachter, «Entangled treaty and custom», p. 730; voir également Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112: «Le plus souvent, un vote exprime un desideratum politique et non la conviction qu'il est dicté par le droit ou contient un élément d'*opinio juris* sive *necessitatis* [...] ou que la résolution est un énoncé du droit»; Hannikainen, «The collective factor as a promoter of customary international law», p. 138: «L'immense majorité des résolutions des organisations internationales ne sont, du point de vue formel, que des recommandations. Les États le savent très bien – ils peuvent avoir des raisons très différentes de voter pour une résolution. Ces raisons peuvent notamment relever de l'opportunité politique et du désir de ne pas paraître en dissidence. Même si une résolution emploie une terminologie juridique et vise les obligations de tous les États, le fait qu'un État ait voté oui ne peut être considéré comme une preuve concluante de son *opinio juris*.»

²⁷² *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, aux pages 254 et 255, par. 70; voir également l'opinion résumée du Tribunal des différends irano-américains dans l'affaire *Sedco, Inc., v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran* (27 mars 1986): «les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ne lient pas directement les États et ne sont généralement pas des preuves du droit coutumier. On admet toutefois généralement que ces résolutions peuvent, dans certaines circonstances précises, être considérées comme des preuves du droit international coutumier ou peuvent contribuer – entre autres facteurs – à la création de ce droit» (ILM, vol. 25, 1986, p. 633 et 634).

²⁷³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 255, par. 71.

²⁷⁴ Voir également *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, à la page 79 (opinion individuelle de M. Ammoun, Vice-Président); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, aux pages 235 et 236 (opinion individuelle de M. le juge Al-Khasawneh); Barboza, «The customary rule: from chrysalis to butterfly», p. 5: «La probabilité que ces [résolutions normatives de l'Assemblée générale] soient déclaratives du droit coutumier ou servent de fondement à la formation de la coutume dépend

lorsque tel État non seulement s'abstient de soulever quelque objection à l'adoption de telle résolution déclaratoire de droit mais prend également une part active à cette adoption, l'«acceptation comme étant le droit» de son contenu normatif peut tout à fait lui être attribuée²⁷⁵. Enfin, «des résolutions successives [contenant des déclarations constantes] peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle²⁷⁶»; là encore, évidemment, tout dépend des circonstances de l'espèce²⁷⁷.

précisément de la majorité à laquelle elles ont été adoptées. Si elles ont été adoptées à l'unanimité ou par consensus, elles expriment l'opinion internationale mieux que les traités multilatéraux, auxquels la participation est relativement limitée.»

²⁷⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 133, par. 264.

²⁷⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 255, par. 70; voir également *ibid.*, p. 532 (opinion dissidente de M. Weeramantry): «Les déclarations de l'Assemblée générale, organe représentatif principal de la communauté internationale, n'ont peut-être pas, en elles-mêmes, valeur de norme de droit mais lorsque [...] elles sont réitérées [...] elles [peuvent] confort[er] [une idée de ce qu'est une règle de droit international coutumier]»; *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 236, par. 3 (opinion individuelle de M. le juge Al-Khasawneh): «[un très grand nombre de résolutions adoptées à une majorité écrasante ou par consensus allant toujours dans le même sens], sans être contraignantes, n'en produisent pas moins des effets juridiques et attestent de la constance de l'*opinio juris* de la communauté internationale»; *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6, à la page 292 (opinion dissidente de M. Tanaka): «Nous ne pouvons évidemment pas admettre que des résolutions, déclarations, arrêts, décisions, etc., aient isolément force obligatoire pour les États membres de l'organisation [internationale]. Ce que le droit international coutumier exige, c'est la répétition d'une même pratique; par suite, il faut en l'espèce que des résolutions, déclarations, etc., sur la même question aient été adoptées à plusieurs reprises par la même organisation ou par plusieurs organisations. On doit noter en même temps que, chaque résolution, déclaration, etc., étant l'émanation de la volonté collective des États participants, la volonté collective de la communauté internationale peut certainement se manifester plus rapidement et plus fidèlement que ne le permettait le processus normatif traditionnel. Ce système collectif cumulatif et organique de création de la coutume représente, pour ainsi dire, un moyen terme entre la législation par convention et le processus traditionnel de création de la coutume et l'on peut constater qu'il joue un rôle important dans l'évolution du droit international. En résumé, on peut dire que, lorsque les organes compétents de la communauté internationale font connaître leur position par une accumulation de résolutions, déclarations, décisions, etc., qui constituent des interprétations autorisées de la Charte, il faut y voir la preuve d'une coutume internationale au sens de l'Article 38, paragraphe 1 b, du Statut»; Suy, «Innovations in international law-making processes», p. 190: «L'[*opinio juris*] peut aussi naître [...] de la seule répétition de principes dans des résolutions ultérieures auxquelles les États souscrivent». Mais voir Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112: «Les ordres du jour des organes internationaux ont aujourd'hui tendance à être excessivement répétitifs, et les votes représentent la répétition automatique d'une décision de principe prise lorsque la question a été examinée pour la première fois.» Cf. *Sahara occidental*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 12, à la page 99 (opinion individuelle de M. Ammoun, Vice-Président): «L'Assemblée générale a affirmé la légitimité de cette lutte [pour la libération de la domination étrangère] dans au moins quatre résolutions, [...] dont l'ensemble constitue déjà une coutume»; et *ibid.*, p. 121 (opinion individuelle de M. Dillard): «[M]ême si une résolution isolée de l'Assemblée générale n'a pas force obligatoire, l'effet cumulatif de nombreuses résolutions d'un contenu semblable, votées par une forte majorité et fréquemment réitérées pendant un certain laps de temps, peut devenir l'expression d'une *opinio juris* et constituer ainsi une norme de droit coutumier international.»

²⁷⁷ Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, aux pages 254 et 255 et *ibid.*,

(Suite de la note page suivante.)

77. *L'abstention comme preuve de l'élément subjectif.* L'«acceptation comme étant le droit» peut également résulter de l'inaction ou de l'abstention, lorsque ces comportements valent assentiment ou acquiescement à la pratique considérée²⁷⁸. Selon Sir Gerald Fitzmaurice,

[L]'absence d'opposition, cela va de soi, n'a d'importance que dans la mesure où elle permet de présumer le consentement, l'acquiescement ou la tolérance de la part des autres États intéressés; en soi, elle n'emporte pas nécessairement cette présomption. Il n'en est ainsi que si une opposition est nécessaire pour éviter qu'en son absence il y ait présomption de consentement ou d'acquiescement. Tel n'est pas le cas, en particulier, lorsque la pratique ou l'usage en question n'ont pas été portés à la connaissance d'autres États ou, à tout le moins, lorsqu'ils manquent de la notoriété qui peut faire présumer leur connaissance; tel n'est pas le cas non plus lorsque la pratique ou l'usage en question se présentent sous une forme telle que, rationnellement, il est impossible pour les autres États de connaître leur véritable nature²⁷⁹.

(Suite de la note 277.)

aux pages 319 et 320 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président): «[Le fait que les résolutions de l'Assemblée générale] ont été adoptées à des majorités variables, malgré une opposition puissante, constante et qualitativement importante [...] [et que] cette opposition [...] regroupe des États qui représentent une bonne partie du pouvoir économique et militaire dans le monde et un pourcentage important de sa population suffit à ôter toute valeur juridique aux résolutions [de l'Assemblée générale] en question. [...] [L]e fait que l'Assemblée générale ait adopté des résolutions successives de la même veine [...] montre plutôt ce que le droit n'est pas. Leur répétition, face à une opposition considérable et durable, dénote le caractère inopérant de ces résolutions tant sur le plan de la formation du droit que sur le plan des effets pratiques»; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, aux pages 435 et 436 (opinion dissidente de Sir Garfield Barwick): «Il se peut que [...] les résolutions des Nations Unies et autres expressions de l'opinion internationale, quelque fréquentes, nombreuses et vigoureuses qu'elles puissent être, soient insuffisantes pour justifier la thèse que le droit coutumier [entérine] dès maintenant [telle ou telle règle]»; voir également Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112: «Le consensus est une notion particulièrement fallacieuse, et il est fréquent que l'indication formelle d'un vote négatif cache de nombreuses réserves dont l'expression est reléguée dans les comptes rendus; souvent le consensus signifie uniquement qu'il y a accord sur les termes à utiliser ou sur leur place dans la phrase, et qu'il n'y a pas d'accord, voire qu'il existe un désaccord, sur leur sens ou sur l'intention du document dans son ensemble»; Déclaration de Londres (note 42 *supra*).

²⁷⁸ Voir, par exemple, *Interprétation des traités de paix (deuxième phase)*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 221, à la page 242 (opinion dissidente de M. Read): «Le fait qu'aucun État n'a pris cette position [à savoir qu'il serait loisible à une partie au différend d'empêcher que ce différend soit arbitré, en recourant à l'expédient consistant à s'abstenir de désigner un représentant à la commission] apporte la confirmation la plus forte à la pratique ou à l'usage international, en matière d'arbitrage, qui a été exposé plus haut»; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 232 (opinion dissidente de M. Lachs); Cour suprême argentine, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, affaire n° 16.063/94, 2 novembre 1995, par. 90. Voir également Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 48: «le fait que les autres États tolèrent une pratique, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, justifie la présomption que cette pratique est acceptée comme étant le droit»; Charney, «Universal International Law», p. 536. Selon les termes du juge Hudson (*The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, p. 609), «le fait pour les États de ne pas avoir à l'époque contesté cette conception [de l'État qui a agi selon laquelle la pratique était rendue obligatoire par une règle de droit] est un des éléments constitutifs de la coutume internationale.

²⁷⁹ Fitzmaurice, «The law and procedure of the international court of justice, 1951-54», p. 33; voir aussi *Affaire du «Lotus»*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, *C.P.J.I. série A n° 10*, p. 18: «[C]'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience [des États] d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale»; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 42, par. 73: «On ne saurait s'appuyer sur le fait que la non-ratification puisse être due parfois à des facteurs autres qu'une désapprobation active de la convention en cause pour en déduire l'acceptation positive de ces principes: les raisons sont conjecturales mais

78. La pratique contraire à la règle (c'est-à-dire celle incompatible avec la règle coutumière présumée) peut attester l'absence d'«acceptation comme étant le droit»²⁸⁰, de même qu'elle peut empêcher de regarder telle pratique comme constante. Cependant, toute pratique non conforme à une règle peut venir confirmer l'existence d'une *opinio juris* si la conduite est justifiée en des termes qui vont à l'appui de la règle coutumière²⁸¹.

79. La preuve de l'«acceptation d'une pratique comme étant le droit» par un État (ou une organisation internationale) peut pêcher par défaut de constance; ainsi, «dans un même État, les pouvoirs exécutif et judiciaire peuvent avoir des avis différents sur la question: il est alors d'autant plus difficile d'y discerner l'existence d'une quelconque *opinio juris* en ce sens²⁸²». Comme pour la pratique, cette ambivalence est de nature à nuire à l'intérêt de l'*opinio juris* de cet État (ou organisation intergouvernementale) s'agissant de déterminer si telle règle de droit international coutumier existe ou non.

80. Le projet de conclusion ci-après est proposé:

«*Projet de conclusion II. Preuve de l'acceptation comme étant le droit*

«1. La preuve de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit peut revêtir diverses formes, celles-ci pouvant varier selon la nature de la règle et les circonstances de son application.

«2. Les formes de preuves comprennent, sans s'y limiter, les déclarations par lesquelles l'État affirme ce qui est ou n'est pas la règle de droit international coutumier, la correspondance diplomatique, la jurisprudence des juridictions internes, les avis des conseillers juridiques de gouvernements, les publications officielles dans les domaines du droit international, la pratique conventionnelle et les décisions touchant les résolutions des organes d'organisations internationales et de conférences internationales.

«3. L'inaction peut également valoir preuve d'acceptation comme étant le droit.

«4. Le fait qu'un acte (positif ou négatif) accompli par tel État établit l'existence d'une pratique aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier n'empêche pas le même acte de prouver que la pratique en question est acceptée comme étant le droit.»

les faits demeurent.» Selon les termes de Danilenko (*Law-making in the International Community*, p. 108): «En droit international positif, l'absence de protestations n'implique l'acquiescement que si la pratique touche les intérêts [(directs ou indirects)] et les droits de l'État qui ne réagit pas.»

²⁸⁰ Voir, par exemple, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, à la page 305 (opinion individuelle de M. Petrán): «Le comportement de ces États [qui ont procédé à des essais nucléaires atmosphériques] prouve que leurs gouvernements n'ont pas été d'avis que le droit international coutumier interdit les essais nucléaires atmosphériques.»

²⁸¹ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, aux pages 106, 108 et 109, par. 202 et 207.

²⁸² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil, 2002*, p. 3, à la page 171 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert).

CHAPITRE VI

Futur programme de travail

81. Comme cela a été annoncé précédemment²⁸³, le troisième rapport, à paraître en 2015, sera l'occasion de poursuivre la réflexion sur les deux éléments constitutifs de la coutume internationale («une pratique générale», «acceptée comme étant le droit») ainsi que les rapports qu'ils entretiennent l'un avec l'autre au vu de l'évolution des travaux sur le sujet en 2014. Il reviendra plus en détail sur certains aspects évoqués dans le présent rapport, en particulier le rôle de traités, des résolutions issues d'organisations internationales et de conférences internationales, et des organisations internationales en général. Le Rapporteur spécial envisagera également les notions d'«objecteur persistant», de droit international coutumier «spécial» ou «régional», et de «coutume bilatérale».

82. Comme cela a été rappelé dans le premier rapport, à ses première et deuxième sessions tenues en 1949 et en 1950, respectivement, la Commission du droit international, conformément à l'article 24 de son statut, a examiné le sujet intitulé «Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier²⁸⁴». Cet examen a débouché sur une série de recom-

mandations, adoptées par l'Assemblée générale qui sont d'actualité aujourd'hui encore²⁸⁵.

83. Ainsi qu'il est dit plus haut, l'éparpillement et le siège de la pratique (et de l'*opinio juris*) demeurent une importante question d'ordre pratique dans le monde d'aujourd'hui²⁸⁶. Aussi le Rapporteur spécial propose-t-il d'assortir le projet de conclusions d'indications quant aux sources à interroger et aux méthodes à suivre pour établir la pratique et son acceptation comme étant le droit. Il s'agirait de décrire les diverses sources constatant la pratique et l'*opinio juris*, notamment les recueils et autres publications des États mais aussi les ouvrages consacrés à la pratique dans tels ou tels domaines du droit international.

84. Le Rapporteur spécial envisage toujours de présenter notre rapport final en 2016, accompagné de projets de conclusion et de commentaires révisés à la lumière des débats et des décisions qui auront été prises en 2014 et 2015, même s'il convient avec certains membres de la Commission que c'est là un programme de travail ambitieux.

²⁸³ *Annuaire...* 2013, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 102.

²⁸⁴ *Ibid.*, par. 9.

²⁸⁵ Voir *ibid.*, document A/CN.4/659, par. 9 à 11 ; et *ibid.*, document A/CN.4/663, par. 9.

²⁸⁶ Voir, par exemple, Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 58 à 61 ; Corten, *Méthodologie du droit international public*, p. 149 à 178.

ANNEXE

Projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Projet de conclusion 1. Portée

1. Les présents projets de conclusion intéressent la méthodologie à suivre pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier.

2. Les présents projets de conclusion sont sans préjudice de la méthodologie concernant d'autres sources du droit international et les questions relatives aux normes impératives de droit international (*jus cogens*).

Projet de conclusion 2. Emploi des termes

Aux fins des présents projets de conclusion :

a) l'expression « droit international coutumier » s'entend des règles de droit international qui découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

b) l'expression « organisation internationale » s'entend de toute organisation intergouvernementale ;

c) ...

PARTIE II

DEUX ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

Projet de conclusion 3. Approche fondamentale

Pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier et son contenu, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit.

Projet de conclusion 4. Appréciation de la preuve

Pour apprécier si telle pratique générale est acceptée comme étant le droit, il faut tenir compte du contexte, notamment des circonstances de l'espèce.

PARTIE III

PRATIQUE GÉNÉRALE

Projet de conclusion 5. Rôle de la pratique

L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément du droit international coutumier signifie que c'est avant tout la pratique des États qui contribue à la création ou à l'expression de règles de droit international coutumier.

Projet de conclusion 6. Attribution de comportement

La pratique de l'État consiste dans le comportement qui lui est attribuable, dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Projet de conclusion 7. Formes de pratique

1. La pratique peut prendre diverses formes et résulte d'actes matériels et verbaux.

2. La pratique se manifeste notamment dans le comportement des États « sur le terrain », l'action et la correspondance diplomatiques, les actes législatifs, la jurisprudence interne, les publications officielles dans le domaine du droit international, les déclarations faites au nom d'États concernant telle ou telle entreprise de codification, la pratique en matière de traités et les actes résultant de résolutions adoptées par des organes d'organisations ou de conférences internationales.

3. L'inaction peut aussi valoir pratique.

4. Les actes (y compris l'inaction) des organisations internationales peuvent également valoir pratique.

Projet de conclusion 8. Appréciation de la preuve de la pratique

1. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

2. Il convient d'envisager l'ensemble de la pratique connue de l'État. On accordera moins de poids à la pratique des organes de l'État dès lors qu'ils ne parlent pas d'une même voix.

Projet de conclusion 9. La pratique doit être générale et constante

1. Pour concourir à constituer une règle de droit international coutumier, la pratique correspondante doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle.

2. La pratique doit être généralement constante.

3. Il n'est prescrit aucune durée précise, pour autant que la pratique soit suffisamment générale et constante.

4. Pour déterminer l'existence d'une pratique, on prendra dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés.

PARTIE IV

« ACCEPTÉE COMME ÉTANT LE DROIT »

Projet de conclusion 10. Rôle de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit

1. La condition que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, signifie que la pratique en question s'accompagne d'un sentiment d'obligation juridique.

2. Distingue la règle de droit international coutumier de la simple habitude ou du simple usage le fait d'être acceptée comme étant le droit.

*Projet de conclusion 11. Preuve de l'acceptation
comme étant le droit*

1. La preuve de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit peut revêtir diverses formes, celles-ci pouvant varier selon la nature de la règle et les circonstances de son application.

2. Les formes de preuves comprennent, sans s'y limiter, les déclarations par lesquelles l'État affirme ce qui est ou n'est pas la règle de droit international coutumier, la

correspondance diplomatique, la jurisprudence des juridictions internes, les avis des conseillers juridiques de gouvernements, les publications officielles dans les domaines du droit international, la pratique conventionnelle et les décisions touchant les résolutions des organes d'organisations internationales et de conférences internationales.

3. L'inaction peut également valoir preuve d'acceptation comme étant le droit.

4. Le fait qu'un acte (positif ou négatif) accompli par tel État établisse l'existence d'une pratique aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier n'empêche pas le même acte de prouver que la pratique en question est acceptée comme étant le droit.

PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT EN RAPPORT AVEC LES CONFLITS ARMÉS

[Point 10 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/674*

Rapport préliminaire sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, par M^{me} Marie G. Jacobsson, Rapporteuse spéciale

[Original: anglais]
[30 mai 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	216
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	217
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-7 218
<i>Chapitres</i>	
I. INSCRIPTION DU SUJET AU PROGRAMME DE TRAVAIL DE LA COMMISSION ET CONSULTATIONS PRÉALABLES.....	8-12 219
II. DÉBAT DE LA SIXIÈME COMMISSION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE À SA SOIXANTE-HUITIÈME SESSION (2013).....	13-15 220
III. RÉPONSES À LA DEMANDE D'INFORMATIONS CONCERNANT DES POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION.....	16-22 221
IV. PRATIQUE DES ÉTATS ET DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES.....	23-48 222
A. Missions de maintien de la paix de l'Organisation des Nations Unies.....	43-44 224
B. Organisation du Traité de l'Atlantique Nord.....	45-46 225
C. Conclusions et clause de non-responsabilité.....	47-48 225
V. OBJET DU PRÉSENT RAPPORT.....	49-57 225
VI. RÉFLEXIONS SUR LE CHAMP D'APPLICATION, LA MÉTHODOLOGIE ET LES RÉSULTATS DU SUJET, COMPTE TENU DES PRÉCÉDENTS DÉBATS TENUS À LA COMMISSION ET À L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES.....	58-67 227
VII. EMPLOI DE TERMES.....	68-86 228
A. « Conflit armé ».....	69-78 228
B. « Environnement ».....	79-86 229
VIII. SOURCES ET AUTRES DOCUMENTS À CONSULTER.....	87-93 231
IX. LIENS AVEC D'AUTRES SUJETS TRAITÉS PAR LA COMMISSION, Y COMPRIS CEUX INSCRITS ACTUELLEMENT À SON PROGRAMME DE TRAVAIL.....	94-116 232
A. Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.....	97-101 232
B. Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières.....	102-105 233
C. Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités.....	106-111 233
D. Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.....	112 234
E. Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses.....	113 234
F. Autres travaux de la Commission.....	114-116 234

* Incorporant le document A/CN.4/674/Corr.1.

Chapitres	Paragraphes	Pages
X. PRINCIPES ET CONCEPTS RELATIFS À L'ENVIRONNEMENT.....	117-156	235
A. Développement durable.....	125-132	235
B. Prévention et précaution.....	133-147	236
C. Pollueur-payeur.....	148-149	239
D. Étude d'impact environnemental.....	150-153	240
E. Diligence requise.....	154-156	240
XI. DROITS DE L'HOMME ET ENVIRONNEMENT.....	157-166	241
XII. PROGRAMME DE TRAVAIL FUTUR.....	167-173	242
ANNEXE Bibliographie.....		244

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	<i>Sources</i>
Convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 18 octobre 1907)	J. B. Scott (dir. publ.), <i>Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907</i> , New York, Oxford University Press, 1918, p. 100.
Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) [Genève, 30 octobre 1947]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 55, n° 814, p. 187.
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 (première Convention de Genève)	Ibid., vol. 75, n° 970, p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention de Genève)	Ibid., vol. 75, n° 971, p. 85.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève)	Ibid., vol. 75, n° 972, p. 135.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)	Ibid., vol. 75, 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] et 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., vol. 1125, n° 17512 et 17513, p. 3 et 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 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 14 mai 1954)	Ibid., vol. 249, n° 3511, p. 215.
Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 14 mai 1954)	Ibid.
Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 26 mars 1999)	Ibid., vol. 2253, n° 3511, p. 172.
Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Rome, 25 mars 1957)	Ibid., vol. 294, n° 4300, p. 3. Voir également la version consolidée du Traité, <i>Journal officiel de l'Union européenne</i> , n° C 326, 26 octobre 2012, p. 47.
Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 294, n° 4300, p. 3. Voir également la version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> , n° C 340, 10 novembre 1997, p. 173.
Convention (n° 107) concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants (Genève, 26 juin 1957)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 328, n° 4738, p. 247.

Sources

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 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.
Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San Salvador) [San Salvador, 17 novembre 1988]	Organisation des États américains, <i>Série des Traités</i> , n° 69 (OEA/Ser.A/44).
Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (Paris, 16 novembre 1972)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1037, n° 15511, p. 151.
Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (Londres, Mexico, Moscou et Washington, le 29 décembre 1972)	Ibid., vol. 1046, n° 15749, p. 120.
Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (New York, 10 décembre 1976)	Ibid., vol. 1108, n° 17119, p. 151.
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.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981)	Ibid., vol. 1520, n° 26363, p. 217.
Convention (n° 169) de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (Genève, 27 juin 1989)	Ibid., vol. 1650, n° 28383, p. 383.
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.
Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992)	Ibid., vol. 1760, n° 30619, p. 79.
Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR) [Paris, 22 septembre 1992]	Ibid., vol. 2354, n° 42279, p. 67.
Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 15 avril 1994)	Ibid., vol. 1867, n° 31874, p. 3.
Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Marrakech, 15 avril 1994)	Ibid., annexe 1 A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, p. 508.
Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997)	<i>Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 49 (A/51/49)</i> , vol. III, résolution 51/229, annexe.
Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) [Aarhus (Danemark), 25 juin 1998]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2161, n° 37770, p. 447.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Ibid., vol. 2187, n° 38544, p. 3.

Ouvrages cités dans le présent rapport

BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE, et Catherine REDGWELL <i>International Law and the Environment</i> , 3 ^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009.	DAS, Onita <i>Environmental Protection, Security and Armed Conflict: A Sustainable Development Perspective</i> , Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.
BODANSKY, Daniel <i>Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment</i> , Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2003.	DE SADELEER, Nicolas <i>EU Environmental Law and the Internal Market</i> , Oxford, Oxford University Press, 2014.
BOWMAN, Michael «Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm», dans M. Bowman et A. Boyle (dir. publ.), <i>Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Evaluation</i> , Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 41 à 61.	ELIAS, Olufemi «Environmental impact assessment», dans M. Fitzmaurice, D. M. Ong et P. Merkouris (dir. publ.), <i>Research Handbook on International Environmental Law</i> , Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 227 à 242.

FRENCH, Duncan

«Sustainable development», dans M. Fitzmaurice, D. M. Ong et P. Merkouris (dir. publ.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 51 à 68.

JENSEN, David, et Silja HALLE (dir. publ.)

Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations, Nairobi, UNEP, 2012.

KOROMA, Abdul G.

«Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice», dans J. Ebbesson *et al.* (dir. publ.), *International Law and Changing Perceptions of Security*, Liber Amicorum Said Mahmoudi, Leyde, Brill, 2014, p. 189 à 201.

MOORE, John Bassett (dir. publ.)

History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1898.

OVIEDO, Gonzalo, Luisa MAFFI, et Peter Bille LARSEN

Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity, Gland, World Wide Fund for Nature, 2000.

PLANT, Roger

Land Rights and Minorities, Minority Rights Group International Report 94/2, Londres, Minority Rights Group, 1994.

SANDS, Philippe

Principles of International Environmental Law, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

SCHWARTZ, Priscilla

«The polluter-pays principle», dans M. Fitzmaurice, D. M. Ong et P. Merkouris (dir. publ.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 243 à 257.

TROUWBORST, Arie

Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law, International Environmental Law and Policy Series, vol. 62, La Haye, Kluwer Law International, 2002.

VOIGT, Christina

Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009.

WALEIJ, Annica *et al.*

Greening Peace Operations – Policy and Practice, Stockholm, Defence Research Agency, 2011.

WARSTA, Matias (dir. publ.)

Conference Proceedings of the European Conference of Defence and the Environment, Helsinki, May 2013, Helsinki, Ministère de la défense de Finlande, 2013.

Introduction

1. On considère de longue date que les dommages causés à l'environnement pendant et après tout conflit armé sont susceptibles de menacer gravement les moyens de subsistance et l'existence même de personnes et de communautés. Les dommages environnementaux diffèrent de la plupart des autres conséquences des conflits armés en ce qu'ils peuvent perdurer et être irréversibles. Ils peuvent empêcher la société de se reconstruire, détruire des régions intactes et perturber d'importants écosystèmes¹.

2. On a jusqu'ici envisagé la protection de l'environnement dans les conflits armés avant tout sous l'angle du droit des conflits armés. Ce prisme est cependant trop restreint et on estime en droit international moderne que le droit international applicable en temps de conflit armé peut être plus vaste que le droit des conflits armés, comme la Commission l'a reconnu dans ses travaux récents sur les effets des conflits armés sur les traités desquels elle part du principe que l'existence d'un conflit armé n'emporte pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application².

3. Puisque le droit applicable en rapport avec les conflits armés déborde à l'évidence le champ du droit des conflits armés, il ne suffira pas parfois d'interroger le droit international humanitaire en tant que *lex specialis* pour trouver une solution à tel ou tel problème juridique donné. Peuvent trouver à s'appliquer d'autres branches du droit

international, telles que le droit international des droits de l'homme et le droit international de l'environnement. La Cour internationale de Justice l'a reconnu, sans toutefois préciser quand l'un de ces droits primait l'autre :

De manière plus générale, la Cour estime que la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogoratoires du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire³.

4. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a également reconnu que les considérations écologiques devaient être prises en compte en temps de guerre :

La Cour constate ainsi que, si le droit international existant relatif à la protection et à la sauvegarde de l'environnement n'interdit pas spécifiquement l'emploi d'armes nucléaires, il met en avant d'importantes considérations d'ordre écologique qui doivent être dûment prises en compte dans le cadre de la mise en œuvre des principes et règles du droit applicable dans les conflits armés⁴.

¹ Voir l'étude sur le sujet dans *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), annexe V, p. 217.

² *Ibid.*, par. 100, projet d'article 3 sur les effets des conflits armés sur les traités, p. 108.

³ *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 178, par. 106.

⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 243, par. 33. Il

En ce sens, la Cour a rappelé avoir conclu dans l'ordonnance concernant la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France) que cette conclusion était « sans préjudice des obligations des États concernant le respect et la protection de l'environnement naturel⁵ ». Et d'ajouter : « [c]ette déclaration s'inscrivait certes dans le contexte des essais nucléaires ; mais elle s'applique à l'évidence aussi à l'emploi d'armes nucléaires dans un conflit armé⁶ ». Il convient aussi de noter que l'hypothèse qui sous-tend le raisonnement de la Cour a également été retenue par la Commission, notamment dans ses travaux sur la fragmentation⁷.

5. Même si on part du principe qu'il s'applique seul en temps de conflit armé, le droit des conflits armés prescrit des mesures à prendre avant et après un conflit armé. Il ne se limite donc pas à la situation proprement dite de conflit armé. Les règles applicables de la *lex specialis* (droit des

convient de souligner que c'est la conclusion générale de la Cour concernant « d'importantes considérations d'ordre écologique qui doivent être dûment prises en compte dans le cadre de la mise en œuvre des principes et règles du droit applicable dans les conflits armés » qui intéresse le présent sujet, et non l'examen qu'elle a fait de telle ou telle arme.

⁵ *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), *C.I.J. Recueil 1995*, p. 288, à la page 306, par. 64.

⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 4), p. 243, par. 32.

⁷ Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 241 à 251, et le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international intitulé « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », document A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1 [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session ; le texte définitif sera publié sous la forme d'un additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie)].

conflits armés) coexistent ainsi avec d'autres règles de droit international⁸.

6. Il semblerait qu'aucun État ni organe judiciaire ne doute que de différentes branches du droit international, telles que le droit des droits de l'homme, le droit des réfugiés et le droit de l'environnement, trouvent parallèlement application. Il semble également qu'il y ait de la part des États et des organes judiciaires quelque hésitation quant à l'application précise de ces branches du droit. On peut comprendre cette hésitation à préciser comment l'application parallèle peut jouer ou quand la *lex specialis* prime incontestablement comme seul droit applicable. Il convient cependant d'analyser cette hésitation et de dégager des conclusions sur ce sujet.

7. Le contexte juridique et politique a changé depuis qu'ont vu le jour, voici près de quarante ans, des règles consacrées expressément à la protection de l'environnement en temps de conflit armé : la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I). À l'époque, le droit international de l'environnement en était à ses balbutiements et les conflits armés d'alors étaient d'une tout autre nature : la plupart étaient considérés comme des conflits internationaux ou des guerres de libération, alors que de nos jours les conflits armés non internationaux, essentiellement différents, sont plus fréquents. Cette réalité nouvelle peut rendre malaisée l'application du droit existant.

⁸ Document A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1 [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session ; le texte définitif sera publié sous la forme d'un additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie)], par. 173.

CHAPITRE I

Inscription du sujet au programme de travail de la Commission et consultations préalables

8. C'est dans ce contexte que la Commission a décidé à sa soixante-troisième session, en 2011, d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés »⁹, comme suite à la proposition reproduite dans l'annexe V du rapport de la Commission sur les travaux de cette session¹⁰. Au paragraphe 7 de sa résolution 66/98 du 9 décembre 2011, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

9. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » à son programme de travail et de nommer M^{me} Marie G. Jacobsen Rapporteuse spéciale pour le sujet.

⁹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 180, par. 365 à 367. C'est dire que le sujet avait répondu aux critères de sélection des sujets recommandés par la Commission. Voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), p. 114, par. 553.

¹⁰ Voir *supra* la note 1.

10. Dès l'inscription du sujet au programme de travail à long terme, la Commission y a consacré des consultations informelles, à partir de sa soixante-quatrième session, en 2012, qui ont été pour ses membres l'occasion d'exprimer des vues sur le sujet. Ces derniers se sont ainsi tous déclarés favorables à l'inscription du sujet à l'ordre du jour de la Commission.

11. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission a tenu des consultations informelles sur le fond. Ses membres ont ainsi pu réfléchir à la voie à suivre et formuler des observations sur ce sujet. Ils ont examiné la portée et la méthodologie générale des travaux, notamment leur articulation dans le temps et leur calendrier. Le délai envisagé était de trois ans, la Rapporteuse spéciale devant soumettre à la Commission un rapport par an.

12. Sur la base des consultations informelles, la Rapporteuse spéciale a présenté un rapport oral à la Commission,

qui en a pris note¹¹. La Commission est également convenue de prier les États de lui fournir des exemples de cas où le droit international de l'environnement, notamment

¹¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 77, par. 133. Les consultations ont eu lieu les 6 juin et 9 juillet 2013.

les traités régionaux et bilatéraux, a continué de s'appliquer en temps de conflit armé international ou non international¹².

¹² *Ibid.*, p. 16, par. 28.

CHAPITRE II

Débat de la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session (2013)

13. Vingt-huit États se sont exprimés sur le sujet lors de la soixante-huitième session de la Sixième Commission, se fondant sur le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-cinquième session, en 2013¹³. La plupart ont expressément salué l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission, et plusieurs ont fait des déclarations de fond¹⁴. Des 28 États qui se sont exprimés au cours du débat, seuls deux ont douté de l'opportunité d'inscrire le sujet au programme de travail¹⁵. Des préoccupations ont également été exprimées concernant la portée du sujet et son éventuelle extension bien au-delà du champ d'investigation ainsi défini¹⁶. Un État était d'avis que ce domaine du droit appelait un développement progressif¹⁷.

14. Dans l'ensemble, les États se sont félicités du calendrier et de la méthodologie générale retenus. Certains ont souligné les difficultés qu'il y aurait à séparer les différentes phases de l'étude de sujet¹⁸. Certains ont dit leur préférence quant à la phase à privilégier à l'occasion des travaux, sans qu'il soit possible de tirer une conclusion générale. Quelques États ont expressément souligné que les travaux ne devraient pas privilégier la phase II (mesures prises pendant un conflit armé)

puisque'il existait déjà des règles et principes traitant des situations de conflit armé. Certains¹⁹ ont souligné qu'il importait de traiter des conflits armés tant internationaux que non internationaux, et se sont félicités de ce choix. Selon quelques États, il convenait d'envisager le droit des réfugiés ou les conséquences pour l'environnement relativement aux réfugiés et des personnes déplacées²⁰. Certains États ont évoqué la nécessité de traiter des armes, et des avis divergents ayant été exprimés sur ce sujet²¹. Un État a préconisé que la Commission traite du déminage²². Un autre a souligné qu'il importait d'examiner les questions de la responsabilité en rapport avec les dommages à l'environnement²³. Certains États ont également souligné l'impact de la guerre sur le développement durable²⁴. Enfin, un État a souhaité voir envisager la protection des biens culturels²⁵.

15. Évoquant la forme à donner aux résultats des travaux, quelques États ont dit préférer des projets de directive à des projets d'article²⁶. Deux États ont estimé que le sujet ne se prêtait pas à un projet de convention²⁷. En revanche, de l'avis d'un État, un projet d'articles serait un résultat utile des travaux de la Commission sur le sujet²⁸.

¹³ Il s'agit des pays suivants : Afrique du Sud, Autriche, Belgique, Cuba, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande (au nom des pays nordiques : Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), France, Grèce, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Irlande, Italie, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie et Suisse.

¹⁴ Par exemple : Afrique du Sud, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 24^e séance (A/C.6/68/SR.24), par. 24 ; Autriche, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/68/SR.23), par. 68 ; Cuba, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/68/SR.25), par. 70 ; Finlande, au nom des pays nordiques, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/68/SR.23), par. 44 ; Grèce, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/68/SR.24), par. 46 ; Iran (République islamique d'), *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/68/SR.26), par. 8 ; Italie, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/68/SR.24), par. 2 ; Malaisie, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/68/SR.25), par. 29 ; Mexique, *ibid.*, par. 17 ; Nouvelle-Zélande, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/68/SR.24), par. 102 ; et Portugal, *ibid.*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 86.

¹⁵ La Fédération de Russie a estimé que « ce domaine [était] déjà suffisamment réglementé par le droit international humanitaire » et que « les périodes précédant et suivant un conflit armé [étaient] considérées comme des périodes de paix, durant lesquelles les règles générales de la protection de l'environnement sont pleinement applicables », *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/68/SR.25), par. 47. La France a « confirm[é] les doutes qu'elle a [avait] déjà exprimés sur la faisabilité de travaux sur un tel sujet », *ibid.*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 105.

¹⁶ États-Unis, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/68/SR.23), par. 54.

¹⁷ Malaisie, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/68/SR.25), par. 29.

¹⁸ Cet avis rejoint la position exprimée par la Rapporteuse spéciale dans son rapport oral à la Commission, en 2013, selon laquelle il ne saurait y avoir de ligne de démarcation stricte entre les différentes phases ; voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 77, par. 137.

¹⁹ Afrique du Sud, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 24^e séance (A/C.6/68/SR.24), par. 28 ; Autriche, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/68/SR.23), par. 68 ; et Suisse, *ibid.*, par. 61.

²⁰ Afrique du Sud, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/68/SR.24), par. 28 ; et Iran (République islamique d'), *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/68/SR.26), par. 9.

²¹ Cuba [*ibid.*, 25^e séance (A/C.6/68/SR.25), par. 70], la Malaisie (*ibid.*, par. 30) et le Portugal [*ibid.*, 23^e séance (A/C.6/68/SR.23), par. 82] étaient d'avis qu'il fallait traiter des armes, mais l'Autriche (*ibid.*, par. 69), la Roumanie [*ibid.*, 24^e séance (A/C.6/68/SR.24), par. 87], le Royaume-Uni [*ibid.*, 23^e séance (A/C.6/68/SR.23), par. 89] et Singapour [*ibid.*, 25^e séance (A/C.6/68/SR.25), par. 114] étaient d'avis contraire.

²² Iran (République islamique d'), *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/68/SR.26), par. 9.

²³ Nouvelle-Zélande, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/68/SR.24), par. 103.

²⁴ Afrique du Sud, *ibid.*, par. 24 ; et Pérou, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 27.

²⁵ Italie, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/68/SR.24), par. 4.

²⁶ Inde, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), par. 21 ; Italie, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/68/SR.24), par. 5 ; et Singapour, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/68/SR.25), par. 114.

²⁷ États-Unis, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/68/SR.23), par. 55 ; et Espagne, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/68/SR.25), par. 2. Dans sa présentation du sujet à la Commission, en 2013, la Rapporteuse spéciale avait également indiqué que celui-ci se prêtait davantage à l'élaboration de directives non contraignantes, voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 78, par. 143.

²⁸ République tchèque, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 25^e séance (A/C.6/68/SR.25), par. 95.

CHAPITRE III

Réponses à la demande d'informations concernant des points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission

16. Dans son rapport sur les travaux de sa soixante-cinquième session, conformément à la pratique établie, la Commission a sollicité des informations concernant des points sur lesquels des observations lui seraient d'un intérêt particulier²⁹, exprimant le souhait

que les États lui indiquent si, dans leur pratique, le droit international ou national de l'environnement a[vait] été interprété comme étant applicable en rapport avec un conflit armé international ou non international. La Commission apprécierait en particulier des exemples :

a) de traités, notamment de traités régionaux ou bilatéraux pertinents ;

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

c) de jurisprudence relative à l'application du droit international ou national de l'environnement à des différends découlant de situations de conflit armé³⁰.

17. Ont répondu à la demande de la Commission les États suivants : Allemagne, Botswana, El Salvador, Mexique et République tchèque³¹.

18. Le Botswana a fait savoir à la Commission qu'il n'était pas partie à des traités portant sur la protection de l'environnement dans les conflits armés, qu'il n'avait pas adopté de législation en la matière et qu'aucun de ses tribunaux ne s'était prononcé sur la question³².

19. La réponse d'El Salvador³³ s'articule en trois parties : a) action au niveau national ; b) action au niveau international ; et c) action au niveau régional. La Constitution d'El Salvador consacre le devoir de l'État de protéger les ressources naturelles ainsi que la diversité et l'intégrité de l'environnement comme moyen d'assurer le développement durable. Elle dispose en outre que la protection, la conservation, l'utilisation rationnelle, le rétablissement et le remplacement des ressources naturelles relèvent de l'intérêt général. Cela ressort également de la loi de 1998 sur l'environnement³⁴, qui consacre à l'ensemble des questions environnementales des dispositions juridiques modernes conformes au principe de viabilité du développement économique et social. El Salvador souligne que l'obligation ainsi établie est une obligation fondamentale de l'État, de ses démembrements et de l'ensemble de la population, et garantit l'application des conventions et traités

internationaux auxquels il est partie dans ce domaine. La loi sur l'environnement n'envisage pas expressément la protection de l'environnement en temps de conflit armé mais sa vaste portée englobe les obligations résultant de divers textes normatifs. En outre, puisque les obligations de l'État à cet égard découlent directement de la Constitution et que celle-ci ne prévoit ni exceptions ni suspension, on peut dire que l'obligation de protéger l'environnement joue en toute circonstance, même en temps de conflit armé.

20. El Salvador a conclu qu'il y a un lien indissoluble entre la sécurité et la protection de l'environnement, qui persiste même dans des situations non qualifiées de conflit armé au sens strict. À l'inverse, les menaces contre l'environnement, en particulier les catastrophes naturelles, peuvent avoir des effets néfastes sur la sécurité, puisqu'elles créent des tensions et excluent des personnes qui peuvent alors n'avoir d'autre choix que de rejoindre les rangs des groupes armés ou d'entrer dans la criminalité.

21. Le Mexique a indiqué que les accords bilatéraux et multilatéraux sur l'environnement auxquels il est partie n'édictent pas d'obligation particulière sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés³⁵. Il a rappelé le Protocole I, qui interdit l'emploi de moyens de combat pouvant causer des dommages durables et graves à l'environnement, et le Principe 24 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement³⁶.

22. L'Allemagne a évoqué des accords bilatéraux et une étude faite en 2001 par l'Agence fédérale pour l'environnement concernant la réglementation des effets des activités militaires sur l'environnement, notant par exemple que le « droit international ne prévoit qu'une protection limitée contre les menaces contemporaines que la guerre fait peser sur l'environnement³⁷ ». Elle a également informé la Commission que les méthodes et moyens de guerre nuisant à l'environnement étaient traités dans l'édition 2013 du *Manuel du Service commun des Forces armées fédérales sur le droit des conflits armés*³⁸. Elle a en outre soumis des extraits d'accords bilatéraux consacrant la pratique des États sur la question, à savoir un accord entre l'Allemagne et la Force internationale de sécurité au Kosovo (KFOR) et l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN), et

²⁹ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 16, par. 28.

³⁰ Ibid.

³¹ Note verbale du 31 janvier 2014, adressée au Secrétaire général par la Mission permanente de la République tchèque auprès de l'Organisation des Nations Unies.

³² Note verbale du 24 janvier 2014, adressée au Secrétaire général par la Mission permanente du Botswana auprès de l'Organisation des Nations Unies.

³³ Note verbale du 29 janvier 2014, adressée au Bureau des affaires juridiques par la Mission permanente d'El Salvador auprès de l'Organisation des Nations Unies.

³⁴ *Diario Oficial de la República de El Salvador*, vol. 339, n° 79, 4 mai 1998.

³⁵ Note verbale du 26 février 2014, adressée au Secrétaire de la Commission du droit international par la Mission permanente du Mexique auprès de l'Organisation des Nations Unies.

³⁶ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (A/CONF.151.26/Rev.1)*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

³⁷ Bodansky, *Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*, résumé, par. 2.

³⁸ Note verbale du 30 décembre 2013, adressée au Secrétaire général par la Mission permanente de l'Allemagne auprès de l'Organisation des Nations Unies.

un autre entre l'Allemagne et l'Afghanistan³⁹. Les deux accords portaient sur l'exportation de déchets provenant

d'un déploiement de la KFOR et des Forces armées fédérales, respectivement.

³⁹ Accord daté du 3 décembre 1999 et du 15 février 2000 entre le Gouvernement de l'Allemagne et la KFOR/OTAN sur la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'intérieur, à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne en ce qui concerne les transferts en Allemagne des déchets produits par les soldats de la KFOR/OTAN, et accord daté du 6 juillet et du 9 novembre 2002 entre le Gouvernement

de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de l'État islamique transitoire d'Afghanistan sur l'exportation d'Afghanistan de déchets générés lors du déploiement des Forces armées fédérales afin de les traiter d'une manière écologiquement rationnelle, cités dans la note verbale de la Mission permanente de l'Allemagne du 30 décembre 2013.

CHAPITRE IV

Pratique des États et des organisations internationales

23. Outre celles que les États ont directement communiquées à la Commission, la Rapporteuse spéciale a obtenu des informations dans le cadre d'échanges avec les États et les organisations internationales, qui, dans la mesure où elles facilitent la lecture du présent rapport, sont présentées dans les sections ci-après.

24. La Commission n'a guère obtenu de réponses aux questions qu'elle a posées dans son rapport de 2013 ; cependant, la Rapporteuse spéciale ne doute pas que nombreux sont les États qui se sont donné une législation ou une réglementation portant protection de l'environnement en temps de conflit armé. Premièrement, en tant qu'entité d'État et bien plus que toute autre entité de ce type, les forces armées sont régies par les lois internes applicables en temps de paix, même si certaines de leurs activités obéissent à des règles particulières. Deuxièmement, très souvent leurs règles d'engagement consacrent des obligations dérivant du droit international et des restrictions d'origine interne. Troisièmement, dès la cessation des hostilités, la réglementation applicable en temps de paix redevient automatiquement applicable outre toute réglementation spéciale ayant trait au nettoyage et à la remise en état (par exemple, le déminage).

25. La Rapporteuse spéciale espère que les États fourniront des compléments d'information à la Commission. Dans l'intervalle, voici quelques exemples de législation interne.

26. Pendant le débat de la Sixième Commission en 2013, certains États ont évoqué leur législation ou politique générale en matière d'environnement. Ainsi, les États-Unis ont indiqué que « pour [leurs] forces armées [...], la protection de l'environnement est depuis longtemps prioritaire, non seulement pour faire en sorte que les terres, l'eau et l'espace aérien nécessaires aux opérations militaires soient disponibles, mais aussi pour préserver des ressources irremplaçables pour les générations futures ». Ils ont réaffirmé que « [l]a protection de l'environnement durant les conflits armés est souhaitable en tant que *principe** pour toute une série de raisons militaires, civiles, sanitaires et économiques, outre les raisons purement environnementales »⁴⁰.

27. La Réglementation de l'Armée populaire de libération de la Chine portant protection de l'environnement

(2004) consacre des dispositions à la prévention et à la réduction de la pollution et aux dommages à l'environnement. Elle prescrit également de tenir compte des impératifs de protection de l'environnement à l'occasion de l'étude et de la production de matériel militaire et de prendre des mesures en vue d'éliminer ou de réduire la pollution et toute atteinte à l'environnement au moment de la mise à l'essai, de l'emploi et de la destruction du matériel en question. L'armée doit mener des études d'impact environnemental d'activités diverses comme les manœuvres militaires, la mise à l'essai de matériel militaire, le traitement des déchets militaires et le génie militaire. La réglementation vise les situations d'avant conflit, notamment les essais d'armements. Elle semble également répondre (en partie) aux prescriptions du Protocole I.

28. Le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède s'intéressent de longue date aux questions environnementales en général et, spécialement, à la protection de l'environnement en période de conflit armé. À la trente et unième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, en 2011, ils se sont engagés, notamment, « à mener et appuyer une étude concertée mettant en avant l'importance du cadre juridique existant pour la protection de l'environnement naturel dans les conflits armés contemporains et identifiant les lacunes dans ce domaine »⁴¹. La Norvège mène une étude de ce type⁴².

29. Au Danemark, les forces armées sont assujetties à la législation interne dans les domaines tels que l'aménagement urbain, l'énergie et l'environnement. Cela dit, certaines dérogations et réglementations sont propres à l'armée, par exemple, les règles régissant l'installation de turbines éoliennes à proximité des bases aériennes et sites d'entraînement⁴³ et les dérogations à l'ordonnance portant contrôle des substances dangereuses accordées aux complexes ou camps militaires⁴⁴. Au nombre des lois internes présentant un intérêt pour la protection de l'environnement, il convient de mentionner la loi portant réparation

⁴¹ Engagement n° 1290, présenté par le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède et les sociétés nationales de la Croix-Rouge du Danemark, de la Finlande, de la Norvège et de la Suède ; disponible à l'adresse suivante : www.icrc.org/pledges.

⁴² Le Ministère norvégien des affaires étrangères a chargé l'Institut international de droit et de politique d'Oslo de mener cette étude.

⁴³ Loi n° 1036 sur la navigation aérienne du 28 août 2013, par. 67 et 68 ; disponible à l'adresse suivante : www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=158058.

⁴⁴ Ordonnance sur la gestion des risques ; disponible à l'adresse suivante : www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=13011.

⁴⁰ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission, 23^e séance (A/C.6/68/SR.23), par. 54.

des dommages causés à l'environnement⁴⁵ et la loi générale sur la protection de l'environnement, qui, selon son article premier, vise à protéger la nature et l'environnement de sorte que la société se développe de façon viable, dans le respect des conditions de vie humaines et de la préservation de la vie animale et végétale⁴⁶.

30. Outre la législation interne, le Ministère danois de la défense a également un certain nombre de stratégies et de dispositions générales concernant l'environnement. Selon la stratégie relative à l'environnement, le Danemark s'efforce d'aligner ses politiques en matière d'environnement sur les normes écologiques établies par l'Organisation internationale de normalisation (ISO)⁴⁷. Avant la fin de 2018, toutes les divisions du Ministère de la défense devraient appliquer ces normes de gestion environnementale⁴⁸. Dans le cadre d'opérations internationales, les forces armées respectent les normes et dispositions internationales de protection de l'environnement, comme celles de l'OTAN⁴⁹.

31. En Finlande, la plupart des lois sur l'environnement à l'échelle européenne ou au niveau interne consacrent des dispositions spéciales à l'armée. Les forces de défense finlandaises se conforment autant que possible à la législation sur l'environnement. En théorie, elle comporte des dérogations venant préserver le bon déroulement et la souplesse des opérations de défense. Dans la pratique, toutefois, elles sont rarement appliquées, comme celles concernant les émissions de bruit par les avions de chasse ou la loi sur les déchets⁵⁰. Une réglementation spéciale constituée de lois et de décrets sur diverses zones naturelles protégées permet à l'armée d'utiliser ces zones⁵¹. Dans le cadre de l'Union européenne, il est prévu une exemption majeure du règlement concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques pour les substances utilisées par l'armée⁵².

⁴⁵ Ministère de la justice, loi n° 225 du 6 avril 1994 portant réparation des dommages causés à l'environnement; disponible à l'adresse suivante : www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=59346.

⁴⁶ Loi n° 879 du 26 juin 2010 sur la protection de l'environnement; disponible à l'adresse suivante : www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=132218.

⁴⁷ Danemark, Ministère de la défense, *Stratégie du Ministère de la défense relative à l'environnement et à la nature, 2012-2015*, Copenhague, 2012, p. 17; disponible à l'adresse suivante : www.fimn.dk/eng/news/Documents/Miljoe_og_naturstrategi_2012-2015_english.pdf. Pour de plus amples informations, voir Organisation internationale de normalisation, *La famille ISO 14000 des normes internationales pour le management environnemental*; disponible à l'adresse suivante : www.iso.org/iso/fr/theiso14000family_2009.pdf.

⁴⁸ Danemark, Ministère de la défense, *Stratégie du Ministère de la défense relative à l'environnement et à la nature, 2012-2015* (voir la note précédente), p. 17.

⁴⁹ Pour plus d'informations sur les normes et politiques de l'OTAN relatives à l'environnement, voir notamment à l'adresse suivante : www.nato.int/cps/en/natolive/topics_80802.htm.

⁵⁰ Loi sur les déchets 646/2011; disponible à l'adresse suivante : www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110646.

⁵¹ Échange de courriels entre le Ministère finlandais de la défense et la Rapporteuse spéciale.

⁵² Voir Règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques, modifiant la directive 1999/45/CE et abrogeant le Règlement (CEE) n° 793/93 du Conseil et le Règlement (CE) n° 1488/94 de la Commission ainsi que la directive 76/769/CEE du Conseil et les directives 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE et 2000/21/CE de la Commission, *Journal officiel de l'Union européenne*,

32. Toujours en Finlande, les problèmes et les impacts environnementaux sont évalués dans le cadre de la planification des opérations, avant toute opération ou formation militaire majeure, et le pays se conforme aux accords de normalisation de l'OTAN, documents décrivant les modalités de la planification⁵³. En outre, pour les opérations internationales, des études environnementales de référence sont menées avant tout déploiement de l'armée⁵⁴.

33. Le Ministère finlandais de la défense publie et renouvelle périodiquement une stratégie communautaire en matière d'environnement. Le Ministère et la société chargée de l'administration des biens immobiliers des forces de défense ont leurs propres politiques de protection de l'environnement conformes aux directives de la norme ISO. Certaines garnisons ont des systèmes de gestion environnementale certifiés ISO et l'ensemble de l'administration applique des normes ISO. Le Ministère de la défense dispose également d'un plan de mise en œuvre stratégique pour la protection de l'environnement⁵⁵ et, depuis récemment, met systématiquement au point des mesures de protection de l'environnement concernant les polygones de tir d'artillerie et d'artillerie lourde⁵⁶. En outre, il publie régulièrement un rapport environnemental⁵⁷.

34. La Norvège possède un manuel⁵⁸ et un plan d'action⁵⁹ de protection de l'environnement dans l'armée. Dans le plan d'action, le Ministère norvégien de la défense indique qu'étant donné le caractère transfrontière de nombreux problèmes environnementaux il importe de trouver des solutions communes dépassant les frontières nationales⁶⁰. La participation aux opérations de maintien de la paix appelle également une coopération internationale aux fins de la mise au point de cadres et d'objectifs de protection de l'environnement⁶¹.

35. Conformément à leur politique de gestion de l'environnement, les forces armées norvégiennes, tiennent compte des questions environnementales dans tous les

n° L 396, 30 décembre 2006, p. 1, paragraphe 3 de l'article 2 (concernant les exemptions au Règlement dans des cas spécifiques pour certaines substances lorsque les intérêts de la Défense le commandent).

⁵³ Voir OTAN, *Accord de normalisation STANAG 7141 : Doctrine interarmées de l'OTAN relative à la protection de l'environnement au cours d'activités militaires dirigées par l'OTAN*, édition 6, Bruxelles, 2014.

⁵⁴ Échange de courriels entre le Ministère finlandais de la défense et la Rapporteuse spéciale. Il convient également de noter qu'en outre le Ministère finlandais des affaires étrangères apporte un concours financier non négligeable aux travaux du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) dans le domaine de la protection de l'environnement à l'occasion d'opérations de maintien de la paix.

⁵⁵ Warsta, *Conference Proceedings of the European Conference of Defence and the Environment, Helsinki, May 2013*, p. 165 à 172.

⁵⁶ D'après le Ministère finlandais de la défense, l'investissement en matière de protection de l'environnement s'élève actuellement à 6 ou 7 millions d'euros par an rien qu'au titre de la recherche-développement et de l'aménagement des installations. Échange de courriels entre le Ministère finlandais de la défense et la Rapporteuse spéciale.

⁵⁷ Voir, par exemple, le rapport portant sur la période comprise entre 2010 et 2012 (en finnois), disponible à l'adresse suivante : www.defmin.fi/files/2585/Puolustushallinnon_ymparistoraportti2010_2012.pdf.

⁵⁸ Forces armées norvégiennes, *Håndbok. Miljøvern i Forsvaret*, Oslo, 2013.

⁵⁹ Norvège, Ministère de la défense, *Handlingsplan – Forsvarets miljøvernarbeid*.

⁶⁰ Ibid., p. 27.

⁶¹ Ibid.

processus de planification et de prise de décision⁶². Elles s'inspirent de la norme internationale ISO, qui permet d'harmoniser et de normaliser la gestion de l'environnement⁶³. En outre, elles ont créé une base de données sur l'environnement dans laquelle toutes les unités inscrivent leurs activités, produits ou services qui pourraient avoir une incidence sur l'environnement⁶⁴.

36. Les forces armées norvégiennes ont mené des opérations dans des zones où la pénurie de ressources a été la source des conflits. Selon leur manuel, les changements climatiques continueront sans doute d'avoir des répercussions sur les activités militaires, soit dans le cadre des opérations menées dans les zones touchées par le manque de ressources soit du fait de l'arrivée de réfugiés en provenance de ces régions⁶⁵. Par conséquent, il leur est indispensable d'avoir une connaissance suffisante des changements environnementaux aux niveaux mondial et local pour comprendre les origines du conflit en question et éviter une détérioration des conditions environnementales dans ces régions⁶⁶.

37. Citant de nombreuses études du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) ayant trait aux effets néfastes de la guerre sur l'environnement, le manuel précise que les forces armées norvégiennes ne doivent pas entamer la valeur des ressources naturelles et environnementales des zones où elles opèrent à l'étranger. Lorsqu'il y a des différences entre les dispositions de la législation norvégienne et celles de la zone d'opérations, la norme la plus stricte s'applique dans la mesure du possible, compte tenu des impératifs opérationnels et d'autres conditions applicables. Toutefois, le manuel met également en avant la difficulté de cerner la situation environnementale locale dans un pays étranger et, par conséquent, recommande de consulter les organismes locaux de protection de l'environnement ou d'autres acteurs disposant d'informations utiles sur le sujet afin d'adapter la mission autant que possible aux conditions locales et d'éviter de causer des dégâts à l'environnement⁶⁷.

38. Dans le cadre de ses activités de réduction de l'utilisation de produits chimiques toxiques, la Norvège a, en 2005, interdit les balles à base de plomb et conclu un accord volontaire pour l'élimination progressive de l'utilisation de munitions contenant du plomb dans les sites d'entraînement militaire⁶⁸.

39. En Suède, les forces armées sont régies par la législation interne suédoise, c'est-à-dire le Code de l'environnement⁶⁹, d'autres lois internes, des permis environnementaux et d'autres règles internes. Accordés conformément au

⁶² Forces armées norvégiennes, *Bestemmelser for miljøvern til bruk i Forsvaret*, Oslo, 2011, par. 3.1.

⁶³ Pour de plus amples informations sur les normes ISO concernant la protection de l'environnement, voir Organisation internationale de normalisation, *La famille ISO 14000 des normes internationales pour le management environnemental* (voir *supra* la note 47).

⁶⁴ Forces armées norvégiennes, *Bestemmelser for miljøvern til bruk i Forsvaret* (voir *supra* la note 62), par. 3.3.

⁶⁵ Forces armées norvégiennes, *Håndbok. Miljøvern i Forsvaret* (voir *supra* la note 58), p. 17.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid., p. 48 et 49.

⁶⁸ Ibid., p. 101.

⁶⁹ Suède, Code des lois 1998 : 808.

Code de l'environnement, les permis environnementaux sont généralement gérés par le conseil d'administration du comté compétent⁷⁰. Chaque commandant d'unité est personnellement responsable de vérifier que les exigences du permis environnemental sont bien respectées⁷¹.

40. Les forces armées de la Suède, de la Finlande et des États-Unis sont dotées d'un manuel ainsi que d'une « boîte à outils » conjointe sur la protection de l'environnement⁷². Ces documents mettent l'accent sur l'importance de prévenir les dégâts causés à l'environnement, en évaluant, par exemple, les risques de dommages à l'environnement naturel. La boîte à outils met en avant les questions techniques ci-après : gestion des déchets solides ; gestion des matières dangereuses et des déchets dangereux ; gestion de l'eau et des eaux usées ; prévention des marées noires et planification des interventions ; protection de la propriété culturelle ; et protection des ressources naturelles⁷³. Les forces armées suédoises collaborent également avec les forces armées norvégiennes et d'autres acteurs dans le cadre d'un exercice militaire d'intervention commune dans le nord de la Norvège (Cold Response). Il en est résulté une baisse considérable du coût des dommages causés au territoire concerné⁷⁴.

41. Depuis 2006, l'Agence suédoise de recherche sur la défense se penche sur l'adaptation des missions de maintien de la paix de l'Organisation des Nations Unies aux conditions environnementales et sur le renforcement de la prise en compte de l'importance des questions environnementales à la fois comme cause de conflit et facteur de succès de la mission⁷⁵. Elle a contribué au rapport intitulé *Greening Peace Operations – Policy and Practice*⁷⁶.

42. Outre les informations communiquées par les États, la Rapporteuse spéciale a également obtenu des informations directement d'organisations internationales, de même que des informations les concernant.

A. Missions de maintien de la paix de l'Organisation des Nations Unies

43. Les questions environnementales occupent également une place de premier plan dans les opérations de

⁷⁰ Code de l'environnement, chap. 9, sect. 8.

⁷¹ Échange de courriels entre le Ministère suédois de la défense et la Rapporteuse spéciale.

⁷² *Environmental Guidebook for Military Operations*, mars 2008 ; disponible à l'adresse suivante : www.defmin.fi/files/1256/Guidebook_final_printing_version.pdf.

⁷³ Environmental Toolbox for Deploying Forces (« boîte à outils sur l'environnement destinée aux forces en déploiement »), mise au point grâce à la coopération trilatérale de spécialistes de l'environnement des forces de défense de la Finlande, de la Suède et des États-Unis, disponible à l'adresse suivante : www.defmin.fi/files/2505/02_Heikkila_Sami.pdf.

⁷⁴ Au fil des ans, le coût aurait baissé, passant de 10 millions de couronnes suédoises à un montant compris entre 1 et 2 millions de couronnes, grâce à une meilleure prise de conscience des coûts et des dommages environnementaux et des solutions de prévention.

⁷⁵ La participation de la Suède remonte à plusieurs décennies, c'est-à-dire depuis le prédécesseur de l'Agence suédoise de recherche sur la défense.

⁷⁶ Waleij et al., *Greening Peace Operations – Policy and Practice*. L'Agence suédoise de recherche sur la défense est un partenaire du Département des opérations de maintien de la paix et du Département de l'appui aux missions.

maintien de la paix de l'Organisation des Nations Unies. Le Département des opérations de maintien de la paix et le Département de l'appui aux missions sont conscients des risques que leurs opérations représentent pour l'environnement local. Ils s'emploient donc activement à garantir la préservation de l'environnement. Ensemble, ils ont élaboré une politique générale en matière d'environnement. Avec leurs partenaires, ils ont récemment mis en avant la nécessité d'adopter une démarche plus systématique et plus claire en matière d'évaluation environnementale et de suivi, dans le cadre de la gestion de l'ensemble des opérations.

44. Ces activités s'inscrivent dans l'initiative du Secrétaire général « Du bleu au vert ». En mai 2012, le PNUE a publié son rapport *Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*, dans lequel il précise, notamment, que les missions de l'Organisation des Nations Unies peuvent jouer un rôle majeur dans l'examen et la prévention des problèmes, comme veiller à ce que les conditions sanitaires des missions de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation soient suffisantes de façon à éviter la pollution des voies navigables locales⁷⁷, ainsi que dans la lutte contre le déboisement et le commerce illégal de ressources naturelles en République démocratique du Congo⁷⁸.

B. Organisation du Traité de l'Atlantique Nord

45. Tous les plans d'opérations de l'OTAN prennent en considération les questions environnementales dans le processus même de planification, ainsi que le prescrivent les Principes et dispositions militaires de l'OTAN en matière de protection de l'environnement⁷⁹. Il ressort de ce document que la protection de l'environnement « a pris de l'importance » au niveau mondial et qu'« il est de plus en plus de règles ou de cadres juridiques visant à protéger l'environnement pendant les activités prescrites ou à réduire les effets des comportements à risques »⁸⁰. S'agissant de la mise en œuvre, selon le document, les commandements stratégiques sont responsables d'intégrer ces principes et dispositions dans les concepts, directives et procédures, en accord avec

⁷⁷ Jensen et Halle, *Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*, p. 8 et 33.

⁷⁸ Ibid., p. 37.

⁷⁹ NATO Military Principles and Policies for Environmental Protection (MC 0469/1), octobre 2011.

⁸⁰ Par. 1.

les pays, les membres de l'OTAN et les pays partenaires étant encouragés à s'adapter en conséquence⁸¹.

46. La longue liste de références et de documents produits par l'OTAN sur cette question et sur des sujets connexes témoigne de l'importance que l'OTAN accorde à ces questions⁸². Ainsi, la Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces et des accords similaires consacrent aussi des dispositions sur la protection de l'environnement. En outre, l'OTAN est partie à plusieurs accords de normalisation concernant divers domaines de la protection de l'environnement⁸³.

C. Conclusions et clause de non-responsabilité

47. Bien entendu, les données recueillies à ce jour auprès des États sur les pratiques et politiques en temps de paix et durant les opérations internationales de maintien de la paix étant peu nombreuses, il est impossible d'affirmer qu'il existe une pratique universelle. Il n'est pas non plus possible d'établir l'existence d'un droit international coutumier. Cependant, on constate une prise de conscience des États et des organisations internationales et une volonté manifeste de tenir compte des questions environnementales dans la planification et la conduite des opérations militaires en temps de paix. À en juger par les dates des sources du droit et des politiques communiquées, il s'agit là d'une nouvelle tendance, preuve que l'on prend conscience que les questions environnementales ne sauraient être méconnues. On imagine mal des opérations internationales de maintien de la paix et de coopération militaire qui ne seraient précédées d'aucune analyse environnementale. Il est particulièrement intéressant de voir que les exemples viennent de régions différentes. Les informations détaillées communiquées par les États nordiques servent d'exemple, mais le même type d'informations pourrait émaner d'autres régions.

48. La Rapporteuse spéciale reste convaincue que davantage d'États ont adopté cette démarche ou sont en passe de le faire et, par conséquent, souhaiterait que les États qui ne l'ont pas encore fait répondent à la demande d'informations de la Commission. Les États et les organisations sont également invités à prendre directement contact avec la Rapporteuse spéciale.

⁸¹ Par. 9.

⁸² Pour plus d'informations sur la politique de l'OTAN relative à la protection de l'environnement, voir à l'adresse suivante : www.nato.int/cps/en/natolive/topics_80802.htm.

⁸³ Échange de courriels entre le Bureau des affaires juridiques de l'OTAN et la Rapporteuse spéciale.

CHAPITRE V

Objet du présent rapport

49. Le présent rapport préliminaire propose à titre liminaire un survol de la première phase du sujet, à savoir les règles et principes applicables en cas de conflit armé potentiel (obligations en temps de paix). Étant axé sur la première phase, le rapport ne traitera pas à proprement parler des mesures à prendre pendant ou après un conflit

armé, même si des actions préparatoires nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures s'imposaient avant l'éclatement d'un conflit armé.

50. La Rapporteuse spéciale ne traitera ici ni du contexte général ni de l'intérêt du sujet car elle est d'avis

qu'il serait redondant de le faire et préfère renvoyer au programme du rapport établi par la Commission sur les travaux de sa soixante-troisième session⁸⁴. Ainsi, il ne sera pas question ici des travaux menés par d'autres organismes, tels que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), ni de documents majeurs comme la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)⁸⁵ et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁸⁶.

51. Aux fins du présent rapport, la Rapporteuse spéciale a retenu les éléments ci-après :

a) les opinions exprimées pendant les consultations informelles de la Commission ;

b) les vues exprimées par les États à la Sixième Commission ;

c) les informations écrites présentées par les États en réponse à la demande formulée par la Commission au chapitre III du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-cinquième session ;

d) les informations obtenues recueillies directement auprès des États et des organisations internationales.

52. Le présent rapport examinera certains aspects relatifs au champ d'application et à la méthodologie, ainsi que l'emploi de certains termes et les sources à retenir, avant d'envisager le sujet dans ses relations avec d'autres sujets déjà traités par la Commission, tels que :

a) les effets des conflits armés sur les traités ;

b) les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation ;

c) les ressources naturelles partagées ;

d) la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et la répartition des pertes consécutives à de tels dommages⁸⁷.

53. Le présent rapport évoquera également les travaux en cours de la Commission de nature à présenter quelque intérêt aux fins du sujet non pas tant pour revenir sur les travaux de la Commission, que par souci de cohérence.

54. La première phase sera ensuite examinée quant au fond, en identifiant les obligations et principes juridiques

résultant du droit international de l'environnement qui pourraient servir de lignes directrices pour les mesures préventives à prendre en vue de réduire les incidences négatives qu'un conflit armé potentiel pourrait avoir sur l'environnement. Les principes et règles de précaution et de prévention, qui sont particulièrement importants, seront présentés de façon approfondie. En outre, les obligations juridiques existantes dans d'autres domaines du droit international, comme les droits de l'homme, y compris le concept de développement durable, seront évoquées brièvement dans la mesure où elles présentent quelque intérêt aux fins du sujet.

55. La loi en vigueur en temps de paix étant pleinement applicable en l'absence de conflit armé, il s'agit ici d'identifier les règles et principes applicables en temps de paix qui présentent quelque intérêt pour le sujet. À ce stade des travaux, il serait prématuré d'essayer d'évaluer la mesure dans laquelle ces règles peuvent continuer de s'appliquer (ou d'avoir une incidence) en temps ou au lendemain de conflit armé. Ainsi, bien que le principe de précaution et l'obligation de mener des études d'impact sur l'environnement aient leurs pendant dans le droit international humanitaire, dans le cadre du droit des conflits armés ces règles diffèrent grandement des obligations applicables en temps de paix. Cela dit, on peut faire valoir qu'en temps de guerre comme en temps de paix certains aspects de l'objet et du but fondamentaux de ces obligations sont tout à fait similaires ; ainsi, une comparaison de ces règles sera effectuée dans un rapport à venir sur la deuxième phase du sujet.

56. La Rapporteuse spéciale se bornera à envisager dans le présent rapport les principes, concepts et obligations les plus importants, au lieu de tenter de déterminer les conventions qui continuent de s'appliquer en temps de conflit armé. Elle a ainsi renoncé à recenser tous les accords internationaux ou bilatéraux qui réglementent la protection de l'environnement ou des droits de l'homme⁸⁸, partant du principe que ces traités sont pleinement applicables en temps de paix.

57. Il convient de rappeler que la période allant de 1976 à nos jours présente un intérêt particulier aux fins du sujet. C'est en effet en 1976 qu'a été adoptée la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, qui sera suivie un an plus tard par le Protocole I. L'importance de ces deux instruments juridiques tient au fait qu'ils étaient les premiers à prévoir expressément la protection de l'environnement en temps de conflit armé⁸⁹. Leurs dispositions relatives à la protection de l'environnement sont les produits de leur temps, en ce sens qu'elles reflètent les intérêts et les préoccupations écologiques de la communauté internationale qui se formait à l'époque⁹⁰.

⁸⁴ Voir *supra* la note 1.

⁸⁵ Voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), chap. I.

⁸⁶ Pour la compilation des traités et déclarations politiques, voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), annexe V, appendice I, p. 223.

⁸⁷ Avec le concours du Secrétariat, la Rapporteuse spéciale a recensé les questions déjà étudiées par la Commission qui pourraient avoir quelque intérêt aux fins du présent sujet.

⁸⁸ On trouvera une vue d'ensemble des traités pertinents et des pratiques non réglementées par des traités dans la présentation du sujet : voir *supra* la note 86.

⁸⁹ 174 États sont parties au Protocole, et 76 sont parties à la Convention.

⁹⁰ Ce point est exposé dans la présentation du sujet : voir *supra* la note 1.

CHAPITRE VI

Réflexions sur le champ d'application, la méthodologie et les résultats du sujet, compte tenu des précédents débats tenus à la Commission et à l'Organisation des Nations Unies

58. Les questions intéressant le champ d'application, la méthodologie et les résultats escomptés des travaux sur ce sujet ont fait l'objet de débats pendant les consultations menées lors de la soixante-cinquième session de la Commission, en 2013⁹¹. La Rapporteuse spéciale continue de penser, comme elle l'a énoncé à ladite session, qu'il convient d'envisager le sujet selon une perspective temporelle et non sous l'angle des différents régimes du droit international, comme le droit de l'environnement, le droit des conflits armés et le droit des droits de l'homme. Elle propose donc à la Commission d'envisager le sujet selon trois phases temporelles : avant, pendant et après un conflit armé (soit les première, deuxième et troisième phases), ce qui faciliterait l'étude du sujet et permettrait de le circonscrire plus aisément. La Commission pourrait ainsi discerner clairement les questions juridiques relatives au sujet qui seraient susceptibles de surgir pendant les différentes phases d'un conflit armé, et dégager des conclusions et lignes directrices concrètes.

59. La Rapporteuse spéciale estime également que les travaux devraient être essentiellement axés sur la première phase, à savoir les obligations applicables en temps de paix qui présentent un intérêt en cas de conflit armé potentiel, ainsi que sur la troisième phase, à savoir les mesures à prendre au lendemain d'un conflit, la deuxième phase devant être l'occasion d'envisager les cas des conflits armés n'ayant pas un caractère international.

60. Si, pendant la soixante-cinquième session, les membres de la Commission ont, de manière générale, accueilli favorablement l'approche du sujet selon ces phases temporelles, les avis ont divergé quant à l'importance relative qu'il fallait accorder à chacune des phases. Plusieurs membres ont estimé que la deuxième phase (règles applicables en temps de conflit armé) était la plus importante, d'autres privilégiant soit la première soit la troisième, soit les deux. La divergence d'opinions au sein de la Commission rappelle celle relevée parmi les États pendant le débat à la Sixième Commission.

61. Comme la Rapporteuse spéciale l'a cependant déjà indiqué, s'il peut être utile d'articuler le sujet en phases, on ne saurait établir de division tranchée entre les différentes phases, car telle ligne de démarcation serait artificielle et donnerait une fausse idée de la manière dont les dispositions juridiques en la matière trouvent à s'appliquer. Le droit des conflits armés, par exemple, consiste en un ensemble de règles applicables avant, pendant et après un conflit armé. L'approche par phases temporelles facilite l'appréhension du sujet et permet d'en délimiter le champ. L'évolution des travaux viendra mettre en évidence l'interprétation des dispositions juridiques relatives aux différentes phases.

62. En définitive, quelle que soit l'importance relative accordée à chaque phase, le point de départ des travaux

de la Commission sur ce sujet doit rester le même : la Commission n'a ni l'intention ni la capacité de modifier le droit des conflits armés. La Rapporteuse spéciale lui propose de s'intéresser à l'établissement et à l'articulation des principes directeurs et des obligations relatifs à la protection de l'environnement résultant du droit international, dans le contexte : a) de la préparation en vue d'un conflit armé potentiel ; b) de la conduite d'un conflit armé ; et c) des mesures à prendre après un conflit face aux dommages infligés à l'environnement.

63. Avant toute chose, il est également utile de recenser quelques questions particulières que la Rapporteuse spéciale propose d'exclure du champ du présent sujet. En cherchant à dégager des lignes directrices concrètes ou des conclusions (quelle que soit la forme définitive que prendra le résultat du sujet), elle n'a jamais perdu de vue la nécessité de circonscrire le champ du sujet pour des raisons d'ordre pratique, de procédure et de fond ; d'où l'intérêt d'en exclure certaines questions ou de les aborder avec circonspection.

64. Tout d'abord, la Rapporteuse spéciale propose d'exclure du sujet les situations où les pressions s'exerçant sur l'environnement, notamment l'exploitation des ressources naturelles, provoquent un conflit armé ou y contribuent, étant d'avis que l'étude des causes fondamentales des conflits armés n'y a pas sa place. Pour autant, cela ne revient pas à dire que ces questions ne constituent pas en soi des sujets importants⁹².

65. En outre, la Rapporteuse spéciale hésite à envisager la question de la protection du patrimoine culturel dans le cadre du sujet, la protection des biens culturels étant fortement réglementée par des conventions internationales spéciales, essentiellement par des conventions de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), qui couvrent aussi bien les périodes de paix que les situations de conflit armé⁹³. Il convient cependant de noter qu'un État⁹⁴ et certains membres de la Commission ont encouragé la Rapporteuse spéciale à faire une place à la question du patrimoine culturel dans le sujet.

⁹² Pour en savoir plus sur l'état du débat sur ce point, voir Das, *Environmental Protection, Security and Armed Conflict: A Sustainable Development Perspective*, en particulier la discussion sur les alertes précoces, les mesures rapides et la prévention des menaces pesant sur la sécurité environnementale au chapitre 3, p. 66 et suiv.

⁹³ La Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et ses Protocoles (1954 et 1999). L'une des tâches du Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé est de surveiller l'application du second Protocole. L'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) est dotée d'une solide structure d'assistance à la protection du patrimoine culturel, y compris en temps de conflit armé, qui prévoit des mesures d'urgence. Pour toute information sur les activités de l'UNESCO, voir à l'adresse suivante : www.unesco.org/new/fr/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/convention-and-protocols/1954-hague-convention/.

⁹⁴ Italie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission, 24^e séance (A/C.6/68/SR.24)*, par. 4.

⁹¹ Voir *supra* la note 1. Les débats ont été tenus à partir d'un document de travail informel soumis par le Président, qui devait être rapproché de la présentation du sujet établie en 2011.

66. Pendant les consultations informelles menées en 2013 au sein de la Commission, certains membres ont déconseillé de retenir la question des armes, d'autres ayant été d'avis contraire. Les mêmes divergences sont apparues pendant le débat à la Sixième Commission⁹⁵. La Rapporteuse spéciale persiste à dire que la question des effets de telles ou telles armes n'a pas sa place dans le champ du sujet, les «armes» ne devant pas davantage être envisagées comme une question distincte. Le droit des conflits armés, applicable en temps de conflit armé, couvre toutes les armes au même titre juridiquement, à savoir l'interdiction fondamentale d'employer des armes, des projectiles et du matériel, ainsi que des méthodes de guerre, de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles. Il est également interdit d'utiliser des armes incapables de distinguer entre les objectifs civils et militaires, et dont les effets ne peuvent pas être limités. Les questions relatives à telles ou telles armes visées par cette interdiction ont toujours suscité des divergences de vues. Par conséquent, les États ont choisi de conclure des traités spéciaux pour différentes armes, comme les balles expansives, les armes chimiques, les mines terrestres et les armes à laser aveuglantes. En outre, les États ne sont pas tous mus par la même logique pour conclure ce type d'accord. Ainsi, leurs avis peuvent diverger quant à la façon de considérer les accords et telles ou telles dispositions : comme mesure de désarmement, mesure du droit

⁹⁵ Voir chap. II *supra*.

des conflits armés, ou les deux. Cette interprétation souple s'est avérée très précieuse pour la réalisation de la finalité première, à savoir l'interdiction ou la limitation de l'emploi de telle ou telle arme.

67. Enfin, la Rapporteuse spéciale est d'avis que la question du droit des réfugiés, ou plus précisément des conséquences des mouvements de réfugiés ou de personnes déplacées sur l'environnement, doit être envisagée avec circonspection. On peut devenir réfugié ou personne déplacée pour diverses raisons, dont certaines sont étrangères à tout conflit armé. Les camps de réfugiés peuvent abriter des personnes, quelle que soit leur prétention au statut de réfugié. Il faut cependant reconnaître que des millions de personnes doivent fuir leur foyer en raison d'un conflit armé, et peuvent devenir des réfugiés ou des personnes déplacées. L'impact de ces exodes ou des camps de réfugiés ou de déplacés sur l'environnement, qui peut être considérable, a donné lieu à des demandes d'indemnisation pour destruction des terres⁹⁶. Certains membres de la Commission et quelques États sont d'avis qu'il faut étudier ces questions, et la Rapporteuse spéciale convient qu'il est impossible de les méconnaître entièrement. Cependant, vu la complexité du sujet et les protections juridiques offertes aux victimes de guerre, elle pense qu'il convient d'envisager ces questions avec prudence.

⁹⁶ Il en est tenu compte dans la présentation du sujet : voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), annexe V, par. 10, p. 218.

CHAPITRE VII

Emploi de termes

68. Une première question à examiner à ce stade est la définition des termes clefs que sont «conflit armé» et «environnement». On trouvera ci-après des propositions de définitions présentées afin de faciliter les débats. Il ne s'agit pas à ce stade des travaux de demander l'approbation de la Commission pour communiquer ces suggestions au Comité de rédaction. Ce serait prématuré. Il arrive souvent que des définitions doivent être affinées et adoptées à un stade plus avancé des travaux, lorsqu'on comprend mieux quel en sera l'aboutissement. Toutefois, il importe de recevoir un premier avis de la Commission sur les définitions proposées dans le présent rapport. En outre, il semblait important de mentionner certaines questions pouvant se poser lorsqu'on définit ces termes. Les suggestions se fondent sur des définitions précédemment adoptées par la Commission. Il va de soi qu'elles sont destinées au contexte spécifique des travaux dans lesquels elles s'inscrivent. Elles sont cependant utiles, compte tenu en particulier de l'effort considérable que la Commission y a consacré.

A. « Conflit armé »

69. Dans le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, la Commission a défini la formulation «conflit armé» comme suit :

[L]'expression «conflit armé» s'entend de situations où il y a recours à la force armée entre États ou recours prolongé à la force armée entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés⁹⁷.

⁹⁷ Ibid., projet d'article 2 b, p. 108.

70. Cette définition a été élaborée aux fins du projet d'articles. Les commentaires indiquent clairement qu'elle découle de la définition employée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'arrêt rendu en l'affaire *Tadić*⁹⁸. Les derniers mots de la « définition » donnée par le Tribunal ont cependant été omis. Dans l'arrêt en question, il décrit le conflit armé en ces termes :

[U]n conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés *ou entre de tels groupes au sein d'un État**

71. Dans ses travaux sur les effets des conflits armés sur les traités, la Commission a décidé de supprimer les derniers mots de la définition («ou entre de tels groupes au sein d'un État»), le projet d'articles étant censé s'appliquer aux seules situations impliquant au moins un État partie au traité⁹⁹. La définition a été adoptée à l'issue d'analyses approfondies et de longues discussions. Elle s'écarte néanmoins d'interprétations de l'expression

⁹⁸ 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, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. 1, p. 428, par. 70.

⁹⁹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 110, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 1 du projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités.

«conflit armé» résultant d'autres instruments¹⁰⁰. Un exemple notable est le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. La Cour est compétente, entre autres, pour les violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international. Le paragraphe 2 f de l'article 8 du Statut de Rome s'applique ainsi aux «conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux». Il ne vise pas les «situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire»¹⁰¹. La définition résultant du Statut de Rome est donc presque identique à celle employée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Tadić*. La définition du Tribunal s'écarte cependant d'une proposition du CICR¹⁰² et d'une définition suggérée par l'Institut de droit international¹⁰³.

72. Il ressort de cette brève description de l'emploi de l'expression «conflit armé» qu'il ne suffira peut-être pas d'utiliser la définition résultant des articles sur les effets des conflits armés sur les traités. Aux fins du présent sujet, il conviendrait de modifier la définition en y visant les conflits avec des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État. La définition serait ainsi à peu de chose près la même que celle dégagée dans l'affaire *Tadić*, consacrée désormais dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

73. La Commission pourrait donc retenir l'une des solutions ci-après :

a) adopter la définition du projet d'article 2 du projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités puis la modifier, le but étant d'envisager les situations de conflit armé se déroulant sans l'intervention d'un État ;

b) dégager deux définitions distinctes, l'une des conflits armés internationaux et l'autre des conflits armés non internationaux ;

c) proposer une nouvelle définition aux fins des travaux sur le présent sujet ; ou

¹⁰⁰ Voir par exemple les articles 2 et 3 communs aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre et l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II).

¹⁰¹ Art. 8, par. 2 f.

¹⁰² Le CICR a proposé les définitions suivantes dans l'article « Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ? », prise de position du CICR, mars 2008 (disponible à l'adresse suivante : www.icrc.org/fre/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-fre.pdf) : « 1. Il y a un conflit armé international chaque fois qu'il y a un recours à la force armée entre deux ou plusieurs États. 2. Un conflit armé non international est un affrontement armé prolongé qui oppose les forces armées gouvernementales aux forces d'un ou de plusieurs groupes armés, ou de tels groupes armés entre eux, et qui se produit sur le territoire d'un État [partie aux Conventions de Genève]. Cet affrontement armé doit atteindre un niveau minimal d'intensité et les parties impliquées dans le conflit doivent faire preuve d'un minimum d'organisation. »

¹⁰³ « Les effets des conflits armés sur les traités », résolution adoptée par l'Institut de droit international le 28 août 1985, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61-II (session d'Helsinki, 1985), p. 279 ; disponible sur le site Web de l'Institut, à l'adresse suivante : www.idi-iil.org, sous l'onglet Résolutions.

d) s'abstenir de définir «conflit armé».

74. La Rapporteuse spéciale suggère à la Commission de s'écarter de la définition du projet d'article 2 du projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, l'idée étant de pouvoir appréhender les situations de conflit armé se déroulant sans l'intervention d'un État. Les conflits armés non internationaux tomberaient ainsi dans le champ de la définition. Il convient de souligner qu'il existe un lien étroit entre le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et les présents travaux. Force est donc de justifier et d'expliquer toute déviation par rapport audit projet d'articles.

75. La deuxième solution consisterait à dégager deux définitions, l'une des conflits armés internationaux et l'autre des conflits armés non internationaux. La définition du conflit armé non international proposée par le CICR est plus précise que la «définition» dégagée en l'affaire *Tadić*, principalement en raison des seuils contenus dans la définition du CICR. Aux fins du présent sujet, une seule définition englobant les deux catégories devrait suffire.

76. La troisième solution qui consisterait à proposer une définition entièrement nouvelle aux fins des travaux sur le présent sujet plaît moins à la Rapporteuse spéciale. Il est bien plus productif de faire fond sur des définitions précédemment négociées et de tenter d'aligner les travaux de la Commission sur des définitions déjà adoptées. Ajouter encore une définition pourrait être source de confusion.

77. La dernière solution serait de s'abstenir purement et simplement de définir l'expression «conflit armé». On envisagerait le sujet par référence aux définitions et à tous aménagements résultant de nouveaux instruments et de la jurisprudence.

78. Compte tenu de ce qui précède, la définition ci-après est proposée :

«L'expression "conflit armé" s'entend de situations où il y a un recours à la force armée entre États ou un recours prolongé à la force armée entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État. »

B. « Environnement »

79. Dans ses travaux sur les projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, la Commission a défini le terme «environnement» comme suit :

Le terme «environnement» comprend les ressources naturelles, abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et les interactions de ces mêmes facteurs, et les aspects caractéristiques du paysage¹⁰⁴.

80. Notant qu'il n'y avait pas de définition internationalement reconnue de l'environnement, la Commission a jugé utile d'adopter une «définition de travail»¹⁰⁵. Elle a

¹⁰⁴ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 59, projet de principe 2 b.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 71, paragraphe 19 du commentaire relatif au projet de principe 2.

ainsi retenu une définition plus large, qui loin de se limiter aux ressources naturelles telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et leurs interactions englobe aussi des valeurs environnementales. Elle a choisi d'y inclure «des valeurs autres que celles des services rendus, comme l'esthétique du paysage¹⁰⁶», ce qui comprend la jouissance de la nature pour sa beauté naturelle et pour ses propriétés et ses atouts en matière de loisirs. Cette large conception se justifie par le caractère général et supplétif des projets de principe¹⁰⁷.

81. On notera que, pour dégager la définition susmentionnée, la Commission s'est inspirée de la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel. L'expression «patrimoine naturel» se définit comme suit :

– [I]es monuments naturels constitués par des formations physiques et biologiques ou par des groupes de telles formations qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue esthétique ou scientifique ;

– [I]es formations géologiques et physiographiques et les zones strictement délimitées constituant l'habitat d'espèces animale et végétale menacées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science ou de la conservation ;

– [I]es sites naturels ou les zones naturelles strictement délimitées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science, de la conservation ou de la beauté naturelle¹⁰⁸.

82. La Commission a également été conduite à adopter une approche globalisante par le raisonnement de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* :

[D]ans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages¹⁰⁹.

83. Solidement étayée, la définition donnée de l'environnement par la Commission est facile à comprendre. La Rapporteuse spéciale propose donc de l'utiliser comme point de départ aux fins du présent sujet. Il convient cependant de noter que l'une des dispositions les plus importantes sur la protection de l'environnement dans le contexte du droit des conflits armés renvoie non pas uniquement à l'«environnement» mais à l'«environnement naturel». Selon le paragraphe 3 de l'article 35 («Règles fondamentales») du Protocole I, il est «interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut s'attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à

*l'environnement naturel**». Le commentaire du CICR sur cet article fournit quelque explication de l'emploi de l'adjectif «naturel». La distinction est établie entre «environnement naturel» et «environnement humain». L'«environnement naturel» désigne le «système d'interrelations indissociables entre les organismes vivants et leur environnement inanimé», alors que les effets sur l'«environnement humain» s'entendent d'effets sur les «conditions et influences qui affectent la vie, le développement et la survie de la population civile et des organismes vivants»¹¹⁰. La Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, adoptée précédemment, parle de l'«environnement» sans aucune définition¹¹¹.

84. Comme pour la définition de l'expression «conflit armé», il s'offre ainsi à la Commission plusieurs solutions :

a) utiliser la définition des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses ;

b) adapter la définition des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses si les travaux à venir l'exigent ;

c) dégager une nouvelle définition aux fins des travaux sur le présent sujet ; ou

d) s'abstenir de définir le terme «environnement».

85. On retiendra que la Commission n'a pas défini le terme «environnement» dans le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation alors que le terme y est souvent employé, ni davantage dans le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières. Dans le contexte du présent sujet, une définition serait sans doute d'un grand intérêt s'agissant de délimiter le champ des conclusions auxquelles parviendra la Commission.

86. Étant d'avis que la définition résultant des principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses est un bon point de départ, la Rapporteuse spéciale propose la définition suivante du terme «environnement» :

«Le terme "environnement" comprend les ressources naturelles, abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et les interactions de ces mêmes facteurs, et les aspects caractéristiques du paysage.»

¹⁰⁶ Ibid., paragraphe 20 du commentaire relatif au projet de principe 2. Il convient de mentionner ici, parmi les ouvrages de référence sur l'analyse philosophique qui sous-tend les régimes de réparation des dommages causés à la biodiversité, Bowman, «Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm». Pour d'autres façons de définir les dommages à l'environnement, voir par exemple Sands, *Principles of International Environmental Law*, p. 876 à 878.

¹⁰⁷ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 71 et 72, paragraphe 20 du commentaire relatif au projet de principe 2.

¹⁰⁸ Article 2 de la Convention.

¹⁰⁹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, à la page 78, par. 140. La Cour a évoqué aussi à ce propos la nécessité de garder présents à l'esprit les intérêts intergénérationnels et intragénérationnels, ainsi que la demande impérieuse actuelle de développement durable.

¹¹⁰ Commentaire du CICR sur l'article 35 du Protocole I, par. 1451. Cette référence à l'«environnement naturel» est reprise dans le préambule de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination.

¹¹¹ La signification plus large du terme «environnement» dans cette Convention a été examinée en rapport avec l'adoption de l'article 35 : voir en particulier le commentaire du CICR sur l'article 35 du Protocole I, par. 1450 à 1452.

CHAPITRE VIII

Sources et autres documents à consulter

87. Les travaux sur le présent sujet s'inspireront nécessairement, entre autres, du droit des traités, de la pratique des États et des organisations internationales, du droit international coutumier, des principes généraux du droit international, de la jurisprudence et de la doctrine. Il convient d'évoquer brièvement chacune de ces sources dans le contexte du présent sujet.

88. Pour ce qui est du droit des traités, seuls quelques instruments régissent directement la protection de l'environnement en temps de conflit armé. Ces instruments entrent probablement dans la catégorie du droit des conflits armés (droit international humanitaire, droit de l'occupation et neutralité). En revanche, nombre de traités et de textes internes régissent des questions d'environnement. Certains de ces traités et textes législatifs prévoient des exceptions concernant les forces militaires, les opérations militaires ou le matériel militaire. Ces exceptions sont parfois expresses, comme dans la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets, qui dit clairement qu'elle ne s'applique pas aux « navires et aéronefs jouissant de l'immunité d'État qui leur est conférée par le droit international » mais que l'État [du pavillon], « par l'adoption de mesures appropriées, veille à ce que de tels navires et aéronefs dont [il] est propriétaire ou utilisat[eur] agissent de manière conforme aux buts et objectifs de la [...] Convention » et « informe l'Organisation [maritime internationale] en conséquence »¹¹².

89. En ce qui concerne le droit international coutumier, on notera toute la difficulté qu'il y a à discerner les règles de droit coutumier intéressant le présent sujet, compte tenu de la nature même de la planification militaire et des opérations militaires. L'abondance de la pratique et des réglementations internes ne doit pas automatiquement être interprétée comme l'expression de la coutume, l'élément d'*opinio juris* pouvant faire défaut. Les États eux-mêmes et les documents qu'ils publient soulignent qu'ils se fondent sur des instruments de droit souple tels que des manuels, directives et bonnes pratiques¹¹³, qui pourtant coexistent avec une législation interne contraignante et des instruments juridiques internationaux. Cependant, il y a parfois convergence des normes figurant dans les instruments de droit souple et de droit impératif, et les manuels, directives, bonnes pratiques et autres documents similaires ont une influence réelle sur la planification et la conduite d'opérations militaires. Cette influence est d'autant plus significative qu'elle traduit une prise de conscience ou une évolution de la position des États sur ces questions. Les bonnes pratiques peuvent aussi établir des normes que les tribunaux judiciaires ou arbitraux prennent en compte.

90. La Rapporteuse spéciale estime que les jugements et décisions des juridictions internationales présentent un intérêt particulier pour le présent sujet. En revanche, la pratique des tribunaux internes sera bien plus difficile à apprécier. Puisqu'il existe assurément une abondante jurisprudence fondée sur la législation interne, il serait bon d'obtenir de plus amples informations sur cette jurisprudence.

91. Les travaux s'inspireront également de ceux d'organisations internationales et régionales dans ce domaine. Plusieurs organismes des Nations Unies et organisations internationales s'intéressent à la protection de l'environnement en temps de conflit armé, notamment le PNUE, l'UNESCO et le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), ainsi que le CICR. Il en est de même d'organisations régionales telles que l'Union africaine, l'Union européenne, la Ligue des États arabes et l'Organisation des États américains. Les membres de la Commission ont appuyé et encouragé les consultations avec ces organismes, organisations internationales et organes régionaux¹¹⁴. La Rapporteuse spéciale est d'avis que ces consultations sont extrêmement utiles. De nombreuses consultations ont déjà eu lieu et se poursuivront à mesure de l'avancement des travaux. Il va sans dire que les travaux de ces organismes et ceux des instituts de droit international et organisations spécialisées¹¹⁵ seront d'un précieux concours.

92. Enfin, il convient de noter que les questions soulevées par le sujet ont suscité une analyse et une doctrine abondantes de la part d'éminents spécialistes. La Rapporteuse spéciale se trouve face à un grand dilemme, soit, d'une part, inscrire l'utilisation de la doctrine, soit, d'autre part, prendre dûment en considération les vues émanant des grands systèmes juridiques du monde, dont les termes sont difficilement conciliables. L'une tend à restreindre le nombre de documents, l'autre à élargir le champ des recherches. Pour résoudre ce dilemme, la Rapporteuse spéciale essaiera systématiquement d'obtenir des analyses et commentaires juridiques provenant de diverses régions tout en s'abstenant de faire référence à l'ensemble des textes publiés sur le sujet. L'ensemble des textes étudiés ne figure donc pas dans les notes de bas de page du présent rapport mais la Rapporteuse spéciale a joint à celui-ci une bibliographie abondante, quoique non exhaustive.

93. Malgré tous les efforts de la Rapporteuse spéciale, il lui a été encore plus difficile de trouver des ouvrages provenant de diverses régions. Elle a invité les membres de la Commission et les représentants à la Sixième Commission à lui fournir des informations. N'en ayant guère reçu, elle réitère son invitation.

¹¹² Art. VII, par. 4. Les dispositions sur les exceptions sont d'une nature juridique autre que celles sur l'immunité.

¹¹³ Voir par exemple la déclaration faite le 4 novembre 2013 par les États-Unis à la Sixième Commission, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 23^e séance (A/C.6/68/SR.23), par. 47 et suiv.

¹¹⁴ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 78, par. 142.

¹¹⁵ Les travaux d'autres organismes tels que l'Association de droit international, l'Institut de droit international, l'Union internationale pour la conservation de la nature, le Conseil international du droit de l'environnement et l'Environmental Law Institute ont été pris en compte et continueront de l'être.

CHAPITRE IX

Liens avec d'autres sujets traités par la Commission, y compris ceux inscrits actuellement à son programme de travail¹¹⁶

94. Dans ses travaux antérieurs, la Commission s'est penchée sur des questions présentant un intérêt particulier aux fins du présent sujet, notamment :

- effets des conflits armés sur les traités ;
- utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation ;
- ressources naturelles partagées (droit des aquifères transfrontières) ;
- fragmentation du droit international ;
- responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ;
- immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ;
- droit de la mer.

95. En outre, les sujets de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001) et de la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (2006) présentent également quelque intérêt en l'occurrence.

96. La Rapporteuse spéciale rappelle ici certaines des conclusions et observations dignes d'intérêt précédemment adoptées par la Commission. Elle ne traitera pas ici d'autres sujets, tels que le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la fragmentation et la responsabilité des États, sur lesquels elle reviendra plus tard.

A. Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation

97. La Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la

navigation prévoit expressément la protection des cours d'eau internationaux et des installations en période de conflit armé. Plus précisément, elle porte en son article 29 que « [I]es cours d'eau internationaux et les installations, aménagements et autres ouvrages connexes bénéficient de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux et ne sont pas utilisés en violation de ces principes et règles ».

98. Le commentaire du projet d'article 29 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation établi par la Commission confirme que, loin d'énoncer une règle nouvelle, ce projet d'article vient « [rappeler] simplement que les principes et règles du droit international applicables dans les conflits armés internationaux et internes contiennent des dispositions importantes concernant les cours d'eau internationaux et les ouvrages connexes¹¹⁷ ». La Commission s'est gardée d'empiéter sur le droit des conflits armés existant¹¹⁸, affirmant cependant que « [I]es articles eux-mêmes restent évidemment en vigueur en période de conflit armé. Pendant une telle période, les États du cours d'eau restent tenus de protéger et d'utiliser les cours d'eau internationaux et les ouvrages connexes conformément aux dispositions qu'ils fixent¹¹⁹ ».

99. Comme il ressort du commentaire, les conflits armés peuvent « toucher un cours d'eau international et avoir des conséquences sur sa protection et son utilisation par les États du cours d'eau¹²⁰ ». En pareil cas, les règles et principes régissant les conflits armés trouvent application. Le commentaire donne des exemples de ces règles et principes résultant de conventions diverses. Il s'agit notamment de la Convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, du Protocole I et de la « clause de Martens »¹²¹. S'il est vrai que ces conventions ne sont pas directement applicables en présence de conflits armés non internationaux, la Commission semblait dire que l'obligation de protéger, bien que non précisée, s'applique en cas de conflits armés non internationaux.

100. La Commission a reconnu qu'il risquait d'être très difficile aux États de s'acquitter de leur obligation de coopérer par voie de contacts directs en période de conflit armé. Ils ne sont pas pour autant déchargés de cette obligation¹²². C'est précisément pourquoi la Commission a

¹¹⁶ La Rapporteuse spéciale a choisi de limiter les développements et observations sur les travaux antérieurs de la Commission, dans la mesure où ils sont disponibles dans sa documentation officielle. En outre, le Secrétariat a consacré de précieuses études à plusieurs de ces sujets. Voir par exemple l'étude sur « Les effets des conflits armés sur les traités : examen de la pratique et de la doctrine », document A/CN.4/550 et Corr.1 et 2 [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... 2005*, vol. II (1^{re} partie)]; les rapports sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (*Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, document A/CN.4/39, p. 278) et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité – liste de documents internationaux pertinents (document A/CN.4/368 et Add.1, reprographié, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la trente-cinquième session); le supplément, préparé par le Secrétariat, au « Résumé des décisions rendues par des tribunaux internationaux en matière de responsabilité des États » (*Annuaire... 1969*, vol. II, document A/CN.4/208, p. 103); et l'étude établie par le Secrétariat intitulée « "Force majeure" et "cas fortuit" en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine » [*Annuaire... 1978*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/315, p. 58].

¹¹⁷ Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 138, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 29.

¹¹⁸ L'instrument n'a pas – dit-on – pour vocation de réglementer la matière dans le détail; voir *ibid.*

¹¹⁹ *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 139, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 29.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*, p. 114, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 9. Il convient de noter que l'obligation de coopérer va au-delà de ce que prévoit le projet d'article 9.

inséré une clause générale de sauvegarde prévoyant spécialement des procédures indirectes¹²³. Celles-ci sont censées permettre de traiter les problèmes liés à l'échange direct de données et d'informations et autres procédures en période de conflit armé, ou en l'absence de relations diplomatiques entre États. Il est intéressant de noter que, selon la clause de sauvegarde, l'État du cours d'eau n'est pas tenu de communiquer des données et informations vitales pour la défense ou la sécurité nationale, mais l'obligation de coopérer de bonne foi continue de jouer¹²⁴.

101. En cas de conflit concernant l'utilisation d'un cours d'eau international, on privilégiera «la satisfaction des besoins humains essentiels¹²⁵». La Commission interprète cette disposition comme énonçant une règle identique à celle de la clause de Martens¹²⁶.

B. Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières

102. Les projets d'article sur le droit des aquifères transfrontières prévoient également une protection particulière en période de conflit armé en application du projet d'article 18. On en retiendra en particulier la disposition suivante :

Les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières et les infrastructures, installations, et autres ouvrages connexes bénéficient de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux et ne doivent pas être utilisés en violation de ces principes et règles¹²⁷.

103. Le projet d'article 18 s'inspire de l'article 29 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Les textes de ces deux articles sont quasiment identiques¹²⁸. En outre, le commentaire relatif au projet d'article 18 rappelle en quelque sorte le texte du commentaire du projet d'article 29 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹²⁹. Les références au droit applicable, comme la Convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, le Protocole I et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) ainsi que la clause de Martens, sont identiques dans les deux commentaires¹³⁰. En outre,

¹²³ *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 113 à 116, commentaire relatif au projet d'article 9. D'autres exceptions similaires sont envisagées par d'autres traités tels que la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus), art. 4, par. 4 b.

¹²⁴ *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 139, projet d'article 31 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 116, projet d'article 10, par. 2.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 139, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 29.

¹²⁷ *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 47.

¹²⁸ On notera dans la version anglaise de ces textes que la seule différence réside dans l'utilisation de la formulation *non-international armed conflict* à la place d'*internal armed conflict*.

¹²⁹ *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 138.

¹³⁰ *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 47, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 18 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières.

il ressort du commentaire relatif au projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières que l'obligation qu'ont les États de l'aquifère de protéger et d'utiliser les aquifères et ouvrages connexes conformément au projet «devrait demeurer effective même en période de conflit armé¹³¹», ce qui vient rappeler aux États l'applicabilité du droit des conflits armés.

104. À l'instar de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, les projets d'article sur le droit des aquifères transfrontières prévoient une exception à l'obligation de fournir des données ou informations vitales pour la défense ou la sécurité nationale. Ils prescrivent cependant aux États de «coopérer de bonne foi avec les autres États en vue de fournir autant d'informations que les circonstances le permettent¹³²».

105. Il est important de noter que la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation tout autant que les projets d'article sur le droit des aquifères transfrontières sont applicables en présence de conflits armés tant internationaux que non internationaux. Même si le droit des conflits armés trouve application, l'obligation de coopérer demeure. Ces deux conventions précisent que les besoins humains priment toutes autres utilisations.

C. Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités

106. Les projets d'article sur les effets des conflits armés sur les traités¹³³ partent du principe que l'existence d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application, comme le dispose le projet d'article 3. Toutefois, dans ces projets d'article, la Commission a choisi de ne pas préciser quels traités restent applicables, préférant élaborer une liste indicative des traités «dont la matière implique qu'ils continuent de s'appliquer, en tout ou en partie, au cours d'un conflit armé», liste qui figure en annexe au projet d'articles (projet d'article 7)¹³⁴.

107. La Commission a toutefois traité des facteurs indiquant une possibilité d'extinction, de retrait ou de suspension de l'application d'un traité (projet d'article 6). D'après elle, il sera tenu compte de tous les facteurs pertinents, notamment :

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*, p. 47, projet d'article 19. La Commission a examiné la possibilité d'utiliser le mot «essentielle» pour qualifier la «confidentialité», mais «a décidé qu'il n'y avait pas de raison impérative de s'écarter du libellé de la Convention de 1997 sur les cours d'eau» (*ibid.*, p. 48, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 19).

¹³³ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 108, par. 100.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 115, projet d'article 7 sur les effets des conflits armés sur les traités («Maintien en vigueur de traités en raison de leur matière»); et *ibid.*, p. 121, annexe, liste indicative de traités visés à l'article 7. Cette liste comprend les traités relatifs à la protection internationale de l'environnement, aux cours d'eau internationaux et aux installations et ouvrages connexes, aux aquifères et aux installations et ouvrages connexes, aux droits de l'homme, à la justice pénale internationale ainsi que, naturellement, les traités portant sur le droit des conflits armés, y compris les traités de droit international humanitaire.

a) de la nature du traité, en particulier de sa matière, de son objet et de son but, de son contenu et du nombre de parties au traité ; et

b) des caractéristiques du conflit armé, telles que son étendue territoriale, son ampleur et intensité, sa durée, de même que, dans le cas d'un conflit armé non international, du degré d'intervention extérieure.

108. Il résulte des projets d'articles 3, 6 et 7 et de l'annexe contenant la liste indicative des traités qu'en raison de leur matière plusieurs catégories de traités relatifs à la protection de l'environnement peuvent continuer de s'appliquer en période de conflit armé.

109. La conclusion la plus importante, qui résulte du projet d'article 3, est la suivante :

L'existence d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application :

- a) entre les États parties au conflit ;
- b) entre un État partie au conflit et un État qui ne l'est pas.

110. De ce constat découlent deux conséquences : la première est que le temps de conflit armé n'opère ni extinction ni suspension automatique des traités. En d'autres termes, les États qui sont parties à un conflit ne sont pas automatiquement privés des droits ni déchargés des obligations résultant pour eux de différents traités. La seconde est qu'il peut être mis fin à un traité ou que son application peut être suspendue.

111. Même si les travaux sur les effets des conflits armés sur les traités revêtent une importance particulière, ils ont leurs limites. Premièrement, ils ne régissent que les relations conventionnelles entre États. Deuxièmement, ils ne disent pas quelles règles du droit international coutumier ni quels principes du droit international continuent de s'appliquer en période de conflit armé. En outre, à une exception près, les articles visent le temps de conflit armé¹³⁵.

D. Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses

112. Les projets d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses¹³⁶ n'envisagent pas la question de leur application en période de conflit armé. D'après le projet d'article premier, consacré au champ d'application, les projets d'article s'appliquent «aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques». Aucun des projets d'article ni leurs commentaires n'excluent expressément les situations de conflit armé. Toutefois, les commentaires comportent une importante analyse du principe de diligence raisonnable prévu au projet d'article 3 sur la prévention¹³⁷, qui fait

¹³⁵ Voir *ibid.*, p. 118, projet d'article 13, consacré à la remise en vigueur ou en application de relations conventionnelles après un conflit armé.

¹³⁶ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 157, par. 97.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 166, paragraphe 9 du commentaire relatif au projet d'article 3.

référence à l'affaire de l'*Alabama*¹³⁸. Cela dit, on n'en conclura pas que les projets d'article viennent régler le comportement des États en période de conflit armé, l'objet semblant en être d'organiser la réglementation du temps de paix.

E. Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses

113. Selon les projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses¹³⁹, le «dommage» s'entend de tout dommage significatif causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement, ce qui comprend les pertes ou les dommages résultant d'une atteinte à l'environnement, le coût de mesures raisonnables de remise en état du bien ou de l'environnement, y compris les ressources naturelles, et le coût de mesures d'intervention raisonnables¹⁴⁰. On retiendra que le commentaire relatif au projet de principe 4 prévoit une exception à la responsabilité de dédommager rapidement et convenablement lorsque les dommages résultent d'un conflit armé, d'hostilités, de guerre civile ou d'insurrection¹⁴¹.

F. Autres travaux de la Commission

114. La Rapporteuse spéciale évoquera d'autres travaux antérieurs de la Commission dignes d'intérêt, tels que les projets d'article sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et les projets d'article relatifs au droit de la mer le moment venu.

115. De plus, les travaux et conclusions formulées sur la protection des personnes en cas de catastrophe, et les travaux sur les projets d'article relatifs à la dignité humaine, aux droits de l'homme, aux principes humanitaires et à l'obligation de coopérer (y compris les formes de coopération) ne manqueront pas d'intérêt aux fins du sujet¹⁴².

116. La Commission s'intéressera également utilement aux travaux en cours sur la protection de l'atmosphère, ces deux sujets intéressant la protection de l'environnement. Il est cependant peu probable que les deux sujets fassent double emploi, celui de la protection de l'atmosphère étant beaucoup plus étendu que le présent sujet et de nature distincte. D'autres sujets du programme de travail actuel de la Commission, en particulier l'accord ultérieur et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités et l'identification du droit international coutumier seront également dignes d'intérêt.

¹³⁸ *Ibid.* La diligence raisonnable est une norme juridique qui joue en temps de paix tout autant qu'en période de conflit armé. Concernant l'affaire de l'*Alabama*, voir Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, p. 4144 et suiv.

¹³⁹ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 59, par. 66.

¹⁴⁰ *Ibid.*, projet de principe 2, alinéa a iii) à v). Voir également *ibid.*, p. 68 et 69, paragraphe 10 du commentaire relatif au projet de principe 2 sur la protection des biens culturels en temps de guerre.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 85, paragraphe 27 du commentaire relatif au projet de principe 4. Voir en particulier les exemples donnés à la note 439.

¹⁴² Voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 288, projets d'articles 5 à 10 du projet d'articles concernant la protection des personnes en cas de catastrophe.

CHAPITRE X

Principes et concepts relatifs à l'environnement

117. Il faut préciser d'emblée que l'objet du présent chapitre est de rappeler les principes et concepts du droit international qui ont vocation à continuer à s'appliquer en période de conflit armé, mais non de préciser la mesure dans laquelle ils s'appliqueraient. À ce stade, le propos n'est pas d'aboutir à des conclusions définitives, mais de faciliter l'examen à venir de la Commission.

118. Le fait que, pour des raisons de commodité, il soit question de droit de l'environnement et de droits de l'homme ne signifie pas qu'ils soient considérés comme des régimes autonomes. Comme la Commission l'a fait observer dans son rapport sur la fragmentation du droit international,

la question de savoir si le « droit international de l'environnement » désigne une branche spéciale du droit international au sein de laquelle s'appliquent des principes d'interprétation autres que ceux qui s'appliquent généralement, ou simplement un ensemble de règles conventionnelles et coutumières concernant l'environnement, peut sans doute sembler trop abstraite pour valoir vraiment la peine d'être posée. La qualification standard du droit des conflits armés, par exemple, de *lex specialis* et de régime autonome – ou même « d'ensemble de règles dérogeant au droit international public » – laisse largement planer le doute sur la mesure dans laquelle les règles générales, par exemple, du droit des traités se trouvent affectées¹⁴³.

119. On pourrait penser qu'il est inutile de s'intéresser aux phases d'avant et d'après conflit puisque les traités s'y appliquent naturellement sans restriction et dans la mesure définie d'un commun accord par les parties en temps de paix (soit avant ou après un conflit armé), et que le droit international coutumier s'applique lui aussi¹⁴⁴. Toutefois, il n'en est rien. Il convient de s'intéresser à ces phases précisément du fait de l'incertitude qui entoure à ce moment l'application du droit des conflits armés car, comme la Rapporteuse spéciale l'a rappelé à plusieurs reprises, certaines dispositions des traités sur le droit des conflits armés peuvent s'appliquer en temps de paix.

120. S'il est manifestement impossible d'énumérer l'ensemble des traités relatifs au droit de l'environnement ou aux droits de l'homme qui existent et d'examiner la mesure dans laquelle ils s'appliquent en temps de paix, il est encore plus difficile de décrire en détail les interactions entre ces instruments et entre les États parties à ces traités compte tenu des nombreux facteurs (réserves, etc.) qui entrent en ligne de compte. Cet exercice serait non seulement dénué de sens, puisque ces matières sont en constante évolution, mais également réducteur car il donnerait une image tronquée du régime

juridique dans la mesure où le droit coutumier et la jurisprudence en seraient exclus.

121. En l'état actuel des travaux, il serait plus utile de décrire à grands traits l'évolution générale des principes et concepts, dont beaucoup ont été repris dans des traités ou sont devenus des principes du droit international coutumier, ou en passe de le devenir.

122. Il convient de préciser que les principes et concepts du droit de l'environnement qui se rapportent au présent sujet sont imprécis, vagues et rarement à même d'offrir des réponses et des solutions définitives. Ils ont cependant le mérite d'exister. Aussi, le présent chapitre s'attachera-t-il à retracer dans les grandes lignes l'évolution de ces principes depuis l'adoption de la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles et du Protocole I.

123. Le fait de savoir si un concept politique comme le développement durable ou le principe de précaution a acquis le statut de principe juridique fait souvent débat parmi les États et les juristes. Il n'est pas rare que les juridictions divergent sur le statut à accorder à tel ou tel concept, mais leur décision, quelle qu'elle soit, est toujours fondée sur leur interprétation de la loi. Le principe de précaution est un bon exemple à cet égard, c'est pourquoi la Rapporteuse spéciale emploiera indifféremment les notions de « principe » et de « concept » dans le présent rapport.

124. Comme la Rapporteuse spéciale l'a déjà dit, elle estime que les arrêts et décisions des juridictions internationales revêtent une importance fondamentale. La jurisprudence des juridictions nationales est plus difficile à analyser et, bien qu'il existe sans nul doute une vaste somme de décisions se rapportant au droit interne, ce corpus n'est pas nécessairement pertinent pour déterminer la position d'un État donné sur le droit international. Les États n'ayant pas précisé leur position en la matière, la Rapporteuse spéciale s'intéressera donc aux décisions des juridictions internationales dans le présent rapport.

A. Développement durable

125. Le développement durable établit un lien indispensable entre la protection de l'environnement et de ses ressources et les besoins des êtres humains. Le concept a de toute évidence une connotation intergénérationnelle puisqu'il prescrit que les ressources utilisées, quelles qu'elles soient, le soient d'une manière qui garantisse qu'elles dureront longtemps et que les générations futures pourront en bénéficier.

126. On dit souvent que le développement durable est davantage un concept politique et socioéconomique¹⁴⁵ qu'un véritable principe juridique. Le statut juridique de

¹⁴³ Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international intitulé « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » (voir *supra* la note 7), par. 133.

¹⁴⁴ Durant le débat à la Sixième Commission, la Fédération de Russie a expliqué que « [s]'agissant de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, ce domaine est déjà suffisamment réglementé par le droit international humanitaire, puisque les périodes précédant et suivant un conflit armé sont considérées comme des périodes de paix, durant lesquelles les règles générales de la protection de l'environnement sont pleinement applicables » [Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission, 25^e séance (A/C.6/68/SR.25), par. 47].

¹⁴⁵ French, « Sustainable development », p. 51.

ce concept est controversé et l'expression « principe de durabilité » n'est donc pas nécessairement employée dans un sens juridique et peut très bien avoir une connotation politique. Par conséquent, les avis divergent quant aux implications juridiques de ce concept.

127. Dans son arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros* de 1997, la Cour internationale de Justice a déclaré ce qui suit :

Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité – qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures –, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des États envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement¹⁴⁶.

128. La Cour ne s'est pas prononcée sur le statut juridique du concept de développement durable, mais dans son opinion individuelle, le Vice-Président de la Cour, Christopher Weeramantry, a clairement indiqué qu'il s'agissait d'un principe juridique qui faisait « partie intégrante du droit international moderne¹⁴⁷ ».

129. Plus de dix ans après, la Cour s'est intéressée au développement durable dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, dans laquelle elle a évoqué le « lien étroit entre l'utilisation équitable et raisonnable d'une ressource partagée et la nécessité de concilier le développement économique et la protection de l'environnement qui est au cœur du développement durable¹⁴⁸ ». Bien que la Cour n'ait pas érigé le concept de développement durable au rang de principe du droit international général, MM. Al-Khasawneh et Simma ont employé l'expression « principe du développement durable » dans leur opinion dissidente commune¹⁴⁹. En outre, M. Cançado Trindade, qui a consacré l'intégralité de son opinion individuelle aux principes du droit international, a fait spécifiquement référence au développement durable en tant que principe du droit international¹⁵⁰.

¹⁴⁶ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* [voir *supra* la note 109], p. 78, par. 140.

¹⁴⁷ *Ibid.*, opinion individuelle de M. Weeramantry, Vice-Président, p. 88 à 119, et plus particulièrement les pages 89, 95 et 110, où il exprime très clairement son opinion. D'autres juges analysent le concept différemment. Dans son opinion dissidente, M. Oda estime que le développement économique et le développement durable sont des notions contradictoires, p. 153 à 169, en particulier les pages 160 et 161.

¹⁴⁸ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, à la page 75, par. 177.

¹⁴⁹ *Ibid.*, opinion dissidente commune de MM. les juges Al-Khasawneh et Simma, p. 108 à 110, à la page 120, par. 26.

¹⁵⁰ *Ibid.*, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, p. 135 à 215, voir en particulier la page 187, par. 139 et note 118, où il fait notamment référence à Sands, *Principles of International Environmental Law*, p. 252, 260 et 266; Voigt, *Sustainable Development as a Principle of International Law*, p. 145, 147, 162, 171 et 186. Le principe de précaution, qui impose aux États d'agir face à des risques d'endommagement grave de l'environnement, joue tout autant un rôle que le « principe de développement durable » (Birnie, Boyle et Redgewell, *International Law and the Environment*, p. 163).

130. D'après M. Koroma, ancien juge à la Cour, le « concept de développement durable joue à présent un rôle fondamental dans la jurisprudence de la Cour, alors même que celle-ci ne l'a jamais reconnu comme principe général du droit au sens de l'article 38, paragraphe 1 de son statut¹⁵¹ ». Il explique que

globalement, le droit international relatif au développement durable s'est rapidement développé au cours des trois dernières décennies au point qu'il est largement accepté par presque tous les États et que la Cour l'invoque désormais pour trancher des litiges entre États. Par sa jurisprudence, la Cour a également contribué à le développer et à l'affiner, et il est clair que ce concept continuera de jouer un rôle de plus en plus important dans le développement des normes, traités et décisions judiciaires à l'échelle internationale¹⁵².

131. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) se sont, eux aussi, référés au concept de développement durable. Par exemple, dans l'affaire *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, l'Organe d'appel a fait observer que le développement durable était l'un des objectifs définis dans le préambule de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce que les États s'efforceraient d'atteindre¹⁵³. Dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, il a fait observer que la formulation du préambule « démonstr[ait] que les négociateurs de l'OMC [avaie]nt reconnu que l'utilisation optimale des ressources mondiales devait se réaliser conformément à l'objectif de développement durable¹⁵⁴ » et a indiqué que l'État concerné devait s'efforcer d'aboutir à une solution concertée avec les États touchés¹⁵⁵.

132. Quant à la Cour permanente d'arbitrage, elle a fait remarquer dans la sentence arbitrale relative au *Chemin de fer dit Iron Rhine* que les « principes qui en résult[ai]ent, quel que [fût] leur statut actuel, f[aisaient] référence à la préservation, à la gestion, aux notions de prévention et de développement durable et à la protection des générations futures¹⁵⁶ ».

B. Prévention et précaution

133. Le principe de prévention est un concept fondamental du droit international de l'environnement qui a

¹⁵¹ Koroma, « Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice », p. 201.

¹⁵² *Ibid.*, M. Koroma se réfère aux affaires *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, et *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 6, à la page 168, dans lesquelles la Cour a indirectement traité de la question du développement durable.

¹⁵³ Organisation mondiale du commerce (OMC), rapport de l'Organe d'appel, WT/DS246/AB/R, adopté le 20 avril 2004, par. 94.

¹⁵⁴ OMC, rapport du Groupe spécial, WT/DS58/R et Corr.1, adopté le 6 novembre 1998 et modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/R, par. 153.

¹⁵⁵ *Ibid.*, par. 168.

¹⁵⁶ *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII (numéro de vente: F.06.V.8), p. 35 à 125, à la page 68, par. 58.

été consacré dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*¹⁵⁷. Il entretient des liens étroits avec le principe de précaution.

134. Le principe de prévention est reconnu comme principe du droit international coutumier et s'applique essentiellement dans un contexte transfrontière. Il est établi dans des traités internationaux et consacré par la jurisprudence (notamment dans les affaires des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* et *Gabčíkovo-Nagymaros*). L'Union européenne a, par exemple, codifié les principes de précaution et de prévention à l'article 191, paragraphe 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁵⁸. Le principe de prévention est un principe autonome, qui a besoin d'être étayé par une réglementation détaillée dans des traités spécifiques pour pouvoir s'appliquer : en substance, cela veut dire que les obligations découlant du principe doivent être expressément énoncées pour que les responsabilités puissent être clairement établies. La Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR) est un bon exemple à cet égard. Si son objectif premier est de prévenir et supprimer la pollution du milieu marin par application du « principe de précaution » et du « principe du pollueur payeur »¹⁵⁹, elle définit également tout un ensemble d'obligations plus détaillées qui visent à atteindre les buts qu'elle fixe.

135. Dans l'affaire relative au *Chemin de fer dit Iron Rhine*, le tribunal a indiqué que « le droit international de l'environnement met[tait] de plus en plus l'accent sur le devoir de prévention¹⁶⁰ » après avoir fait remarquer que

[l]e droit de l'environnement et le droit applicable au développement ne constitu[ai]ent pas des alternatives, mais des concepts intégrés se renforçant mutuellement ; ainsi, lorsque le développement risqu[ait] de porter atteinte de manière significative à l'environnement, d[avait] exister une obligation d'empêcher, ou au moins d'atténuer, cette pollution [...]. Le Tribunal estim[ait] que ce devoir [était] désormais devenu un principe du droit international général. Ce principe s'appliqu[ait] non seulement aux activités autonomes, mais également aux activités entreprises pour mettre en œuvre des traités spécifiques conclus entre les Parties¹⁶¹.

136. Le principe de prévention a aussi été évoqué par la Cour de justice européenne dans l'affaire *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*, où elle a observé que « [l]e paragraphe 2 [de l']article [130R] [du Traité instituant la Communauté économique européenne] prévo[yait] que cette politique, visant un niveau de protection élevé, se fond[ait] notamment sur les principes de précaution et d'action préventive et que les exigences en matière de protection de l'environnement d[é]vaie[n]t être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté¹⁶² ».

¹⁵⁷ *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales internationales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 à 1982.

¹⁵⁸ Comme De Sadeleer l'a fait remarquer, la plupart des universitaires considèrent que les principes inscrits à l'article 191, paragraphe 2 du Traité sont contraignants (De Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, note 180, où il se réfère notamment à Winter, Epiney, Hilson, Krämer, Fisher et Doherty).

¹⁵⁹ Art. 2, par. 2 a et b, respectivement.

¹⁶⁰ *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« IJzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas* (voir *supra* la note 156), par. 222.

¹⁶¹ *Ibid.*, par. 59.

¹⁶² *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*, affaire C-180/96,

137. Le principe de prévention prescrit de prendre des mesures pour prévenir un risque dont on a connaissance, ou dont on peut avoir connaissance. Le principe de précaution prescrit, quant à lui, d'adopter des mesures, même en l'absence de certitude scientifique ou de tout préjudice¹⁶³, afin de prévenir un risque dont l'existence n'a pas encore été scientifiquement établie. On parle de prévention lorsque les répercussions environnementales d'une activité donnée sont connues et de précaution dans le cas contraire. Bien qu'ils apparaissent comme deux principes séparés dans plusieurs instruments, la distinction est loin d'être aussi nette dans la pratique car il est difficile de séparer les deux concepts au moment de les appliquer¹⁶⁴. Le principe de précaution recouvre en même temps des aspects de prévention et de précaution. Aucun consensus universel n'existe sur le fait de savoir si l'obligation de prendre des mesures de précaution signifie que l'obligation a été érigée au rang de principe. Il y a un peu plus de dix ans, Sands faisait remarquer que si « certaines juridictions internationales se montraient désormais prêtes à appliquer le principe de précaution, d'autres étaient également disposées à le faire, mais en cachette¹⁶⁵ ». Il est intéressant de noter que la Commission a pris des positions contradictoires sur ce point. Dans le cadre de ses travaux sur les aquifères transfrontières, elle a décidé d'adopter une « démarche de précaution ». Il ressort toutefois du commentaire qu'elle savait « bien que les avis diverg[ea]ient sur l'opposition entre "approche de précaution" et "principe de précaution" », mais qu'elle a décidé de retenir l'expression « approche de précaution » parce qu'il s'agissait de celle qui était la moins controversée « étant entendu que les deux notions aboutiss[ai]ent à des résultats similaires dans la pratique lorsqu'elles [étaient] appliquées de bonne foi »¹⁶⁶. Cela contraste avec la position qu'elle avait précédemment adoptée dans le cadre de ses travaux sur le projet d'articles relatif à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, où elle semblait s'être référée sans hésiter au principe de précaution¹⁶⁷.

138. Dans l'affaire de l'*Usine MOX* dont le Tribunal international du droit de la mer était saisi, M. Wolfrum a fait observer dans son opinion individuelle que « [l]a question de savoir si le principe ou l'approche de précaution

arrêt du 5 mai 1998, *Recueil de jurisprudence 1998*, p. I-2269, à la page I-2298, par. 100. Voir également *The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise*, ex parte *National Farmers' Union*, affaire C-157/96, arrêt du 5 mai 1998, *Recueil de jurisprudence 1998*, p. I-2237, à la page I-2259, par. 64.

¹⁶³ Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, voir notamment p. 36 et 37.

¹⁶⁴ La prévention et la précaution peuvent être les deux faces d'une même pièce dans le contexte du droit de l'environnement. Comme cela sera montré dans un rapport à venir, la différence qui existe entre le fait de « savoir » et celui de « ne pas savoir et ne pas pouvoir prévoir » au moment d'agir peut signifier violer le droit des conflits armés ou agir en toute licéité.

¹⁶⁵ Sands, *Principles of International Environmental Law*, p. 290.

¹⁶⁶ *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 39, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 12 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières.

¹⁶⁷ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 175, paragraphes 6 et 7 du commentaire relatif au projet d'article 10 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

en droit international de l'environnement fai[sai]t désormais partie du droit international coutumier n'a[vait] pas encore été tranchée» et que «[c]e principe ou cette approche, appliqué en droit international de l'environnement, traduit la nécessité de prendre des décisions relatives à l'environnement dès lors qu'il exist[ait] une incertitude scientifique quant aux dommages que pourrait causer une activité particulière»¹⁶⁸.

139. Étant donné que le principe de précaution vise à prévenir les risques qu'on ne peut prévoir ou qui ne sont pas scientifiquement établis, son application varie en fonction des circonstances. Différentes mesures peuvent être prises à cet effet, comme l'interdiction de certaines substances ou techniques, l'application des technologies les plus performantes, la réalisation d'études d'impact environnemental, l'édiction de normes de qualité environnementales, l'imposition de mesures conservatoires ou l'adoption d'une réglementation environnementale intégrée¹⁶⁹. En outre, d'après la Commission, le principe de précaution «suppose que les États aient continuellement à l'esprit leurs obligations de prévention de manière à se tenir au courant des progrès des connaissances scientifiques»¹⁷⁰.

140. L'OMC évoque le principe dans plusieurs affaires. Dans *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) [CE – Hormones]*, les Communautés européennes ont soutenu que «ce principe [était] déjà une règle coutumière générale du droit international ou du moins un principe de droit général»¹⁷¹. Dans sa décision, l'Organe d'appel a fait remarquer que ledit principe «n'a[vait] pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité»¹⁷², mais qu'il était déjà consacré à l'article 5, paragraphe 7, de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires et qu'il «n'[était] pas nécessaire de poser en principe que l'article 5.7 [était] exhaustif en ce qui concern[ait] la pertinence du principe de précaution»¹⁷³. Dans son rapport *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, l'Organe d'appel a une fois de plus fait remarquer que le principe de précaution était consacré à l'article 5, paragraphe 7, de l'Accord¹⁷⁴. De plus, il a estimé dans son rapport *Japon – Mesures visant les produits agricoles* que l'article 5, paragraphe 7, de l'Accord imposait aux membres de chercher à «obtenir les renseignements

additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective»¹⁷⁵. Dans l'affaire *CE – Hormones*, il a fait observer que des «gouvernements [...] responsables et représentatifs [pouvaient] agir de bonne foi sur la base de ce qui [pouvait] être, à un moment donné, une opinion divergente provenant de sources compétentes et respectées»¹⁷⁶.

141. Dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques)*, le Groupe spécial, se référant à l'affaire *CE-Hormones*, a indiqué que «le débat juridique sur le point de savoir si le principe de précaution constitu[ait] un principe reconnu de droit international général ou coutumier se poursuit»¹⁷⁷ et a fait remarquer que «le statut juridique du principe de précaution rest[ait] incertain» et qu'en conséquence, comme pour l'Organe d'appel avant lui, «la prudence lui sugg[érait] de ne pas essayer de régler cette question complexe, en particulier s'il n'[était] pas nécessaire de le faire»¹⁷⁸.

142. Dans leur opinion dissidente dans l'affaire *Balmer-Schafroth c. Suisse*, sept juges de la Cour européenne des droits de l'homme ont mis en exergue l'importance juridique de ce principe¹⁷⁹. Du fait de l'impossibilité de tout recours concernant la sûreté des conditions d'exploitation des centrales nucléaires lors du renouvellement des permis d'exploitation, les juges dissidents ont estimé que l'article 6 («Droit à un procès équitable») de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) avait été violé dans la mesure où «[l]es requérants n'[avaie]nt pas même été mis en mesure d'établir devant un tribunal l'importance du danger et du risque que celui-ci constitu[ait] pour eux»¹⁸⁰, faisant remarquer que la «majorité a[vait] paru méconnaître tout le mouvement des institutions internationales et du droit international public pour assurer la préservation des personnes et des patrimoines, tel qu'il ressort des textes de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe sur l'environnement, des accords de Rio, des textes de l'Unesco, de l'élaboration des principes de précaution et de préservation du patrimoine commun» et qu'ils auraient préféré «que ce soit l'arrêt de la Cour européenne qui fasse progresser le droit international pour la protection des personnes en ce domaine, en renforçant le "principe de précaution" et en exigeant l'existence de pleins recours judiciaires pour sauvegarder les droits des personnes contre l'imprudence des autorités»¹⁸¹.

¹⁶⁸ *Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, affaire n° 10, mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Recueil 2001*, p. 95, opinion individuelle de M. Wolfrum, p. 133 et 134.

¹⁶⁹ Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, notamment p. 52.

¹⁷⁰ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 175, paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 10 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

¹⁷¹ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) [CE – Hormones]*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998, par. 16.

¹⁷² *Ibid.*, par. 123.

¹⁷³ *Ibid.*, par. 124.

¹⁷⁴ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE-Hormones*, WT/DS321/AB/R, adopté le 14 novembre 2008, par. 680.

¹⁷⁵ *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/AB/R, adopté le 19 mars 1999, par. 92.

¹⁷⁶ *CE – Hormones*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R (voir *supra* la note 171), par. 194.

¹⁷⁷ OMC, rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Corr.1 et Add.1 à 9, adopté le 21 novembre 2006, par. 7.88.

¹⁷⁸ *Ibid.*, par. 7.89.

¹⁷⁹ *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, 26 août 1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-IV*, opinion dissidente de M. le juge Pettiti, à laquelle se sont ralliés MM. les juges Gölcüklü, Walsh, Russo, Valticos, Lopes Rocha et Jambrek, p. 1361.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 1362.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 1364 et 1366.

143. De même, dans l'affaire relative aux *Travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, dont le Tribunal international du droit de la mer a eu à connaître, la Malaisie a précisé que le principe de précaution devait « guider toute partie dans l'exécution de ces obligations¹⁸² ». La Cour de justice de l'Union européenne a, elle aussi, relevé l'importance du principe de précaution dans des affaires comme *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, où elle a précisé que « le principe de précaution permet[ait] aux institutions communautaires d'adopter, dans l'intérêt de la santé humaine, mais sur la base d'une connaissance scientifique encore lacunaire, des mesures de protection susceptibles de porter atteinte, même de façon profonde, à des positions juridiques protégées et donn[ait], à cet égard, aux institutions une marge d'appréciation importante »¹⁸³, et *Alpharma Inc. c. Conseil de l'Union européenne*, où elle a indiqué que « [s]'il [était] constant que les institutions communautaires pouvaient, dans le cadre de la directive 70/524¹⁸⁴, adopter une mesure fondée sur le principe de précaution, les parties s'oppos[ai]ent toutefois sur l'interprétation de ce principe et sur la question de savoir si les institutions communautaires [avaie]nt correctement appliqué celui-ci dans le cas d'espèce¹⁸⁵ ». De plus, dans l'arrêt *Association Greenpeace France et autres c. Ministère de l'agriculture et de la pêche et autres*, la Cour a indiqué que « le respect du principe de précaution trouv[ait] son expression [...] dans l'obligation du notifiant, prévue à l'article 11, paragraphe 6, de la directive 90/220¹⁸⁶ ».

144. Comme il ressort de l'affaire *Waddenzee*, les États membres de l'Union européenne sont tenus de se conformer au principe, même lorsqu'il n'est pas expressément mentionné dans une directive ou un règlement¹⁸⁷. Dans cette affaire, qui portait sur la nécessité de procéder à une évaluation écologique des activités de pêche

menées dans des zones aviaires protégées de la mer des Wadden, la Cour a fait remarquer que « le principe de précaution, [...] est l'un des fondements de la politique de protection d'un niveau élevé poursuivie par la Communauté dans le domaine de l'environnement¹⁸⁸ ».

145. D'une manière générale, les institutions de l'Union européenne jouissent d'une certaine latitude quant aux mesures qu'elles prennent pour mettre en œuvre ces principes du fait de leur caractère général¹⁸⁹. Néanmoins, il se peut que cette marge de manœuvre soit limitée, voire supprimée, lorsque le principe en question est énoncé dans un dispositif d'autorisation détaillé¹⁹⁰.

146. De même, le Parlement européen et le Conseil ont tous deux estimé que les études d'impact environnemental étaient une manière de donner effet au principe de prévention. C'est ce qui ressort : a) de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement¹⁹¹; b) de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages¹⁹²; et c) d'autres instruments imposant un échange de données sur l'incidence des activités nuisibles¹⁹³.

147. Il est intéressant de noter que, dans l'affaire *Commission européenne c. Espagne*, la Cour de justice européenne a fait remarquer qu'il était moins coûteux d'adopter des mesures préventives que des mesures a posteriori¹⁹⁴. Le même raisonnement a été suivi dans les manuels militaires sur la question, comme le manuel militaire conjoint de la Finlande, de la Suède et des États-Unis.

C. Pollueur-payeur

148. Le principe du pollueur-payeur a été consacré dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* et dans l'*Affaire relative*

¹⁸² *Travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Recueil 2003*, p. 10, à la page 23, par. 74.

¹⁸³ *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, affaire T-13/99, arrêt du Tribunal de première instance du 11 septembre 2002, *Recueil de jurisprudence 2002*, p. II-03318, à la page II-03383, par. 170.

¹⁸⁴ Directive du Conseil, du 23 novembre 1970, concernant les additifs dans l'alimentation des animaux, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L270, 14 décembre 1970 (note ajoutée à la citation originale).

¹⁸⁵ *Alpharma Inc. c. Conseil de l'Union européenne*, affaire T-70/99, arrêt du Tribunal de première instance du 11 septembre 2002, *Recueil de jurisprudence 2002*, p. II-3506, à la page II-3558, par. 137.

¹⁸⁶ *Association Greenpeace France et autres c. Ministère de l'agriculture et de la pêche et autres*, affaire C-6/99, arrêt de la Cour du 21 mars 2000, *Recueil de jurisprudence 2000*, p. I-1676, à la page I-1698, par. 44.

¹⁸⁷ *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee et Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels c. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, affaire C-127/02, arrêt de la Cour (grande chambre) du 7 septembre 2004, *Recueil de jurisprudence 2004*, p. I-7448, à la page I-7467, par. 44: « compte tenu, en particulier, du principe de précaution, qui est l'un des fondements de la politique de protection d'un niveau élevé poursuivie par la Communauté dans le domaine de l'environnement, conformément à l'article 174, paragraphe 2, premier alinéa, CE et à la lumière duquel doit être interprétée la directive habitats [...] ». Voir également De Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, p. 44.

¹⁸⁸ Affaire *Waddenzee* (voir la note précédente), p. I-7467, par. 44.

¹⁸⁹ De Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, p. 42.

¹⁹⁰ Voir affaire *Waddenzee* (note 187 *supra*), p. I-7467, par. 44. *Royaume de Suède c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-229/04, arrêt du Tribunal de première instance du 11 juillet 2007, *Recueil de jurisprudence 2007*, p. II-02441, voir notamment p. II-2490, par. 163 et 164 :

« 163. Il convient néanmoins de relever qu'il résulte de l'article 4, paragraphe 1, sous a, de la directive 91/414 que, pour établir s'il est satisfait aux exigences prévues par l'article 4, paragraphe 1, sous b, de cette même directive, il y a lieu de faire application des principes uniformes énoncés à l'annexe VI. De surcroît, le deuxième considérant de la directive 97/57, établissant le contenu de l'annexe VI, indique que cette annexe doit établir des principes uniformes pour assurer une application uniforme et avec la rigueur voulue des exigences énoncées à l'article 4, paragraphe 1, sous b à e, de la directive 91/414.

« 164. Il en découle que l'article 4, paragraphe 1, sous b, iv), de la directive 91/414, auquel renvoie explicitement l'article 5, paragraphe 1, sous b, de la même directive, commande le respect des principes uniformes de l'annexe VI. »

¹⁹¹ *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 197, 21 juillet 2001, p. 30.

¹⁹² *Ibid.*, n° L 206, 22 juillet 1992, p. 7.

¹⁹³ Directive 2001/42/CE (voir *supra* la note 191), p. 33, art. 7.

¹⁹⁴ *Commission européenne c. Royaume d'Espagne*, affaire C-400/08, arrêt de la Cour du 24 mars 2011, *Recueil de jurisprudence 2011*, p. I-1952, aux pages I-1985 et I-1986, par. 92.

à l'usine de Chorzów¹⁹⁵. Ce principe a vocation à réparer un préjudice. « [I]nitialement conçu pour répartir le coût des mesures de prévention de la pollution et de contrôle, [il] est devenu une formidable stratégie de protection de l'environnement et de la santé et de la sécurité humaines, et de gestion des ressources et de la viabilité environnementale des activités¹⁹⁶ ». Ce principe s'applique aussi bien aux relations interétatiques que dans le contexte de la responsabilité civile.

149. En 1987, dans l'affaire *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, le Groupe spécial du GATT a indiqué que les « règles de l'Accord général concernant les ajustements fiscaux laiss[ai]ent donc dans ce cas à la partie contractante la possibilité de suivre le principe pollueur-payeur, mais ne l'y oblig[ea]nt pas¹⁹⁷ ». Dans son arrêt *Standley*, la Cour de justice européenne a indiqué que « le principe du pollueur-payeur appar[ai]ssait comme l'expression du principe de proportionnalité¹⁹⁸ ».

D. Étude d'impact environnemental

150. Les études d'impact environnemental comptent parmi les mesures qu'il est possible de prendre pour empêcher qu'un dommage soit causé à l'environnement. Comme indiqué, il s'agit simplement d'une procédure, qui n'impose pas le respect de normes environnementales substantielles, ni l'obtention de résultats spécifiques¹⁹⁹. Malgré tout, l'obligation de mener une telle procédure est désormais inscrite dans le droit international et le droit interne. L'un des instruments les plus importants en la matière est la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière.

151. Dans l'affaire *Maffezini*, le tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a confirmé que ces études jouaient un rôle fondamental en matière de protection de l'environnement et d'application des mesures de prévention nécessaires²⁰⁰ et relevé qu'il en était ainsi en droit espagnol, mais aussi de plus en plus en droit international²⁰¹.

152. Dans l'affaire du *Chemin de fer dit Iron Rhine*, le tribunal a fait observer que la remise en service de la ligne devait être examinée à la lumière des mesures de protection de l'environnement qui devaient être prises

¹⁹⁵ *Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité) [compétence]*, 26 juillet 1927, arrêt n° 8, C.P.J.I. série A n° 9.

¹⁹⁶ Schwartz, « The polluter-pays principle », p. 256 et 257.

¹⁹⁷ *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, rapport du Groupe spécial adopté le 17 juin 1987 (L/6175-34S/136), dans Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), *Instrument de base et documents divers, Supplément n° 34*, Genève, 1988, p. 154, à la page 183, par. 5.2.5.

¹⁹⁸ *The Queen c. Secretary of State for the Environment and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte H.A. Standley et autres, affaire C-293/97, arrêt de la Cour du 29 avril 1999, *Recueil de jurisprudence 1999*, p. I-2626, à la page I-2646, par. 52.

¹⁹⁹ Elias, « Environmental impact assessment », p. 227.

²⁰⁰ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, CIRDI, affaire n° ARB/97/7, 13 novembre 2000, par. 67.

²⁰¹ *Ibid.*

en fonction de l'utilisation qui serait faite de la ligne, sachant qu'il convenait de pleinement tenir compte de ces mesures dans l'élaboration du projet et la définition des coûts²⁰². Cette affaire étaye l'argument en faveur de l'imposition en droit international d'une obligation générale de procéder à de telles études et montre l'importance croissante qui est accordée à l'obligation de prévention. La Commission a indiqué qu'il « [était] devenu courant de demander une évaluation de l'impact sur l'environnement²⁰³ ».

153. Dans son premier rapport de 2014, le Groupe d'étude sur la diligence requise en droit international de l'Association de droit international estime que ces études peuvent être un moyen pour un État de remplir son obligation de diligence requise²⁰⁴.

E. Diligence requise

154. Concept multidimensionnel du droit international, la diligence requise peut aussi bien s'appliquer en temps de paix qu'en période de conflit armé. Il s'agit d'un principe séculaire adossé à une abondante jurisprudence²⁰⁵ qui trouve à s'appliquer dans de nombreux domaines du droit international. Loïn d'être limité au statut des étrangers sur le territoire d'un État, il trouve également à s'appliquer en droit international des investissements, en droit des droits de l'homme et même en droit des conflits armés.

155. C'est en raison de ce caractère multidimensionnel que l'Association de droit international a chargé un groupe d'étude d'« examiner s'il existe des points communs dans l'emploi de ce concept entre les différents domaines du droit international²⁰⁶ ».

156. La diligence requise impose davantage une obligation de moyen qu'une obligation de résultat, comme l'ont fait remarquer la Commission, dans ses travaux sur le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, et le Groupe d'étude sur la diligence requise en droit international²⁰⁷. À cet égard, il est intéressant de noter que, dans son avis consultatif sur les activités menées dans la Zone, le Tribunal international du droit de la mer a estimé que l'adoption de mesures de précaution faisait partie de la diligence requise²⁰⁸.

²⁰² *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas* (voir *supra* la note 156), p. 90, par. 223.

²⁰³ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 170, paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 7 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

²⁰⁴ International Law Association, premier rapport du Groupe d'étude sur la diligence requise en droit international, 7 mars 2014, p. 28.

²⁰⁵ La Rapporteuse spéciale approfondira l'étude de cette notion dans un rapport à venir.

²⁰⁶ International Law Association, premier rapport du Groupe d'étude sur la diligence requise en droit international (voir *supra* la note 204), p. 1.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 17.

²⁰⁸ *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 46, par. 131.

CHAPITRE XI

Droits de l'homme et environnement

157. On a fait souvent observer qu'un environnement dégradé ne permettait pas à l'individu de jouir de ses droits fondamentaux. Il ne s'ensuit pas que le droit coutumier reconnaît à l'individu le droit à un environnement sain. La corrélation entre environnement sain et jouissance des droits fondamentaux est indirecte et s'établit par le biais d'autres droits consacrés, comme le droit à la santé, le droit à l'alimentation ou le droit à des conditions de vie acceptables²⁰⁹.

158. La question des rapports entre l'environnement et le droit international des droits de l'homme a été envisagée dans divers contextes régionaux. Comme le montrent les exemples ci-après, la place des droits de l'homme dans certains instruments régionaux et certains organes régionaux des droits de l'homme indique que cette matière présente quelque intérêt pour le sujet.

159. À titre d'exemple, la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas une protection générale de l'environnement en tant que telle, mais on a pu considérer que les questions d'environnement mettaient en jeu d'autres droits²¹⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé par le passé que certains actes constituaient des violations du droit à la vie, du droit à la santé ou du droit au respect du domicile et de la vie privée et familiale²¹¹.

160. De même, la Convention européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas expressément à la personne le droit à un environnement sain; toutefois, d'autres dispositions de la Convention sont susceptibles de produire un effet identique. La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré plus d'une fois que les États avaient l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates²¹² pour protéger l'environnement, obligation qui rappelle le principe de prévention et de précaution. Les avis divergent quant à l'étendue de la marge d'appréciation accordée aux États, qui ne peut s'évaluer qu'au regard des éléments de l'espèce²¹³. Toutefois, on s'accorde à penser que les États doivent concilier l'intérêt

général dans le domaine de l'environnement et les droits de l'individu²¹⁴.

161. Par ailleurs, certaines décisions adoptées dans le contexte interaméricain prescrivent la divulgation d'informations aux peuples concernés. Cette obligation²¹⁵, qui découle du droit des droits de l'homme, trouve son expression dans le contenu procédural du principe de diligence raisonnable. L'obligation de consulter le public emporte celle d'informer²¹⁶. La jurisprudence interaméricaine en matière d'environnement (dégagée par la Cour ou la Commission) invoque divers droits appartenant au peuple des Amériques, tels que le droit à la propriété, la liberté de circulation et de résidence, le droit d'être traité avec humanité, le droit aux garanties judiciaires et le droit à la protection judiciaire²¹⁷. Autant qu'on puisse en juger, cette jurisprudence ne paraît pas invoquer implicitement les principes du droit de l'environnement.

162. Dans sa communication sur l'affaire de l'*Ogoni*²¹⁸, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples précise l'obligation faite aux États d'adopter des mesures raisonnables pour prévenir les dommages à l'environnement, devant non seulement s'abstenir de participer directement à la contamination de l'air, de l'eau et du sol, mais également protéger la population contre les dommages causés à l'environnement²¹⁹. La communication souligne qu'il importe de mettre en œuvre des mesures en vue d'assurer le respect du droit à la santé et à un environnement sain, notamment «la surveillance scientifique indépendante des environnements menacés», la publication d'«études sur l'impact social et environnemental avant tout développement industriel majeur» et des mesures en vue d'«entreprendre la surveillance appropriée et d'informer les communautés exposées aux activités et produits dangereux»²²⁰. On retiendra que les

²⁰⁹ Voir toutefois la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San Salvador). Ces instruments érigent les droits dits «de troisième génération» en droits collectifs: ainsi, selon l'article 24 de la Charte africaine, «[t]ous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement». Sont visés ici expressément les «peuples» et non les personnes. C'est toutefois l'individu qui, au sein du groupe (son peuple), jouit du droit en question. Le Protocole de San Salvador reconnaît en son article 11, à toute personne «le droit de vivre dans un environnement salubre» et impose simultanément aux États l'obligation d'«encourager [...] la protection, la préservation et l'amélioration de l'environnement».

²¹⁰ *Di Sarno et autres c. Italie*, n° 30765/08, par. 80, 10 janvier 2012; *Kyrtatos c. Grèce*, n° 41666/98, par. 52, CEDH 2003-VI (extraits).

²¹¹ *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, série A n° 303-C; *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I.

²¹² *Băcilă c. Roumanie*, n° 19234/04, par. 60, 30 mars 2010; *Di Sarno et autres c. Italie*, n° 30765/08, par. 80, 10 janvier 2012.

²¹³ *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, par. 86, CEDH 2003-VIII.

²¹⁴ *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, par. 51, série A n° 303-C; et *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, n° 36022/97, 2 octobre 2001, par. 96 et 97. Voir également *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* (note 179 *supra*), opinion dissidente de M. le juge Pettiti, à laquelle se sont ralliés MM. les juges Gölcüklü, Walsh, Russo, Valticos, Lopes Rocha et Jambrek, p. 1361.

²¹⁵ *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, par. 60, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I.

²¹⁶ International Law Association, premier rapport du Groupe d'étude sur la diligence requise en droit international (voir *supra* la note 204), p. 28.

²¹⁷ Voir par exemple Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Raposa Serra Do Sol Indigenous Peoples v. Brazil*, décision sur la recevabilité, 23 octobre 2010, rapport n° 125/10; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Case of the Saramaka People v. Suriname*, arrêt du 28 novembre 2007, série C n° 172; et les autres décisions citées dans le recueil de décisions régionales établi par l'Expert indépendant des Nations Unies chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, John H. Knox, disponible à l'adresse suivante: <http://ieenvironment.org/regional-decisions>.

²¹⁸ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) et Center for Economic and Social Rights c. Nigéria*, communication n° 155/96, 27 octobre 2001.

²¹⁹ *Ibid.*, par. 50.

²²⁰ *Ibid.*, par. 53.

prescriptions résultant de l'affaire de l'*Ogoni* sont presque identiques à celles édictées aux fins d'études d'impact environnemental pour le droit de l'environnement.

163. Le fait que les droits de l'homme soient de nature juridique différente des règles du droit international de l'environnement rend toute comparaison malaisée. Les droits de l'homme garantissent des droits à l'individu tandis que le droit international de l'environnement s'intéresse avant tout aux relations entre États²²¹. C'est pourquoi le droit des droits de l'homme invoque rarement les principes du droit de l'environnement et, souvent de manière fugace, si tant est qu'il le fait.

Peuples autochtones et droits environnementaux

164. Les peuples autochtones entretiennent une relation particulière avec leur terre ancestrale. Ils ont chacun leur propre idée du développement, qui repose sur leurs valeurs ancestrales, leur conception du monde, leurs besoins et leurs priorités²²². La terre ancestrale revêt une importance fondamentale pour leur survie physique et culturelle en tant que peuples²²³. Le lien qui existe entre les peuples autochtones et leurs terres est d'autant plus significatif que 95 % des 200 régions où la biodiversité est la plus élevée et la plus menacée sont des territoires autochtones²²⁴.

165. Les droits des peuples autochtones découlent de « la reconnaissance de leur relation particulière avec l'environnement, et de l'importance de cette relation pour leur

²²¹ Le Groupe d'étude sur la diligence requise de l'Association de droit international définit ainsi cette différence dans son premier rapport (voir *supra* la note 204) : « Le droit international des droits de l'homme se distingue de la plupart des autres branches du droit international en ce qu'il s'intéresse principalement à des questions relevant des affaires intérieures des États. Dans les autres domaines, comme le droit international de l'environnement, le principe de souveraineté explique que l'on ne s'intéresse guère aux affaires intérieures des États, l'attention étant en revanche axée sur les dommages transfrontières (internationaux) de nature morale ou matérielle » (p. 14).

²²² Instance permanente de l'Organisation des Nations Unies sur les questions autochtones, « Who are indigenous peoples ? », feuillet d'information disponible à l'adresse suivante : www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/5session_factsheet1.pdf.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Oviedo, Maffi et Larsen, *Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity*.

survie en tant que peuples distincts, [qui] les distingue du reste de la population et rend nécessaire un statut juridique particulier²²⁵ ». Les droits des peuples autochtones sont consacrés par plusieurs traités et instruments, ainsi que par la jurisprudence²²⁶.

166. Les peuples autochtones peuvent être particulièrement touchés par les conflits armés. Il convient donc de rappeler que l'article 16 de la Convention (n° 169) de l'Organisation internationale du Travail (OIT) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants²²⁷ traite du déplacement des peuples autochtones²²⁸. L'une des règles principales de la Convention figure à l'article 16, qui dispose que les peuples autochtones ne doivent pas être déplacés des terres qu'ils occupent (par. 1). Ce principe fondamental trouve normalement application. Toutefois, les déplacements s'avérant inévitables dans certaines situations, la Convention les autorise à titre exceptionnel (par. 2). Dans les cas où ils ont dû être déplacés, les peuples ont le droit de retourner sur leurs terres dès que les raisons qui ont motivé leur déplacement cessent d'exister (par. 3). Il en est ainsi en cas de guerre ou de catastrophe naturelle. Dans les cas où leur réinstallation est permanente, les peuples autochtones ont le droit de recevoir des terres de qualité égale à celle des terres qu'ils occupaient antérieurement et de jouir des mêmes droits que ceux qui étaient attachés auxdites terres, dont éventuellement les droits concernant le potentiel agricole des terres et le droit de propriété portant sur elles (par. 4).

²²⁵ Plant, *Land Rights and Minorities*.

²²⁶ Notamment la Convention sur la diversité biologique ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et l'Action 21 [Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (A/CONF.151.26/Rev.1), vol. I (voir *supra* la note 36)], résolution 1, annexes I et II ; la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques (résolution 47/135 de l'Assemblée générale du 18 décembre 1992, annexe) ; et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (résolution 61/295 de l'Assemblée générale du 13 septembre 2007, annexe).

²²⁷ Cette convention porte révision de la Convention (n° 107) concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants.

²²⁸ Organisation internationale du Travail, *Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique. Un guide sur la Convention n° 169 de l'OIT*, Genève, 2009, p. 97 et 98.

CHAPITRE XII

Programme de travail futur

167. Le deuxième rapport sera consacré au droit applicable en temps de conflit armé international et interne et s'arrêtera sur certains points brièvement abordés dans le présent rapport, notamment les questions relatives aux droits de l'homme et aux droits des peuples autochtones et sur toutes règles du droit des conflits armés dignes d'intérêt aux fins du sujet, ainsi que sur leurs rapports avec le droit applicable en temps de paix. À la différence du présent rapport, il se voudra sans doute plus analytique et plus concret, devant comporter des projets de directive (conclusions et recommandations). La Rapporteuse

spéciale s'intéressera aux mesures d'après conflit dans son troisième rapport (2016) à l'occasion duquel elle devrait proposer quelques directives, conclusions et recommandations.

168. Dans son exposé de 2013, la Rapporteuse spéciale avait proposé un calendrier de trois ans, l'idée étant de soumettre chaque année un rapport à la Commission pour examen. Ce calendrier lui paraît réaliste, pour autant qu'elle ambitionne de donner aux résultats des travaux la forme de directives, conclusions ou recommandations.

169. La Rapporteuse spéciale envisage de proposer, dans son deuxième rapport, de traiter des directives (conclusions et recommandations) notamment des principes généraux, des mesures de prévention, de la coopération, des règles de droit international susceptibles de demeurer applicables en temps de conflit armé et de la protection du milieu marin, le troisième rapport devant être l'occasion des propositions sur les mesures d'après-conflit, notamment dans les domaines de la coopération, du partage d'informations et des meilleures pratiques et de la réparation.

170. La Rapporteuse spéciale pense qu'il s'agit là d'un bon plan d'étude qui viendra donner à la Commission un aperçu complet des problèmes juridiques soulevés par l'intérêt croissant suscité par les conséquences écologiques des activités menées en période de conflit armé. Plus important encore, il donnera à la Commission tous les éléments propres à lui permettre de tirer des conclusions appropriées et de recommander des directives pratiques.

171. Le moment venu, il appartiendra à la Commission ou aux États d'apprécier l'opportunité de poursuivre l'entreprise de développement progressif ou de codification du droit international. Encore que ce choix puisse paraître trop prudent, voire timoré, il ne faut pas

sous-estimer l'intérêt de procéder par petits pas. Il s'inscrit du reste dans le droit fil de l'article premier du statut de la Commission, aux termes duquel celle-ci «a pour but de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification».

172. La Rapporteuse spéciale sait que les avis divergent au sein de la Commission et à l'Assemblée générale sur la forme à donner aux résultats des travaux, rien n'ayant encore été décidé à ce propos. Ayant déjà exprimé son point de vue à ce sujet, elle s'en remet à la décision que la Commission viendrait à prendre²²⁹.

173. La Rapporteuse spéciale continuera de consulter d'autres entités, tels le CICR, l'UNESCO et le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), ainsi que les organisations régionales. Par ailleurs, la Commission gagnerait à inviter de nouveau les États à lui fournir des exemples de cas où le droit international de l'environnement, y compris les traités régionaux et bilatéraux, ont continué de s'appliquer en période de conflit armé international ou interne, ainsi que des exemples de textes internes ayant trait au sujet et de jurisprudence faisant application du droit de l'environnement interne ou international.

²²⁹ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 78, par. 143.

ANNEXE

Bibliographie

- AJIBOLA, Bola
«Protection of the environment in times of armed conflict», dans N. Al-Nauimi et R. Meese (dir. publ.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1995, p. 75 à 93.
- ALMOND, Harry H., Jr.
«The use of the environment as an instrument of war», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 2, n° 1 (1991), p. 455 à 468.
- ALSTON, Philip, Jason MORGAN-FOSTER, et William ABRESCH
«The competence of the UN Human Rights Council and its special procedures in relation to armed conflicts: extrajudicial executions in the “War on Terror”», *EJIL*, vol. 19, n° 1 (2008), p. 183 à 209.
- ANDERSON, Terry L., et J. Bishop GREWELL
The Greening of Foreign Policy, PERC Policy Series, vol. 20 (décembre 2000).
- ANTOINE, Philippe
«Droit international humanitaire et protection de l’environnement en cas de conflit armé», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 74, n° 798 (1992), p. 537 à 558.
- ANTON, Donald K., et Dinah L. SHELTON
Environmental Protection and Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- ARRAZA NAVAS, Fermín Luis, et Pedro J. VARELA FERNÁNDEZ
«Vieques: prácticas de guerra, derechos humanos y ambiente», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 70, n° 1 (2001), p. 209 à 233.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES
Problemas Internacionales del Medio Ambiente: VIII Jornadas, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984, Barcelone, Universitat Autònoma de Barcelona, 1985.
- AUSTIN, Jay, et Carl E. BRUCH (dir. publ.)
The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- BÄCHLER, Günther, et Kurt R. SPILLMAN (dir. publ.)
Environmental Degradation as a Cause of War, Vol. III: Country Studies of External Experts, Chur/Zurich, Rüegger, 1996.
- BAKER, Betsy
«Legal protections for the environment in times of armed conflict», *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, n° 2 (1993), p. 351 à 383.
- BANERJEE, Rishav
«Destruction of environment during an armed conflict and violation of international law: a legal analysis», *Asian Yearbook of International Law*, vol. 15 (2009), p. 145 à 188.
- BARBOZA, Julio
The Environment, Risk and Liability in International Law, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011.
- BARNED, Ashley, et Christopher WATERS
«The Arctic environment and international humanitarian law», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 49 (2011), p. 213 à 241.
- BASSIOUNI, M. Cherif
«International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*», *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n° 4 (1996), p. 63 à 74.
- BEN MAHFOUDH, Haykel
L’environnement, l’humanitaire et le droit international, Manouba (Tunisie), Centre de publication universitaire, 2010.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE, et Catherine REDGEWELL
International Law and the Environment, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BLATTMANN, Heidi
«Environmental damage from the Gulf war», *Swiss Review of World Affairs*, vol. 42, n° 3 (1992), p. 27 et 28.
- BLISHCHENKO, Igor P., et Vladimir P. SHAVROV
«The legal basis of claims for damage to the environment resulting from military action», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 40, n° 1 (1989), p. 29 à 45.
- BLOM, Esther, *et al.* (dir. publ.)
Nature in War: Biodiversity Conservation during Conflict (séminaire international, Utrecht, 12 mai 2000), Leyde, Nederlandse Commissie voor Internationale Natuurbescherming, 2000.
- BODANSKY, Daniel
Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2003.
- BODANSKY, Daniel, Jutta BRUNNÉE, et Ellen HEY (dir. publ.)
The Oxford Handbook of International Environmental Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BOELART-SUOMINEN, Sonja Ann Jozef
International Environmental Law and Naval War: The Effect of Marine Safety and Pollution Conventions during International Armed Conflict, Newport Paper, n° 15, Newport, Naval War College, 2000.
- BOTHE, Michael
«The protection of the environment in times of armed conflict: legal rules, uncertainty, deficiencies and possible developments», *German Yearbook of International Law*, vol. 34 (1991), p. 54 à 62.
«Protection of the environment in times of armed conflict», dans N. Al-Nauimi et R. Meese (dir. publ.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995, p. 75 à 104.
- BOTHE, Michael, *et al.*
Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, report to the Commission of the European Communities, SJ/110/85, 1985.
«Droit international protégeant l’environnement en période de conflit armé : lacunes et opportunités», *Revue internationale de la Croix-Rouge : sélection française 2010*, vol. 92 (2010), p. 273 à 300.
- BOTHE, Michael, Karl Josef PARTSCH, et Waldemar A. SOLFAL
New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, 2^e éd., La Haye, Martinus Nijhoff, 2013.
- BOUVIER, Antoine
«La protection de l’environnement naturel en période de conflit armé», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 73, n° 792 (1991), p. 599 à 611.
- BOWMAN, Michael
«Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm», dans M. Bowman et A. Boyle (dir. publ.), *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Evaluation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 41 à 61.

- BROWN WEISS, Edith
International Law for a Water-Scarce World, Leyde, Martinus Nijhoff, 2013.
- BRUCH, Carl, *et al.*
Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa, 2^e éd., Washington, Environmental Law Institute, 2007.
 «Post-conflict peace building and natural resources», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 19 (2008), p. 58 à 96.
- BUNKER, Alice Louise
 «Protection of the environment during armed conflict: one Gulf, two wars», *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 13, n^o 2 (2004), p. 201 à 213.
- CARON, David D.
 «Finding out what the oceans claim: the 1991 Gulf War, the marine environment, and the United Nations Compensation Commission», dans D. D. Caron et H. N. Scheiber (dir. publ.), *Bringing New Law to Ocean Waters*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2004.
- CLÉMENT, Étienne
 «Le réexamen de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé», dans N. Al-Nauimi et R. Meese (dir. publ.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995, p. 133 à 150.
- CORTINA MENDOZA, Roxana, et Víctor SACO CHUNG
 «La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario», *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. 51, 2007, p. 255 à 277.
- CRAWFORD, Alex, et Johannah BERNSTEIN
MEAs, Conservation and Conflict: A Case Study of Virunga National Park, DRC, Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2008.
- CRAWFORD, Emily
 «Armed conflict, international», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 612 à 626.
- DAM-DE JONG, Daniëlla A.
 «International law and resource plunder: the protection of natural resources during armed conflict», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 19 (2008), p. 27 à 57.
 «From engines for conflict into engines for sustainable development: the potential of international law to address predatory exploitation of natural resources in situations of internal armed conflict», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), p. 155 à 178.
 «International law and governance of natural resources in conflict and post-conflict situations», thèse de doctorat, faculté de droit, Université de Leyde, 2013.
- DAS, Onita
Environmental Protection, Security and Armed Conflict: A Sustainable Development Perspective, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.
 «Environmental protection in armed conflict: filling the gaps with sustainable development», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), p. 103 à 128.
- D'ASPROMONT, Jean
 «Towards an international law of brigandage: interpretative engineering for the regulation of natural resource exploitation», *Asian Journal of International Law*, vol. 3 (2013), p. 1 à 24.
- DEBONNET, Guy, et Kes HILLMAN-SMITH
 «Supporting protected areas in a time of political turmoil: the case of world heritage sites in the Democratic Republic of the Congo», *Parks*, vol. 14, n^o 1 (2004), p. 9 à 16.
- DE SADELEER, Nicolas
EU Environmental Law and the Internal Market, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- DESCH, Thomas
 «Haftung für Umweltschäden im Krieg: einige Bemerkungen zu I. P. Blishchenko und V. Ph. Shavrov», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 40, n^o 1 (1989), p. 47 à 71.
- DESGAGNÉ, Richard
 «The prevention of environmental damage in time of armed conflict: proportionality and precautionary measures», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), p. 109 à 129.
- DOMÍNGUEZ-MATÉS, Rosario
 «Desafío para el derecho internacional humanitario: responsabilidad penal internacional del individuo por daños al medio ambiente durante un conflicto armado», *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), p. 43 à 69.
 «New weaponry technologies and international humanitarian law: their consequences on the human being and the environment», dans P. A. Fernández-Sánchez (dir. publ.), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts: In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo-Salcedo*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005, p. 91 à 119.
- DORSEY, Jessica, *et al.*
 «Protection of the environment in armed conflict: testing the adequacy of international law», notes de conférence, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 7 novembre 2011.
- DORSOUMA, Al-Hamandou, et Michel-André BOUCHARD
 «Conflits armés et environnement: cadres, modalités, méthodes et rôle de l'évaluation environnementale», *Développement durable et territoires*, vol. 8 (2006).
- DOUHAN, Alena
 «Liability for environmental damage», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 830 à 837.
- DROEGE, Cordula, et Marie-Louise TOUGAS
 «The protection of the natural environment in armed conflict: existing rules and need for further legal protection», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82, n^o 1 (2013), p. 21 à 52.
- DUBARRY HUSTON, Meredith
 «Wartime environmental damages: financing the clean-up», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 23, n^o 4 (2002), p. 899 à 929.
- ELIAS, Olufemi
 «Environmental impact assessment», dans M. Fitzmaurice, D. M. Ong et P. Merkouris (dir. publ.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 227 à 242.
- ENGFELDT, Lars-Göran
From Stockholm to Johannesburg and Beyond: the Evolution of the International System for Sustainable Development Governance and its Implications, Stockholm, Administration publique suédoise, 2009.
- ENIANG, Edem A., Amleset HAILE, et Teshale YIHDEGO
 «Impacts of landmines on the environment and biodiversity», *Environmental Policy and Law*, vol. 37, n^o 6 (2007), p. 501 à 504.
- FALK, Richard A.
 «The inadequacy of the existing legal approach to environmental protection in wartime», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 137 à 155.
 «Environmental disruption by military means and international law», dans A. H. Westing (dir. publ.), *Environmental Warfare: A Technical, Legal and Policy Appraisal*, Londres, Taylor and Francis, 1984, p. 33 à 51.

- FELICIANO, Florentino P.
«Marine pollution and spoliation of natural resources as war measures: a note on some international law problems in the Gulf War», *Houston Journal of International Law*, vol. 14, n° 3 (1992), p. 483 à 519.
- FENRICK, W. J.
«The law applicable to targeting and proportionality after Operation Allied Force: a view from the outside», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), p. 53 à 80.
- FITZMAURICE, Malgosia, David M. ONG, et Panous MERKOURIS (dir. publ.)
Research Handbook on International Environmental Law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.
- FLECK, Dieter
«Current legal and policy issues», dans J. Dahlitz (dir. publ.), *Future Legal Restraints on Arms Proliferation* (publication des Nations Unies, numéro de vente: GVE.96.0.24), 1996, p. 21 à 46.
«The protection of the environment in armed conflict: legal obligations in the absence of specific rules», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), p. 7 à 20.
- FRENCH, Duncan
«Sustainable development» dans M. Fitzmaurice, D. M. Ong et P. Merkouris (dir. publ.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 51 à 68.
- GARDAM, Judith G.
«Energy and the law of armed conflict», *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 15, n° 2 (1997), p. 87 à 96.
- GASSER, Hans-Peter
«For better protection of the natural environment in armed conflict: a proposal for action», *AJIL*, vol. 89, n° 3 (1995), p. 637 à 644.
- GEHRING, Réa
«La protection de l'environnement en période de conflit armé: que peut ou pourrait apporter la Cour pénale internationale?», mémoire, Université de Lausanne, 2001.
- GILLESPIE, Alexander
Conservation, Biodiversity and International Law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011.
- GOLDBLAT, Jozef
«Legal protection of the environment against the effects of military activities», *Bulletin of Peace Proposals*, vol. 22, n° 4 (1991), p. 399 à 406.
«The mitigation of environmental disruption by war: legal approaches», dans A. H. Westing (dir. publ.), *Environment Hazards of War: Releasing Dangerous Forces in an Industrialized World*, London, Sage, 1990, p. 48 à 60.
«Protection of the natural environment against the effects of military activities: legal implications», *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften*, vol. 3 (1992), p. 133 à 136.
- GREEN, L. C.
«The environment and the law of conventional warfare», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 29 (1991), p. 222 à 237.
- GREENWOOD, Christopher
«State responsibility and civil liability for environmental damages caused by military operations», dans R. J. Grunawalt, J. E. King et R. S. McClain (dir. publ.), *Protection of the Environment During Armed Conflict*, Newport, Naval War College, 1996, p. 397 à 415.
- GUILLARD, David
Les armes de guerre et l'environnement naturel: essai d'étude juridique, Paris, L'Harmattan, 2006.
- HAGMANN, Tobias
«Confronting the concept of environmentally induced conflict», *Peace, Conflict and Development*, vol. 6 (2005), p. 1 à 22.
- HALLE, Silja (dir. publ.)
From Conflict to Peacebuilding: The Role of Natural Resources and the Environment, Nairobi, PNUE, 2009.
- HARWELL, Emily E.
«Building momentum and constituencies for peace: the role of natural resources in transitional justice and peacebuilding», dans C. Bruch, C. Muffet et S. S. Nichols (dir. publ.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Routledge (à paraître).
- HAWLEY, T. M.
Against the Fires of Hell: The Environmental Disaster of the Gulf War, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1992.
- HEINTSCHEL VON HEINEGG, Wolff, et Michael DONNER
«New developments in the protection of the natural environment in naval armed conflicts», *German Yearbook of International Law*, vol. 37 (1994), p. 281 à 314.
- HENCKAERTS, Jean-Marie
«International legal mechanisms for determining liability for environmental damage under international humanitarian law», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 602 à 619.
- HERCZEGH, Géza
«La protection de l'environnement naturel et le droit humanitaire», dans C. Swinarski (dir. publ.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève/La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, p. 725 à 733.
- HOURLLE, Laurent R.
«Environmental law of war», *Vermont Law Review*, vol. 25, n° 3 (2001), p. 653 à 681.
- HUANG, Ling-Yee
«The 2006 Israeli-Lebanese conflict: a case study for protection of the environment in times of armed conflict», *Florida Journal of International Law*, vol. 20, n° 1 (2008), p. 103 à 113.
- HULME, Karen
War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold, Leyde, Martinus Nijhoff, 2004.
«Taking care to protect the environment against damage: a meaningless obligation?», *International Review of the Red Cross*, vol. 92, n° 879 (2010), p. 675 à 691.
- JENSEN, David
«Evaluating the impact of UNEP's post-conflict environmental assessments», dans D. Jensen et S. Lonergan (dir. publ.), *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding*, Abingdon, Oxon, Earthscan, 2013.
- JENSEN, David, et Silja HALLE (dir. publ.)
Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law, Nairobi, PNUE, 2009.
Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations, Nairobi, PNUE, 2012.
- JENSEN, Eric Talbot
«The international law of environmental warfare: active and passive damage during times of armed conflict», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, n° 1 (2005), p. 145 à 186.
- JENSEN, Eric Talbot, et James J. TEIXEIRA, Jr.
«Prosecuting members of the U.S. military for wartime environmental crimes», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 17, n° 4 (2005), p. 651 à 671.
- JOYNER, Christopher C., et James T. KIRKHOPE
«The Persian Gulf War oil spill: reassessing the law of environmental protection and the law of armed conflict», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 24, n° 1 (1992), p. 29 à 62.

- JUSTE RUIZ, José
«Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente», dans J. Soroeta Licerias (dir. publ.), *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 3, Saint-Sébastien, Universidad del País Vasco, 2002, p. 83 à 110.
«Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente», dans Z. D. de Clément (dir. publ.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. 2, Cordoue, Marcos Lerner, 2002, p. 1011 à 1039.
- KARURU, Njeri, et Louise H. YEUNG
«Integrating gender into post-conflict natural resource management», dans C. Bruch, C. Muffet et S. S. Nichols (dir. publ.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Routledge (à paraître).
- KEARNS, Brendan
«When bonobos meet guerillas: preserving biodiversity on the battlefield», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 24, n° 2 (2012), p. 123 à 168.
- KELLMAN, Barry
«The Chemical Weapons Convention: a verification and enforcement model for determining legal responsibilities for environmental harm caused by war», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- KIRCHNER, Andree
«Environmental protection in time of armed conflict», *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 9, n° 10 (2000), p. 266 à 272.
- KISS, Alexandre
«International humanitarian law and the environment», *Environmental Policy and Law*, vol. 31, n°s 4-5 (2001), p. 223 à 231.
- KISS, Alexandre, et Dinah SHELTON
International Environmental Law, 3^e éd., New York, Transnational Publishers, 2004.
- KNOX, John H.
«Assessing the candidates for a global treaty on environmental impact assessment», *New York University Environmental Law Journal*, vol. 12, n° 1 (2003), p. 153 à 168.
- KOPPE, Erik V.
«The principle of ambiguity and the prohibition against excessive collateral damage to the environment during armed conflict», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), p. 53 à 82.
The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment during International Armed Conflict, Oxford, Hart Publishing, 2008.
- KOROMA, Abdul G.
«Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice», dans J. Ebbesson, *et al.* (dir. publ.), *International Law and Changing Perceptions of Security*, Liber Amicorum Said Mahmoudi, Brill, 2014, p. 189 à 201.
- LANDEL, Morgane
«Are aerial fumigations in the context of war in Colombia a violation of the rules of international humanitarian law?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 19, n° 2 (2010), p. 491 à 513.
- LANIER-GRAHAM, Susan D.
The Ecology of War: Environmental Impacts of Weaponry and Warfare, New York, Walker, 1993.
- LAUSCHE, Barbara J.
Weaving a Web of Environmental Law, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2008.
- LAVAUUX, Stephanie
Degradación ambiental y conflictos armados: las conexiones, Bogota, Centro Editorial, Universidad del Rosario, 2004.
- LAVIELLE, Jean-Marc
«Les activités militaires, la protection de l'environnement et le droit international», *Revue juridique de l'environnement*, vol. 4 (1992), p. 421 à 452.
- LIJNZAAD, Liesbeth, et Gerard J. TANJA
«Protection of the environment in times of armed conflict: the Iraq-Kuwait War», *Netherlands International Law Review*, vol. 40, n° 2 (1993), p. 169 à 199.
- LORD, Janet E.
«Legal restraints in the use of landmines: humanitarian and environmental crisis», *California Western International Law Journal*, vol. 25, n° 2 (1995), p. 311 à 355.
- LOW, Luan, et David HODGKINSON
«Compensation for wartime environmental damage: challenges to international law after the Gulf War», *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, n° 2 (1995), p. 405 à 483.
- LUBELL, Noam
«Challenges in applying human rights law to armed conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n° 860 (2005), p. 737 à 754.
- LUJALA, Päivi, et Siri Aas RUSTAD (dir. publ.)
High-value Natural Resources and Post-conflict Peacebuilding, Abingdon, Earthscan, 2012.
- LUNDBERG, Michael A.
«The plunder of natural resources during war: a war crime (?)», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 39, n° 3 (2008), p. 495 à 525.
- MAKHJANI, Arjun, Howard HU, et Katherine YIH (dir. publ.)
Nuclear Wastelands: A Global Guide to Nuclear Weapons Production and its Health and Environmental Effects, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1995.
- MALVIYA, R. A.
«Laws of armed conflict and environmental protection: an analysis of their inter-relationship», dans *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, vol. I, New Delhi, Indian Society of International Law, 2001, p. 72 à 93.
- MARAUHN, Thilo, Georg NOLTE, et Andreas PAULUS
«Trends in international humanitarian law», *Human Rights Law Journal*, vol. 29, n°s 6-12 (2008), p. 216 à 226.
- MARSH, Jeremy
«Lex lata or lex ferenda? Rule 45 of the ICRC study on customary international humanitarian law», *Military Law Review*, vol. 198 (2008), p. 116 à 164.
- MCCARTHY, Conor
Reparations and Victim Support in the International Criminal Court, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- MCCNEILL, John H.
«Protection of the environment in times of armed conflict: environmental protection in military practice», *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 6, 1993, p. 75 à 84.
- MELVIN, Neil, et Ruben DE KONING
«Resources and armed conflict», *SIPRI Yearbook 2011: Armaments, Disarmament and International Security*, p. 39 à 60.
- MENSAH, Thomas A.
«United Nations Compensation Commission (UNCC)», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. X, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 302 à 311.

- MÉSA, Rodolphe
«Protection de l'environnement et armes de combat : étude de droit international pénal», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 85 (2011), p. 43 à 57.
- MOLLARD-BANNELIER, Karine
La protection de l'environnement en temps de conflit armé, Paris, Pedone, 2001.
- MOMTAZ, Djamchid
«Les règles relatives à la protection de l'environnement au cours des conflits armés à l'épreuve du conflit entre l'Irak et le Koweït», *AFDI*, vol. 37 (1991), p. 203 à 219.
- MOORE, John Bassett (dir. publ.)
History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1898.
- MURPHY, Sean D., Won KIDANE, et Thomas R. SNIDER
Litigating War: Arbitration of Civil Injury by the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, New York, Oxford University Press, 2013.
- NAFZIGER, James A. R.
«UNESCO-centered management of international conflict over cultural property», *Hastings Law Journal*, vol. 27 (1976), p. 1051 à 1067.
- OKORODUDU-FUBARA, Margaret T.
«Oil in the Persian Gulf War: legal appraisal of an environmental warfare», *St. Mary's Law Journal*, vol. 123, n° 1 (1992), p. 123 à 219.
- OKOWA, Phoebe
«The legal framework for the protection of natural resources in situations of armed conflict», dans W. J. M. van Genugten, M. P. Scharf et S. E. Radin (dir. publ.), *Criminal Jurisdiction 100 Years after the 1907 Hague Peace Conference*, La Haye, T.M.C. Asser, 2007, p. 243 à 260.
«Environmental justice in situations of armed conflict», dans J. Ebbesson et P. Okowa (dir. publ.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- OVIEDO, Gonzalo, Luisa MAFFI, et Peter Bille LARSEN
Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity, Gland, World Wide Fund for Nature, 2000.
- ÖZERDEM, Alpaslan, et Rebecca ROBERTS (dir. publ.)
Challenging Post-conflict Environments: Sustainable Agriculture, Burlington (Vermont), Ashgate, 2012.
- PARSONS, Rymn James
«The fight to save the planet: U.S. Armed Forces, "greenkeeping" and enforcement of the law pertaining to environmental protection during armed conflict», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 10, n° 2 (1998), p. 441 à 500.
- PAVONI, Riccardo
«Environmental rights, sustainable development, and investor-State case law: a critical appraisal», dans P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann et F. Francioni (dir. publ.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 525 à 556.
- PAYNE, Cymie R., et Peter H. SAND (dir. publ.)
Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission: Environmental Liability, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- PETERSON, Ines
«The natural environment in times of armed conflict: a concern for international war crimes law?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, n° 2 (2009), p. 325 à 343.
- PIMIENTO CHAMORRO, Susana, et Edward HAMMOND
Addressing Environmental Modification in Post-Cold War Conflict: The Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD) and Related Agreements, Edmonds (Washington), Edmonds Institute, 2001.
- PLANT, Glen (dir. publ.)
Environmental Protection and the Law of War: A «Fifth Geneva» Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict, Londres, Belhaven Press, 1992.
- PLANT, Roger
Land Rights and Minorities, Minority Rights Group International Report 94/2, Londres, Minority Rights Group, 1994.
- POPOVIĆ, Neil A. F.
«Humanitarian law, protection of the environment, and human rights», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 8, n° 1 (1995), p. 67 à 89.
- PRESCOTT, Michael K.
«How war affects treaties between belligerents: a case study of the Gulf War», *Emory International Law Review*, vol. 7, n° 1 (1993), p. 197 à 231.
- QUÉNIVET, Noëlle et Shilan SHAH-DAVIS (dir. publ.)
International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st Century, La Haye, T.M.C. Asser, 2010.
- QUINN, John P., Richard T. Evans, et Michael J. BOOCK
«United States Navy development of operational-environmental doctrine», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 159 à 170.
- REUVENY, Rafael, Andreea S. MIHALACHE-O'KEEF, et Quan LI
«The effect of warfare on the environment», *Journal of Peace Research*, vol. 47, n° 6 (2010), p. 749 à 761.
- RICH, Andy
«The environment: adequacy of protection in times of war», *Penn State Environmental Law Review*, vol. 12, n° 3 (2004), p. 445 à 557.
- ROBB, Cairo A. R. (dir. publ.)
International Environmental Law Reports, vol. 3, *Human Rights and Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- ROBERTS, Adam
«The law of war and environmental damage», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 47 à 86.
- ROBINSON, Nicholas A.
«International law and the destruction of nature in the Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 21, nos 5-6 (1991), p. 216 à 220.
- ROSCINI, Marco
«Protection of the natural environment in time of armed conflict», dans L. Doswald-Beck, A. R. Chowdhury et J. H. Bhuiyan (dir. publ.), *International Humanitarian Law: An Anthology*, Nagpur, LexisNexis Butterworths, 2009, p. 155 à 179.
- ROSELLI, Carina
Restoring Iraq's southern marshes: uncertainty in post-conflict Mesopotamia, Vermont Law School, 20 décembre 2012.
«Bordering on desuetude: are Additional Protocol I's environmental provisions no longer serviceable?», 17 janvier 2013. La Rapporteuse spéciale dispose d'une copie de cet article.

- ROSS, Marc A.
«Environmental warfare and the Persian Gulf War: possible remedies to combat intentional destruction of the environment», *Dickinson Journal of International Law*, vol. 10, n° 3 (1992), p. 515 à 539.
- SAALFELD, Michael
«Umweltschutz in bewaffneten Konflikten aus völkerrechtsgeschichtlicher Sicht», *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften*, vol. 5, n° 1 (1992), p. 23 à 32.
- SAND, Peter H.
«Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 35, n° 6 (2005), p. 244 à 249.
«Environmental dispute settlement and the experience of the UN Compensation Commission», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 54 (2011), p. 151 à 189.
- SANDS, Philippe
«Liability for environmental damage and the report of the UNEP Working Group of Experts: introductory article by the Rapporteur», dans A. Timoshenko (dir. publ.), *Liability and Compensation for Environmental Damage: Compilation of Documents*, Nairobi, PNUE, 1998, p. 1 à 22.
Principles of International Environmental Law, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SANDS, Philippe, *et al.*
«The Gulf war: environment as a weapon», *The American Society of International Law: Proceedings of the 85th Annual Meeting*, vol. 85 (1991), p. 214 à 229.
- SCHAFFER, Bernard K.
«The relationship between the international laws of armed conflict and environmental protection: the need to re-evaluate what types of conduct are permissible during hostilities», *California Western International Law Journal*, vol. 19, n° 2 (1988-1989), p. 287 à 325.
- SCHIAVO GUARNACCI, Emilia
Conflictos armados y medio ambiente, Buenos Aires, Universidad del Salvador, 2006, non publié.
- SCHIEFER, H. Bruno (dir. publ.)
Verifying Obligations Respecting Arms Control and the Environment: A Post-Gulf War Assessment, Saskatoon, University of Saskatchewan, 1992.
- SCHMITT, Michael N.
«Green war: an assessment of the environmental law of international armed conflict», *Yale Journal of International Law*, vol. 22, n° 1 (1997), p. 1 à 109.
«Humanitarian law and the environment», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 28, n° 3 (2000), p. 265 à 323.
«War and the environment: fault lines in the prescriptive landscape», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 87 à 136.
- SCHWARTZ, Priscilla
«The polluter-pays principle», dans M. Fitzmaurice, D. M. Ong et P. Merkouris (dir. publ.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 243 à 257.
- SHAMBAUGH, James, Judy OGLETHORPE, et Rebecca HAM
The Trampled Grass: Mitigating the Impacts of Armed Conflict on the Environment, Washington, Biodiversity Support Program, 2001.
- SHARP, Walter
«The effective deterrence of environmental damage during armed conflict: a case analysis of the Persian Gulf War», *Military Law Review*, vol. 137 (1992), p. 1 à 67.
- SINGH, A. P.
«Protection of environment during armed conflict: is a new frame of laws necessary?», *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 52, n°s 3-4 (2010), p. 453 à 466.
- SJÖSTEDT, Britta
«The role of multilateral environmental agreements in armed conflict: "green-keeping" in Virunga Park — applying the UNESCO World Heritage Convention in the armed conflict of the Democratic Republic of the Congo», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), p. 129 à 153.
- SMITH, Tara
«Creating a framework for the prosecution of environmental crimes in international criminal law», dans W. A. Schabas, Y. McDermott et N. Hayes (dir. publ.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Farnham (Surrey), Ashgate, 2013, p. 45 à 62.
- SPIEKER, Heike
Völkergewohnheitsrechtlicher Schutz der natürlichen Umwelt im internationalen bewaffneten Konflikt, Bochum, UVB-Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 1992.
«The conduct of hostilities and the protection of the environment», dans A. Fischer-Lescano *et al.* (dir. publ.), *Frieden in Freiheit, Peace in Liberty, Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag*, Zürich, Dike Verlag, 2008, p. 741 à 768.
- STOCKINS ABASCAL, Christine
Protección del medio ambiente en los conflictos armados, thèse, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009.
- TARASOFSKY, Richard G.
«Legal protection of the environment during international armed conflict», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), p. 17 à 79.
«Protecting especially important areas during international armed conflict: a critique of the IUCN draft convention on the prohibition of hostile military activities in internationally protected areas», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 567 à 578.
- THIEFFRY, Patrick
Droit de l'environnement de l'Union européenne, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011.
- THOMAS, Carson
«Advancing the legal protection of the environment in relation to armed conflict: Protocol I's threshold of impermissible environmental damage and alternatives», *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), p. 83 à 101.
- TICEHURST, Rupert
«La clause de Martens et le droit des conflits armés», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 79, n° 824 (1997), p. 133 à 142.
- TIGNINO, Mara
«L'eau et son rôle dans la paix et la sécurité internationales», *Revue internationale de la Croix-Rouge: sélection française 2010*, vol. 92 (2010), p. 361 à 392.
L'eau et la guerre: éléments pour un régime juridique, collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- TIR, Jaroslav, et Douglas M. STINNETT
«Weathering climate change: can institutions mitigate international water conflict?», *Journal of Peace Research*, vol. 49, n° 1 (2012), p. 211 à 225.
- TOLENTINO, Amado S., Jr.
«Armed conflict and the environment: legal perspectives», *Philippine Law Journal*, vol. 81, n° 3 (2007), p. 377 à 389.
«The law of armed conflict vis-à-vis the environment», dans B. Vukas et T. M. Šošić (dir. publ.), *International Law: New Actors, New Concepts - Continuing Dilemmas: Liber Amicorum Boidar Bakoti?*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010, p. 595 à 606.

TROUWBORST, Arie

Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law, International Environmental Law and Policy Series, vol. 62, La Haye, Kluwer Law International, 2002.

TUCKER, Matthew L.

«Mitigating collateral damage to the natural environment in naval warfare: an examination of the Israeli naval blockade of 2006», *Naval Law Review*, vol. 57 (2009), p. 161 à 201.

TÜRK, Helmut

«The negotiation of a new Geneva-style convention: a government lawyer's perspective», dans G. Plant (dir. publ.), *Environmental Protection and the Law of War: A "Fifth Geneva" Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict*, Londres, Belhaven Press, 1992, p. 96 à 103.

VAN DER POLL, Letetia, et Ashraf BOOLEY

«In our common interest: liability and redress for damage caused to the natural environment during armed conflict», *Law, Democracy and Development*, vol. 15 (2011), p. 90 à 129.

VAN DER VYVER, Johan D.

«The environment: State sovereignty, human rights, and armed conflict», *Emory International Law Review*, vol. 23, n° 1 (2009), p. 85 à 112.

VENTURINI, Gabriella

«Disasters and armed conflict», dans A. de Guttry, M. Gestri et G. Venturini (dir. publ.), *International Disaster Response Law*, La Haye, T.M.C. Asser, 2012, p. 251 à 266.

«International disaster response law in relation to other branches of international law», dans A. de Guttry, M. Gestri et G. Venturini (dir. publ.), *International Disaster Response Law*, La Haye, T.M.C. Asser, 2012, p. 45 à 64.

VERWEY, Wil D.

«Observations on the legal protection of the environment in times of international armed conflict», *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 7, 1994, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p. 35 à 52.

«Protection of the environment in times of armed conflict: in search of a new legal perspective», *Leiden Journal of International Law*, vol. 8, n° 1 (1995), p. 7 à 40.

VIALLE, Anne-Cécile, *et al.*

«Peace through justice? International tribunals and accountability for wartime environmental wrongs», dans C. Bruch, C. Muffet et S. S. Nichols (dir. publ.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Routledge, à paraître.

VIÑUALES, Jorge E.

«Cartographies imaginaires: observations sur la portée juridique du concept de "régime spécial" en droit international», *Journal du droit international*, vol. 140, n° 2 (2013), p. 405 à 425.

VOIGT, Christina

Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009.

VONEKY, Silija

«A new shield for the environment: peacetime treaties as legal restraints of wartime damage», *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 9, n° 1 (2000), p. 20 à 32.

«Peacetime environmental law as a basis of State responsibility for environmental damage caused by war», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 190 à 225.

Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten, Berlin, Springer, 2001.

WALEJ, Annica, *et al.*

Greening Peace Operations: Policy and Practice, Stockholm, Defence Research Agency, 2011.

WARNER, Frederick

«The environmental consequences of the Gulf War», *Environment*, vol. 33, n° 5 (1991), p. 7 à 26.

WARSTA, Matias (dir. publ.)

Conference Proceedings of the European Conference of Defence and the Environment, Helsinki, May 2013, Helsinki, Ministère de la défense de Finlande, 2013.

WESTING, Arthur H.

Ecological Consequences of the Second Indochina War, Stockholm, Almqvist and Wiksell International, 1976.

Warfare in a Fragile World: Military Impact on the Human Environment, Londres, Taylor and Francis, 1980.

«In furtherance of environmental guidelines for armed forces during peace and war», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 171 à 181.

WESTING, Arthur (dir. publ.)

Explosive Remnants of War: Mitigating the Environmental Effects, Londres, Taylor and Francis, 1985.

Global Resources and International Conflict: Environmental Factors in Strategic Policy and Action, Oxford, Oxford University Press, 1986.

WHITTEMORE, Luke A.

«Intervention and post-conflict natural resource governance: lessons from Liberia», *Minnesota Journal of International Law*, vol. 17, n° 2 (2008), p. 387 à 433.

WYATT, Julian

«Le développement du droit international au carrefour du droit de l'environnement, du droit humanitaire et du droit pénal: les dommages causés à l'environnement en période de conflit armé international», *Revue internationale de la Croix-Rouge: sélection française*, vol. 92 (2010), p. 301 à 360.

ZEMMALI, Ameer

«La protection de l'environnement en période de conflit armé dans les normes humanitaires et l'action du Comité international de la Croix-Rouge», dans N. Al-Nauimi et R. Meese (dir. publ.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995.

PROTECTION DE L'ATMOSPHERE

[Point 11 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/667

Premier rapport sur la protection de l'atmosphère, par M. Shinya Murase, Rapporteur spécial*

[Original: anglais]
[14 février 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	252
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	254
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-19 257
A. Inscription du sujet au programme de travail de la Commission du droit international	1-7 257
B. Objet du présent rapport	8-9 259
C. Intérêt du sujet et plans d'attaque.....	10-19 259
1. Intérêt du sujet	10-14 259
2. Approches.....	15-19 260
<i>Chapitres</i>	
I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	20-63 262
A. Évolution du droit international de la protection de l'atmosphère.....	20-28 262
B. Sources.....	29-63 265
1. Conventions.....	30-41 265
2. Jurisprudence des juridictions internationales.....	42-50 271
3. Droit international coutumier	51-62 275
4. Doctrine	63 278
II. DÉFINITION	64-70 279
A. Caractéristiques physiques de l'atmosphère.....	64-68 279
B. Définition de l'atmosphère	69-70 281
III. CHAMP D'APPLICATION DU PROJET DE DIRECTIVES.....	71-78 282
A. Dégradation de l'environnement d'origine anthropogénique.....	71-74 282
B. Protection des environnements naturel et humain.....	75 283
C. Causes de la dégradation de l'atmosphère.....	76 283
D. Rapports avec d'autres branches du droit international.....	77-78 284
IV. STATUT JURIDIQUE DE L'ATMOSPHERE.....	79-90 284
A. Distinction entre espace aérien et atmosphère.....	80-83 284
B. Ressources naturelles partagées ou communes	84-85 285
C. Préoccupation commune de l'humanité	86-90 286
V. CONCLUSION	91-92 287

* Le Rapporteur spécial tient à remercier M^{me} Maya Inuzuka, JD, faculté de droit d'Osgoode Hall, Université York, au Canada, et M. Masayuki Hiromi, attaché de recherche, Institut de droit comparé, Université Waseda, au Japon, pour leur contribution inestimable au présent rapport, ainsi que M^{me} Nadia Sanchez, doctorante, Université de Leyde, aux Pays-Bas, pour son aide. Il tient également à remercier ses stagiaires, M. Joseph Jerome (2010), M. Joseph Rome (2011), M^{me} Annie Hillman (2012) et M. Michael Lu (2013), de la faculté de droit de l'Université de New York, pour le concours qu'ils lui ont apporté durant les sessions de la Commission du droit international.

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Déclaration de 1899 relative à l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut de ballons (La Haye, 29 juillet 1899)	J. B. Scott (dir. publ.), <i>Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907</i> , New York, Oxford University Press, 1918, p. 220.
Convention portant réglementation de la navigation aérienne (Paris, 13 octobre 1919)	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 11, n° 297, p. 173.
Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 15, n° 102, p. 295.
Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) [Genève, 30 octobre 1947]	Ibid., vol. 55, n° 814, p. 187.
Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces (Londres, 19 juin 1951)	Ibid., vol. 199, n° 2678, p. 67.
Accord concernant l'adoption de conditions uniformes d'homologation et la reconnaissance réciproque de l'homologation des équipements et pièces de véhicules à moteur (Genève, 20 mars 1958)	Ibid., vol. 335, n° 4789, p. 211.
Convention sur le plateau continental (Genève, 29 avril 1958)	Ibid., vol. 499, n° 7302, p. 311.
Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (Moscou, 5 août 1963)	Ibid., vol. 480, n° 6964, p. 43.
Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes (Moscou, Londres et Washington, 27 janvier 1967)	Ibid., vol. 610, n° 8843, p. 205.
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 relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau [Ramsar (Iran), 2 février 1971]	Ibid., vol. 996, n° 14583, p. 245.
Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires (Convention MARPOL) [Londres, 2 novembre 1973]	Ibid., vol. 1341, n° 22484, p. 3.
Protocole de 1978 relatif à la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires (Londres, 17 février 1978)	
Protocole de 1997 modifiant la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par le Protocole de 1978 y relatif (Londres, 26 septembre 1997)	Nations Unies, <i>Annuaire juridique 1997</i> (numéro de vente: F.02.V.1), p. 382.
Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (New York, 10 décembre 1976)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1108, n° 17119, p. 151.
Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979)	Ibid., vol. 1302, n° 21623, p. 217.
Protocole à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif au financement à long terme du programme concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe (EMEP) [avec annexe] (Genève, 28 septembre 1984)	Ibid., vol. 1491, n° 25638, p. 167.
Protocole à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, de 1979, relatif à la réduction des émissions de soufre ou de leurs flux transfrontières d'au moins 30 pour cent (Helsinki, 8 juillet 1985)	Ibid., vol. 1480, n° 25247, p. 215.
Protocole à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979, relatif à la lutte contre les émissions d'oxydes d'azote ou leurs flux transfrontières (Sofia, 31 octobre 1988)	Ibid., vol. 1593, n° 27874, p. 287.
Protocole à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, de 1979, relatif à la lutte contre les émissions des composés organiques volatils ou leurs flux transfrontières (Genève, 18 novembre 1991)	Ibid., vol. 2001, n° 34322, p. 187.
Protocole à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre (Oslo, 14 juin 1994)	Ibid., vol. 2030, n° 21623, p. 122.
Protocole à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, de 1979, relatif aux métaux lourds (Aarhus, 24 juin 1998)	Ibid., vol. 2237, n° 21623, p. 4.

Sources

- Protocole à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, de 1979, relatif aux polluants organiques persistants (Aarhus, 24 juin 1998) Ibid., vol. 2230, n° 21623, p. 79.
- Protocole à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique (Protocole de Göteborg) [Göteborg (Suède), 30 novembre 1999], tel que modifié en 2012 Ibid., vol. 2319, n° 21623, p. 80.
- 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 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.
- Ajustements au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Londres, 29 juin 1990) Ibid., vol. 1598, n° 26369, p. 469.
- Amendement au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Londres, 29 juin 1990) *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 377, 31 décembre 1991, p. 30.
- Amendement au Protocole de Montréal du 16 septembre 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Copenhague, 25 novembre 1992) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1785, n° 26369, p. 517.
- Amendement au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone adopté par la neuvième réunion des Parties (Montréal, 17 septembre 1997) Ibid., vol. 2054, n° 26369, p. 522.
- Amendement au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Beijing, 3 décembre 1999) Ibid., vol. 2173, n° 26369, p. 183.
- 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.
- Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992) Ibid., 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.
- Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Kyoto, 11 décembre 1997) Ibid., vol. 2303, n° 30822, p. 162.
- Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992) Ibid., vol. 1760, n° 30619, p. 79.
- Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (Paris, 14 octobre 1994) Ibid., vol. 1954, n° 33480, p. 3.
- Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (New York, 10 septembre 1996) A/50/1027, annexe.
- 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, Sixième Commission, Supplément n° 49 (A/51/49)*, vol. III, résolution 51/229, annexe.
- Accord concernant l'établissement de règlements techniques mondiaux applicables aux véhicules à roues, ainsi qu'aux équipements et pièces qui peuvent être montés et/ou utilisés sur les véhicules à roues (Genève, 25 juin 1998) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2119, n° 36868, p. 129.
- Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (Stockholm, 22 mai 2001) Ibid., vol. 2256, n° 40214, p. 119.
- Accord de l'ASEAN sur les nuages de pollution transfrontières (Kuala Lumpur, 10 juin 2002) PNUE, *Selected Texts of Legal Instruments in International Environmental Law*, Ardsley (New York), Transnational Publishers, 2005, p. 604.

Sources

- Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels (Kiev, 21 mai 2003)
- ECE/MP.WAT/11-ECE/CP.TEIA/9, disponible sur le site Web des Nations Unies consacré à la collection des Traités, à l'adresse suivante : https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/27_16F.pdf.
- Convention-cadre sur la protection de l'environnement pour le développement durable en Asie centrale [Achgabat (Turkmenistan), 22 novembre 2006]
- TRE-143806. Disponible à l'adresse suivante : www.ecolex.org.
- Convention de Minamata sur le mercure (Kumamoto, 10 octobre 2013)
- Minamata Convention on Mercury: Text and Annexes*, PNUE, 2013. Disponible à l'adresse suivante : www.mercuryconvention.org.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- AHRENS, C. Donald
Essentials of Meteorology: An Invitation to the Atmosphere, 6^e éd., Belmont, Californie, Brooks/Cole, 2012.
- ALLABY, Michael
Dictionary of the Environment, 3^e éd., New York, New York University Press, 1989.
- ANTON, Donald K.
«Treaty congestion» in contemporary international environmental law», dans S. Alam *et al.* (dir. publ.), *Routledge Handbook of International Environmental Law*, New York, Routledge, 2013, p. 651 à 665.
- ATTARD, David
«The meeting of the Group of Legal Experts to examine the concept of the common concern of mankind in relation to global environmental issues», Nairobi, PNUE, 1991.
- BAE, Jon
«Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization: contradiction of political body adjudication», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, n^o 1 (2013), p. 65 à 81.
- BAGADER, Abubakr Ahmed, *et al.*
La protection de l'environnement en Islam, 2^e éd. augmentée, «IUCN Environmental Policy and Law Paper», Gland (Suisse), Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), 1994.
- BARTELS, Lorand
«The WTO legality of the application of the EU emissions trading system to aviation», *EJIL*, vol. 23, n^o 2 (2012), p. 429 à 467.
- BEVANS, Charles I. (dir. publ.)
Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949, vol. 12, Washington, United States Government Printing Office, 1974.
- BIERMANN, Frank
«Common concern of humankind»: the emergence of a new concept of international environmental law», dans O. Kimmich *et al.* (dir. publ.), *Archiv des Völkerrechts*, vol. 34, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1996, p. 426 à 481.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE, et Catherine REDGWELL
International Law and the Environment, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BOYLE, Alan E.
«International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles», dans R. Churchill et D. Freestone (dir. publ.), *International Law and Global Climate Change*, Londres, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1991, p. 7 à 19.
- BOYLE, Alan, et Christine CHINKIN
The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BROWN WEISS, Edith
«International responses to weather modification», *International Organization*, vol. 29, n^o 3 (1975), p. 805 à 826.
«International environmental law: contemporary issues and the emergence of a new world order», *Georgetown Law Journal*, vol. 81 (1993), p. 675 à 710.
«Opening the door to the environment and to future generations», dans L. Boisson de Chazournes et P. Sands (dir. publ.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 338 à 353.
- BRUCE, Jim
«Law of the air: a conceptual outline», *Environmental Policy and Law*, vol. 18 (1988), p. 5.
- BRUNNÉE, Jutta
«Common areas, common heritage, and common concern», dans D. Bodansky, J. Brunnée et E. Hey (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 550 à 573.
- BRUNNÉE, Jutta, et Stephen J. TOOPE
«Environmental security and freshwater resources: ecosystem regime building», *AJIL*, vol. 91 (1997), p. 26 à 59.
- BUHI, Jason, et Lin FENG
«The International Joint Commission's role in the United States-Canada transboundary air pollution control regime: a century of experience to guide the future», *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 11 (2009), p. 129.
- CHENG, Bin
The Law of International Air Transport, Londres, Stevens and Sons, 1962.
«Air law», dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North-Holland, 1992, p. 66 à 72.
- DAVIES, Peter, et Jeffrey GOH
«Air transport and the environment: regulating aircraft noise», *Air and Space Law*, vol. 18, n^o 3 (1993), p. 123 à 135.
- DAVIS, Ray J.
«Atmospheric water resources development and international law», *Natural Resources Journal*, vol. 31 (1991), p. 11 à 44.
- DOLZER, Rudolf
«Atmosphere, protection», dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North-Holland, 1992, p. 289 à 295.

- DUPUY, Pierre-Marie
La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle, Paris, Pedone, 1976.
- FABER, Jasper, et Linda BRINKE
The Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading System: An Economic and Environmental Assessment, Trade and Sustainable Energy Series, dossier n° 5, Genève, Centre international pour le commerce et le développement durable, 2011.
- FAUCHILLE, Paul
 «Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats», *RGDIP*, vol. 8 (1901), p. 414 à 485.
- FITZMAURICE, Malgosia
 «The *Gabčíkovo-Nagymaros* case: the law of treaties», *Leiden Journal of International Law*, vol. 11 (1998), p. 321 à 344.
- FRANCK, Thomas M.
 «Word made law: the decision of the ICJ in the nuclear test cases», *AJIL*, vol. 69 (1975), p. 612 à 620.
- GOLDIE, Louis Frederick Edward
 «Liability for damage and the progressive development of international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), p. 1189 à 1264.
 «A general view of international environmental law. A survey of capabilities, trends and limits», dans A.-C. Kiss (dir. publ.), *The Protection of the Environment and International Law*, Académie de droit international de La Haye, 1975, p. 25 à 143.
- GRENNFELT, Peringe, *et al.* (dir. publ.)
Saltjöbaden V—Taking International Air Pollution Policies into the Future, Gothenburg, 24-26 June 2013, Copenhague, Conseil des ministres des pays nordiques, 2013.
- GROTIUS, Hugo
La liberté des mers: Mare Liberum, réédition de la traduction d'A. Guichon de Grandpoint, Paris, Panthéon Assas, 2013.
- GUINCHARD, M.
 «La collaboration franco-helvétique en matière d'aéroports (Bâle-Mulhouse et Genève)», *AFDI*, vol. 3 (1957), p. 668 à 677.
- HANDL, Günther
 «Balancing of interests and international liability for the pollution of international watercourses: customary principles of law revisited», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 13 (1975), p. 156 à 194.
- HEERE, Wybo P.
 «Problems of jurisdiction in air and outer space», dans T. D. Gill et W. P. Heere (dir. publ.), *Reflections on Principles and Practice of International Law: Essays in Honour of Leo J. Bouchez*, Boston, Martinus Nijhoff, 2000, p. 65 à 81.
- HOBE, Stephan
 «Airspace», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 263 à 267.
- HOGAN, John
 «Legal terminology for the upper regions of the atmosphere and for the space beyond the atmosphere», *AJIL*, vol. 51 (1957), p. 362 à 375.
- HUNTER, David, James SALZMAN, et Durwood ZAELKE
International Environmental Law and Policy, 3^e éd., New York, Foundation Press, 2007.
- JANS, Jan H., et Hans B. VEDDER
European Environmental Law: After Lisbon, 4^e éd., Groningue, Europa Law Publishing, 2012.
- JENKS, C. Wilfred
 «Liability for ultra-hazardous activities in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1966, t. 117, Martinus Nijhoff, 1966, p. 99 à 200.
- JONES, Gareth, *et al.*
Collins Dictionary of Environmental Science, Glasgow, Harper Collins, 1990.
- KISS, Alexandre, et Dinah SHELTON
International Environmental Law, 3^e éd., Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2004, p. 555 à 592.
- KISS, Alexandre-Charles, et Claude LAMBRECHTS
 «Les dommages causés au sol par les vols supersoniques», *AFDI*, vol. 16 (1970), p. 769 à 781.
- KNOX, John H.
 «Climate change and human rights law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, n° 1 (2009).
- KOKOTT, Juliane
 «Equity in international law», dans F. L. Toth (dir. publ.), *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change*, Londres, Earthscan, 1999, p. 173 à 192.
- KOSKENNIEMI, Martti
 «International law and hegemony: a reconfiguration», *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, n° 2 (2004), p. 197 à 218.
The Politics of International Law, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- KREUTER-KIRCHHOF, Charlotte
 «Atmosphere, international protection», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 737 à 744.
- KUHN, Arthur K.
 «The *Trail Smelter* arbitration—United States and Canada», *AJIL*, vol. 32 (1938), p. 785 à 788, et vol. 35 (1941), p. 665 à 666.
- LEFEBER, René
 «The *Gabčíkovo-Nagymaros* Project and the law of State responsibility», *Leiden Journal of International Law*, vol. 11 (1998), p. 609 à 623.
- LEGGETT, Jane, Bart ELIAS, et Daniel T. SHEDD
Aviation and the European Union's Emission Trading Scheme, rapport R42392 du Congressional Research Service au Congrès américain, Washington, Congressional Research Service, 2012.
- LELLOUCHE, Pierre
 «The International Court of Justice—the *Nuclear Tests* cases: judicial silence v. atomic blasts», *Harvard International Law Journal*, vol. 16 (1975), p. 614 à 637.
- LIDSKOG Rolf, et Göran SUNDQVIST (dir. publ.)
Governing the Air: The Dynamics of Science, Policy, and Citizen Interaction, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2011.
- MACDONALD, R. S. J., et Barbara HOUGH
 «The *Nuclear Tests* case revisited», *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), p. 337 à 357.
- MADDERS, Kevin J.
 «*Trail Smelter* arbitration», dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, North-Holland, 1992, p. 900 à 903.
- MATEESCO MATTE, Nicolas
Traité de droit aérien-aéronautique, 2^e éd., Paris, Pedone, 1964.
 «Space law», dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North-Holland, 1992, p. 552 à 557.
- McDOUGAL, Myers S., Harold D. LASSWELL, et Ivan A. VLASIC
Law and Public Order in Space, New Haven, Yale University Press, 1963.
- McRAE, Donald
 «The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission», *Kokusaiho Gaiko Zasshi (Journal of International Law and Diplomacy)*, vol. 111 (2013), p. 76 à 94.

MCWHINNEY, Edward

«International law-making and the judicial process: the world court and the *French Nuclear Tests* case», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 3 (1975), p. 9 à 46.

MOMTAZ, Djamchid

«The use of nuclear weapons and the protection of the environment: the contribution of the International Court of Justice», dans L. Boisson de Chazournes et P. Sands (dir. publ.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 354 à 374.

MOORE, John Bassett

«Fur seal arbitration», *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. I. Washington, Government Printing Office, 1898, p. 755 à 961.

MURASE, Shinya

«Perspectives from international economic law on transnational environmental issues», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1995, t. 253, Martinus Nijhoff, p. 283 à 431.

«Unilateral measures and the WTO dispute settlement», dans S. S. C. Tay et D. C. Esty (dir. publ.), *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*, Singapour, Times Academic Press, 1996, p. 137 à 144.

«Conflict of international regimes: trade and the environment», dans K. Koufa (dir. publ.), *Protection of the Environment for the New Millennium*, Thessalonique, Institute of International Public Law and International Relations, 2002, p. 297 à 340.

Kokusai Rippo: Kokusaiho no Hogenron (Formation du droit international : sources du droit international), Tokyo, Toshindo, 2002.

International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues, Tokyo, Sophia University Press, 2011.

«Protection of the atmosphere and international law: rationale for codification and progressive development», *Sophia Law Review*, n° 55 (2012), p. 1 à 58.

MURASE, Shinya, *et al.*

«Compliance with international standards: environmental case studies», dans *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law: Structures of World Order*, vol. 89, du 5 au 8 avril 1995, Washington, American Society of International Law, 1995, p. 206 à 224.

NORDBERG, Lars

Air Pollution: Promoting Regional Cooperation, Nairobi, PNUE, 2010.

NORDQUIST, Myron H., Shabtai ROSENNE, et Alexander YANKOV (dir. publ.)

United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, vol. IV, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.

ODA, Shigeru

«The hydrogen bomb tests and international law», *Die Friedenswarte*, vol. 53 (1956), p. 126 à 135.

ORTOLAN, Joseph-Louis Elzéar

Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien, 6^e éd., t. 2, livre second, titre I: «De la division des choses», Paris, Plon, 1857.

OSAKA, Eri

«Reevaluating the role of the tort liability system in Japan», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, n° 2 (2009), p. 393 à 426.

PERERA, Amrith Rohan

«Role of international law in meeting challenges to contemporary international relations: contribution of the International Law Commission (ILC)», dans M. Pogačnik (dir. publ.), *Challenges of Contemporary International Law and International Relations: Liber Amicorum in Honour of Ernest Petrič*, Nova Gorica (Slovénie), 2011, p. 313 à 325.

RAMCHARAN, B. G.

The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law, La Haye, Martinus Nijhoff, 1977.

RAUSCHNING, Dietrich

«Interim report of the Committee: legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution», dans *Report of the Sixty-Second Conference Held at Seoul: August 24th to August 30th, 1986*, Seoul, International Law Association, 1986, p. 198 à 223.

READ, John E.

«The *Trail Smelter* dispute», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1 (1963), p. 213 à 229.

REST, Alfred

«Tschernobyl und die Internationale Haftung», *Versicherungsrecht*, vol. 37 (1986), p. 609 à 620.

«International environmental law in German courts», *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), p. 409 à 422.

ROBB, Cairo, A. R. (dir. publ.)

International Environmental Law Reports, vol. 1, *Early Decisions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

ROCH, Philippe, et Franz Xaver PERREZ

«International environmental governance: the strive towards a comprehensive, coherent, effective and efficient international environmental regime», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 16 (2005), p. 1 à 25.

ROSLYCKY, Lada L.

«Weather modification operations with transboundary effects: the technology, the activities and the rules», *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 16 (2003), p. 19 à 40.

ROWLANDS, Ian H.

«Atmosphere and outer space», dans D. Bodansky, J. Brunnée et E. Hey (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 315 à 336.

RUBIN, Alfred P.

«Pollution by analogy: the *Trail Smelter* arbitration», *Oregon Law Review*, vol. 50 (1971), p. 259 à 282.

SAND, Peter H.

«Internationaler Umweltschutz und neue Rechtsfragen der Atmosphäre», *Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen* (revue allemande de droit aérien et spatial), vol. 20 (1971), p. 109 à 133.

Lessons Learned in Global Environmental Governance, Washington, World Resources Institute, 1990.

«Regional approaches to transboundary air pollution», dans J. L. Helm (dir. publ.), *Energy Production, Consumption, and Consequences*, Washington, National Academy Press, 1990, p. 246 à 264.

«UNCED and the development of international environmental law», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3, n° 1 (1992), p. 3 à 17.

«Carrots without sticks? New financial mechanisms for global environmental agreements», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 3 (1999), p. 363 à 388.

Transnational Environmental Law: Lessons in Global Change, International Environmental Law and Policy Series, vol. 53. Londres, Kluwer Law International, 1999.

«Shared responsibility for transboundary air pollution», dans A. Nollkaemper et I. Plakokefalos (dir. publ.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, à paraître.

SAND, Peter H., Geoffrey N. PRATT, et James T. LYON

An Historical Survey of the Law of Flight, Montréal, McGill University Institute of Air and Space Law, 1961.

- SANDS, Philippe
Principles of International Environmental Law, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SANDS, Philippe (dir. publ.)
Chernobyl: Law and Communication — Transboundary Nuclear Air Pollution — The Legal Materials, Cambridge, Grotius Publications, 1988.
- SANDS, Philippe, et Jacqueline PEEL
Principles of International Environmental Law, 3^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- SCHULZE, Teresa, Hanna WANG-HELMREICH, et Wolfgang STERK
Human Rights in a Changing Climate—Demands on German and International Climate Policy: The Human Rights to Food and to Water, Heidelberg, FIAN International, 2011.
- SELDEN, John
Of the Dominion, or, Ownership of the Sea, traduction de M. Needham, New Jersey, Lawbook Exchange, 2004.
- SHELTON, Dinah
 «Equity», dans D. Bodansky, J. Brunnée et E. Hey (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 639 à 662.
- SLIGGERS, Johan, et Willem KAKEBEEKE (dir. publ.)
Clearing the Air: 25 years of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution (publication des Nations Unies, numéro de vente: E.04.II.E.20).
- SOMMER, Jerzy
 «Transboundary co-operation between Poland and its neighbouring States», dans C. Flinterman, B. Kwiatkowska et J. G. Lammers (dir. publ.), *Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Cooperation of States*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, p. 205 à 233.
- SOROOS, Marvin S.
The Endangered Atmosphere: Preserving a Global Commons, Columbia, University of South Carolina Press, 1997.
- SUR, Serge
 «Les affaires des essais nucléaires (Australie c. France, Nouvelle-Zélande c. France; C.I.J. – arrêts du 20 décembre 1974)», RGDIP, vol. 80 (1975), p. 972 à 1027.
- TAKAHASHI, Wakana
 «Formation of an East Asian regime for acid rain control: the perspective of comparative regionalism», *International Review for Environmental Strategies*, vol. 1, n° 1 (2000), p. 97 à 117.
- TAN, Alan Khee-Jin
 «The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution: prospects for compliance and effectiveness in post-Suharto Indonesia», *New York University Environmental Law Journal*, vol. 13, n° 3 (2005), p. 647 à 722.
- TARBUCK, Edward J., Frederick K. LUTGENS, et Dennis TASA
Earth Science, 13^e éd., Upper Saddle River (New Jersey), Pearson Prentice Hall, 2011.
- TAUBENFELD, Howard J.
 «International environmental law: air and outer space», dans L. A. Teclaff et A. E. Utton (dir. publ.), *International Environmental Law*, New York, Praeger, 1974, p. 187 à 198.
- THIERRY, Hubert
 «Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice», AFDI, vol. 20, n° 20 (1974), p. 286 à 298.
- THOMPSON, Graham R., et Jonathan TURK
Earth Science and the Environment, 4^e éd., Belmont, California, Brooks/Cole, 2007.
- TOMAS, Lisa
 «Air law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 233 à 242.
- VAN BOGAERT, E. R. C.
Aspects of Space Law, Deventer (Pays-Bas), Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986.
- VON CIRIACY-WANTRUP, S.
Resource Conservation: Economics and Policies, 3^e éd., Berkeley, University of California Press, 1968.
- WALLACE, John M., et Peter V. HOBBS
Atmospheric Science: An Introductory Survey, 2^e éd., International Geophysics Series, vol. 92, Boston, Elsevier Academic Press, 2006.
- WEIL, Prosper
 «L'équité dans la jurisprudence de la Cour [i]nternationale de Justice: un mystère en voie de dissipation?», 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. 121 à 144.
- WEISS, Wolfgang
 «The global dimensions of atmospheric radioactivity detection: experience and conclusions after Fukushima Daiichi nuclear power plant accident», *CTBTO Spectrum*, vol. 17 (2011), p. 27 à 29.
- WHITEMAN, Marjorie M.
Digest of International Law, vol. 4, Washington, US Government Printing Office, 1965.
- XUE, Hanqin
Transboundary Damage in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- YOSHIDA, Osamu
The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer, International Law, International Régimes, and Sustainable Development, La Haye, Kluwer Law International, 2001.

Introduction

A. Inscription du sujet au programme de travail de la Commission du droit international

1. À sa soixante-troisième session, en 2011, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet «Protection de l'atmosphère» à son programme de travail à long terme¹. Le plan d'étude, qui comprend une brève

présentation du sujet et une bibliographie sommaire, est annexé au rapport de la Commission à l'Assemblée générale à sa soixante-sixième session².

2. À sa soixante-sixième session, l'Assemblée générale, dans sa résolution 66/98 du 9 décembre 2011 concernant le rapport de la Commission du droit international sur les

¹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 17, par. 32.

² *Ibid.*, annexe II, p. 195.

travaux de sa soixante-troisième session, a notamment pris acte du fait que cette dernière avait inscrit le sujet « Protection de l'atmosphère » à son programme de travail à long terme (paragraphe 7).

3. Durant l'examen du rapport de la Commission par la Sixième Commission, un certain nombre d'États se sont félicités que la Commission ait inscrit ce sujet à son programme de travail, disant tout l'intérêt qu'ils y portent³. Certains ont même souhaité qu'elle en fasse une priorité⁴. On a exprimé également l'avis que la « protection de l'atmosphère [était] une préoccupation croissante de la communauté internationale » et qu'il « serait louable que la Commission fasse le point sur les dispositions existantes des diverses conventions pertinentes et qu'elle élabore un nouveau régime juridique en la matière »⁵. Une autre délégation, partageant cet avis, a estimé que la « détérioration de l'atmosphère en rend[ait] la protection urgente »⁶. On a exprimé le souhait que la Sixième Commission encourage vivement la Commission à examiner le sujet. On a vu d'un bon œil le fait que celle-ci décide d'explorer de nouvelles branches du droit international, un représentant faisant observer qu'elle abordait désormais des matières jusque-là inexplorées, comme l'environnement, le droit humanitaire et le droit des investissements, et que ses travaux, en phase avec l'état du droit international contemporain et répondant aux intérêts de la communauté internationale, promettaient de donner des résultats particulièrement utiles⁷. On a fait remarquer que la protection de l'atmosphère méritait « le plus d'être examiné[e] car [elle] [touche] des aspects fondamentaux de la protection de l'environnement », domaine dans lequel il existait de nombreux instruments internationaux et une doctrine abondante mais qui devait « être étudié plus avant et systématisé afin de répondre aux inquiétudes croissantes de la communauté internationale »⁸. Certains États ont toutefois relevé que le sujet était « hautement technique » et ont douté que la Commission ait à s'en saisir⁹. On a craint que le caractère extrêmement technique du sujet ne rende vaine toute tentative de codification et de développement progressif du droit¹⁰. On a fait également

remarquer que « la structure actuelle du droit dans ce domaine [était] fondée sur les traités, spécialisés et relativement efficaces, et [qu']à la lumière des négociations en cours face à des situations complexes en évolution constante, il [était] préférable de ne pas tenter pour le moment de codifier de règles en la matière »¹¹. Le Rapporteur spécial prend ces observations très au sérieux et il a tenté d'y répondre dans le présent rapport, en espérant sincèrement que les États Membres se laisseront persuader que la protection de l'atmosphère est un sujet important, qui doit figurer au programme de travail de la Commission.

4. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail actuel et a nommé M. Shinya Murase Rapporteur spécial sur le sujet¹².

5. La Commission a subordonné l'inscription du sujet aux conditions suivantes :

a) Les travaux sur ce sujet seraient conduits de façon à ne pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance. Les travaux ne concerneraient pas non plus des questions telles que la responsabilité de l'État et de ses ressortissants, le principe « pollueur-payeur », le principe de précaution, les responsabilités communes mais différenciées, et le transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais seraient aussi sans préjudice de ces questions.

b) Dans le cadre des travaux sur ce sujet, la Commission ne traiterait pas non plus de questions relatives à certaines substances qui font l'objet de négociations interétatiques, comme le noir de carbone ou l'ozone troposphérique, et d'autres substances à double impact. Le projet ne viserait pas à « combler » les lacunes des régimes conventionnels.

c) Les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation, seraient exclues du sujet.

d) Les travaux de la Commission sur le sujet viseraient à élaborer un projet de directives, sans chercher à compléter les régimes conventionnels actuels par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques.

Les rapports du Rapporteur spécial seraient fondés sur le respect de ces conditions¹³.

6. Lors de l'examen du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-cinquième session par la

³ Par exemple, Algérie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Sixième Commission*, 28^e séance (A/C.6/66/SR.28), par. 50; Danemark (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/66/SR.18), par. 30; Canada, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/66/SR.19), par. 46; Chine, *ibid.*, par. 15; Nigéria, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/66/SR.20), par. 85; Pologne, *ibid.*, par. 64; Slovaquie, *ibid.*, par. 9; Espagne, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/66/SR.27), par. 37; et Sri Lanka, *ibid.*, par. 29.

⁴ Danemark (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/66/SR.18), par. 31; et Pologne, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/66/SR.20), par. 64.

⁵ Autriche, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/66/SR.19), par. 4.

⁶ Japon, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/66/SR.18), par. 63.

⁷ République tchèque.

⁸ Italie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Sixième Commission*, 26^e séance (A/C.6/66/SR.26), par. 43. Pour la Slovaquie également, la question est particulièrement pertinente [*ibid.*, 20^e séance (A/C.6/66/SR.20), par. 9].

⁹ On a fait observer que le sujet était hautement technique et qu'il comportait de nombreux aspects qui ne relevaient pas de la compétence de la Commission [France, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/66/SR.20), par. 48]. Les Pays-Bas, qui ont partagé ce doute, ont estimé que la « question de la protection de l'atmosphère sembl[ait] plus relever d'un débat entre spécialistes » [*ibid.*, 28^e séance (A/C.6/66/SR.28), par. 64].

¹⁰ République islamique d'Iran, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/66/SR.27), par. 52.

¹¹ États-Unis d'Amérique, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/66/SR.20), par. 15. Des observations allant dans le même sens ont été formulées en 2012 : Chine, *ibid.*, soixante-septième session, 19^e séance (A/C.6/67/SR.19), par. 52; États-Unis, *ibid.*, par. 118; France, *ibid.*, par. 91; Pays-Bas, *ibid.*, par. 31; Royaume-Uni, *ibid.*, par. 68; et Fédération de Russie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/67/SR.22), par. 103.

¹² *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 83, par. 168.

¹³ *Ibid.* On notera que ces restrictions concernent les seules « négociations politiques [sur la matière] » et les « questions [...] qui font l'objet de négociations », et que rien n'interdit d'envisager des matières qui n'entrent pas dans le cadre de telles négociations. Le Rapporteur spécial n'avait du reste nullement l'intention de bousculer des processus politiques en cours ou de traiter de thèmes qui y seraient abordés. Le fait que les « travaux ne concerneraient pas non plus » certaines questions mentionnées plus haut et « seraient aussi sans préjudice de ces questions » n'interdit certes pas de les mentionner ici. Le projet n'a pas vocation à combler les lacunes des régimes conventionnels qu'il ne manquera pas de déceler. Il convient également de noter que ces restrictions n'empêchent pas non plus d'examiner les aspects du droit international coutumier ayant trait au sujet à la lumière de la pratique conventionnelle, considérée soit comme simple pratique des États, soit comme pratique acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Sixième Commission, en 2013, un certain nombre d'États ont salué l'inscription du sujet¹⁴, d'autres ont réitéré les mêmes doutes que ceux que le sujet leur avait précédemment inspirés¹⁵.

7. Le Rapporteur spécial a entrepris de nouer des contacts avec des représentants d'organismes intergouvernementaux intéressés et d'organisations internationales, comme le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), l'Organisation météorologique mondiale (OMM) et la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE)¹⁶.

B. Objet du présent rapport

8. Le présent rapport voudrait traiter de la finalité du projet envisagé dans le but d'apprécier l'opportunité de faire œuvre de développement progressif et de codification du droit international en cette matière; et circonscrire le champ du sujet. Toutefois, loin de revêtir un caractère purement exploratoire, il se veut l'occasion de dégager les concepts de base, angles d'attaque et approches du sujet, le but étant de délimiter les contours des questions que la Commission doit examiner à titre préalable s'agissant de la protection de l'atmosphère et des problèmes juridiques

¹⁴ Autriche, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17)*, par. 73; Portugal, *ibid.*, par. 86; Singapour, *ibid.*, par. 78; Pérou, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 27; République tchèque, *ibid.*, par. 102; Roumanie, *ibid.*, par. 116; et Indonésie, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), par. 69; ainsi que Cuba (au nom de la Communauté des États d'Amérique latine et des Caraïbes), Espagne, Inde, Italie, Malaisie, Slovaquie et Thaïlande. L'Autriche a suggéré de redéfinir ces conditions, estimant que l'examen de certaines questions exclues du mandat à ce stade, comme la responsabilité et le principe de précaution, était inévitable [*ibid.*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 73]. De l'avis du Japon, la protection de l'environnement atmosphérique «appel[ait] une action coordonnée de la communauté internationale», l'espoir étant que «les travaux sur le sujet [soient] fructueux» (*ibid.*, par. 81).

¹⁵ États-Unis, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17)*, par. 50; France, *ibid.*, par. 106; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 21; Chine, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), par. 60; Fédération de Russie, *ibid.*, par. 55. Aux yeux de la France, la limitation du champ des travaux semblait une «sage précaution» [*ibid.*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 106].

¹⁶ Dans ce contexte, la Division du droit et des conventions relatifs à l'environnement du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) a organisé un atelier de deux jours au siège du PNUE à Nairobi, les 17 et 18 janvier 2011, sur le thème de la «Protection de l'atmosphère». Le Rapporteur spécial exprime ses vifs remerciements à M. Masaharu Nagai, Directeur adjoint par intérim de la Division, qui a organisé l'atelier. Un atelier a été organisé sur le même thème à la Maison internationale de l'environnement de Genève, le 15 juillet 2011; y ont participé des spécialistes des organisations internationales environnementales sises à Genève, comme le Bureau régional pour l'Europe du PNUE, l'Organisation météorologique mondiale (OMM) et la Commission économique pour l'Europe (CEE). Le Rapporteur spécial tient à remercier M^{me} Barbara Ruis du Bureau régional pour l'Europe du PNUE d'avoir organisé cet atelier. Enfin, un atelier sur le même thème, organisé conjointement par le PNUE et le Gouvernement japonais, s'est tenu à New York, le 26 octobre 2011, à la Mission permanente du Japon auprès de l'Organisation des Nations Unies. Le Rapporteur spécial exprime toute sa gratitude à M. Tsuneo Nishida pour avoir organisé l'atelier et à M. Chusei Yamada (ancien membre de la Commission du droit international) pour avoir fait office de modérateur, ainsi qu'aux personnes suivantes qui sont intervenues en tant qu'orateurs: M. Donald McRae (faculté de droit de l'Université d'Ottawa et membre de la Commission du droit international), M. Richard Stewart (faculté de droit de la New York University) et M. Masaharu Nagai (PNUE).

qu'elle suscite et de jeter les fondements d'une définition commune des concepts de base, des objectifs et de la portée du projet. L'espoir est que ce rapport suscite un débat au sein de la Commission qui viendrait donner au Rapporteur spécial les orientations voulues quant à l'approche à suivre et l'objectif à atteindre.

9. Le présent rapport traitera dans un premier temps de l'intérêt et des plans d'attaque du sujet, avant de faire l'historique de la protection de l'atmosphère en droit international puis d'énumérer les sources utiles aux fins du développement progressif et de la codification du droit dans ce domaine et de décrire les caractéristiques physiques de l'atmosphère, qui serviront de point de départ pour dégager une définition juridique de l'atmosphère. Il donnera également une première approximation des différents aspects du sujet, l'idée étant de recenser les principales questions juridiques à étudier. Enfin, le rapport envisagera la question du statut juridique de l'atmosphère, préalable à l'examen du sujet par la Commission. Le Rapporteur spécial proposera à titre provisoire des conclusions sur ces questions préliminaires sous la forme d'un projet de directives.

C. Intérêt du sujet et plans d'attaque

1. INTÉRÊT DU SUJET

10. Si ses projets d'article sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹⁷ et le droit des aquifères transfrontières¹⁸ comportent des dispositions qui intéressent la protection de l'environnement, la Commission n'a traité d'aucun sujet de droit international de l'environnement depuis qu'elle a achevé ses travaux sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, c'est-à-dire depuis l'adoption du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses¹⁹ et des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses²⁰, omission de taille à une époque où le monde connaissait une grave dégradation de l'environnement²¹.

11. On se souviendra que la Commission a précisé en 1997 et en 1998 que, pour choisir un nouveau sujet, elle applique les critères ci-après: le sujet doit correspondre aux besoins des États en ce qui concerne le développement progressif et la codification du droit international; il doit être suffisamment mûr sur le terrain de la pratique des États pour se prêter à une codification et à un développement progressif; et il doit être concret et suffisamment

¹⁷ Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 94, par. 222. Le projet d'articles est devenu la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

¹⁸ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 21, par. 53.

¹⁹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 157, par. 97.

²⁰ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 59, par. 66.

²¹ La décision de la Commission, en 2013, de retenir deux sujets ayant trait à l'environnement, dont le présent, était donc bienvenue. L'autre sujet retenu en 2013 était «La protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés» (M^{me} Marie G. Jacobsson étant Rapporteuse spéciale sur le sujet), *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 83, par. 167.

facile à traiter à ces fins²². On soulignera que la Commission est convenue de ne pas s'en tenir à des sujets classiques, mais de s'intéresser aussi à ceux qui correspondent à « des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale²³ ». Le sujet de la protection de l'atmosphère satisfait de toute évidence à ces critères. Premièrement, la détérioration de l'atmosphère fait de sa protection une question pressante pour la communauté internationale aujourd'hui. Deuxièmement, il y a abondance de preuves de la pratique des États (jurisprudence, traités et autres textes normatifs, etc.). Troisièmement, on est essentiellement en présence d'une question non pas tant politique que juridique. C'est pour ces raisons que la Commission et la Sixième Commission ont approuvé l'examen du sujet proposé.

12. Comme il est dit aux paragraphes 84 et 85 ci-après, l'atmosphère (masse d'air), ressource naturelle la plus importante de la planète, est indispensable à la survie de l'humanité. La dégradation des conditions atmosphériques est de longue date un sujet de grave préoccupation pour la communauté internationale²⁴. Diverses conventions traitent de questions atmosphériques transnationales et mondiales mais constituent un ensemble hétéroclite, et il subsiste de nombreuses lacunes quant à leur champ d'application géographique, aux activités et substances qu'elles réglementent et, chose plus importante, quant aux principes et règles applicables. Cette approche parcellaire ou graduelle a particulièrement montré ses limites s'agissant de la protection de l'atmosphère qui, par essence, appelle une approche globalisante. Il n'existe pas à l'heure actuelle de cadre juridique envisageant l'ensemble des problèmes environnementaux atmosphériques de manière globale et systématique. La Commission peut donc apporter sa pierre à l'édifice en dégageant les

²² *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 72 et 73, par. 238; *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), p. 114, par. 553. Dans la même veine, trois critères sont proposés pour choisir les sujets : le premier est un critère d'ordre pratique, c'est-à-dire la question de savoir si le choix opéré répond à un besoin pressant pour l'ensemble de la communauté internationale ; le deuxième critère est celui de la faisabilité technique, c'est-à-dire celui de la maturité du sujet au regard de la pratique des États et de la doctrine ; le troisième étant celui de la faisabilité politique, c'est-à-dire la question de savoir si le choix est susceptible de recueillir un vaste soutien de la part des États. Voir Ramcharan, *The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*, p. 60 à 63 ; Murase, *Kokusai Rippo: Kokusaiho no Hogenron* (Formation du droit international : sources du droit international), p. 217 à 221.

²³ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 73, par. 238. M. Amrith Rohan Perera, membre de la Commission pendant la période quinquennale 2006-2011, a noté qu'« au fil du temps le droit international de la coexistence a évolué et s'est transformé en droit international de la coopération, à caractère positif, pour répondre aux besoins et aspirations de la nouvelle communauté mondiale et relever les défis qui les accompagnent » et qu'« en dernière analyse l'aptitude de la Commission à répondre à ces questions complexes et difficiles pour définir le nouveau cadre juridique des relations internationales contemporaines sera le gage de sa pertinence et du rôle qui lui sera dévolu » [voir Perera, « Role of international law in meeting challenges to contemporary international relations: contribution of the International Law Commission (ILC) »].

²⁴ Voir, par exemple, Kiss et Shelton, *International Environmental Law*, p. 555 à 592. Voir également Sands, *Principles of International Environmental Law*, p. 317 à 390 ; et Sands et Peel, *Principles of International Environmental Law*, p. 238 à 298 ; Birnie, Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment*, p. 335 à 378 ; Hunter, Salzman et Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, p. 558 à 733 ; Xue, *Transboundary Damage in International Law*, p. 200 à 203.

principes et règles juridiques applicables à toute l'étendue des problèmes atmosphériques, et ce, en interrogeant la pratique des États et la jurisprudence.

13. L'entreprise de développement progressif et de codification du droit international envisagée poursuit un quadruple objectif. Premièrement, examiner l'état du droit international coutumier établi ou en gestation, et recenser les lacunes et chevauchements éventuels dans le droit positif de l'atmosphère. Deuxièmement, proposer des directives appropriées à des fins d'harmonisation et de coordination entre régimes conventionnels ressortissant ou non au droit international de l'environnement. À cet égard, la question du commerce dans ses rapports avec l'environnement ne manquera pas de poser problème²⁵. Troisièmement, aider, à travers un projet de directives, à définir un cadre permettant d'harmoniser les lois et réglementations internes et les règles, normes et pratiques et procédures recommandées dans l'ordre international en matière de protection de l'atmosphère. Quatrièmement, établir un cadre directeur pour mécanismes et procédures de coopération interétatique, le but étant de faciliter le renforcement des capacités dans le domaine de la protection transfrontière et mondiale de l'atmosphère. Il faut souligner qu'il s'agit non pas tant de suivre les modèles consistant à jeter l'opprobre sur les pollueurs potentiels en les montrant du doigt que de rechercher des moyens possibles de coopération internationale pour régler des problèmes communs.

14. Enfin, il faut rappeler que le projet en question ne fait pas double emploi avec les travaux antérieurs de la Commission. Celle-ci a bien adopté le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses en 2001 et le projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses en 2006, qui comportent tous deux d'importantes dispositions potentiellement applicables à des dommages causés à l'atmosphère. Toutefois, leur champ d'application est, d'une part, trop étendu (en ce qu'ils sont censés couvrir tous les types de dommages environnementaux) et, d'autre part, trop restreint (en ce qu'ils sont axés sur les questions de prévention et de répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses). Ils ne traitent donc pas comme il se doit de la protection de l'atmosphère. Aussi le Rapporteur spécial propose-t-il à la Commission d'envisager le problème d'une manière globale et systématique, en s'inspirant de ses travaux antérieurs, dès lors qu'il y aurait lieu.

2. APPROCHES

a) Approche exclusivement juridique

15. Ayant pour vocation d'œuvrer au développement progressif et à la codification du droit international, la Commission retiendra bien entendu une approche stricte-juridique du sujet. Étant composée de juristes, elle s'efforcera d'éviter les débats politiques ou idéologiques

²⁵ Voir Murase, « Perspectives from international economic law on transnational environment issues », p. 283 à 431 ; voir également Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, p. 1 à 127 ; et Murase, « Conflict of international regimes: trade and the environment ».

passionnés auxquels donnent lieu certaines questions environnementales, en envisageant les seuls principes et règles juridiques qui intéressent la protection de l'atmosphère. La Commission doit opérer une distinction entre les arguments fondés sur la *lex lata* (droit positif) et ceux tirés de la *lex ferenda* (la loi telle qu'elle doit être). En droit international de l'environnement, les propositions et préférences de la *lex ferenda* s'introduisent parfois subrepticement dans « l'interprétation » de la *lex lata*, ce qu'il faudrait éviter. La Commission procédera donc avec prudence pour élaborer le projet de directives sur la protection de l'atmosphère. Elle commencera par préciser le sens et la finalité des principes juridiques en vigueur dans leur interprétation et leur application *de lege lata*. Ensuite, si le droit positif s'avère lacunaire, elle envisagera de réinterpréter les concepts, principes et règles de droit existants. Enfin, après avoir soigneusement étudié les perspectives et contours des principes en vigueur, elle pourrait s'arrêter sur le développement progressif des règles naissantes du droit international.

16. Naturellement, toutes les questions de droit international, y compris le sujet considéré, présentent des aspects tant juridiques que politiques. La Commission gagnerait toutefois à s'intéresser aux seuls aspects juridiques du sujet. Préciser les principaux concepts d'un point de vue juridique devrait permettre d'en étudier plus rigoureusement le statut, le sens, la finalité, les effets, possibilités et limites dans le cadre des régimes juridiques existants et de créer les conditions de la formation et du développement progressif plus cohérents du droit international dans l'avenir. Il s'agira pour la Commission de rationaliser en un unique ensemble souple les divers cadres juridiques venus à ce jour régir tel(s) ou tel(s) problème(s) bien déterminé(s) de l'atmosphère. Comme convenu au moment du choix du sujet, il ne sera pas question ici des négociations politiques en la matière (voir *supra* le paragraphe 5).

b) Référence au droit international général

17. La Commission doit replacer les principes et règles de droit sur le sujet dans le contexte du droit international général. Bien entendu, les principales questions qu'elle doit étudier intéressent entre autres les droits fondamentaux et les obligations de l'État, la compétence de l'État, la transposition des obligations internationales de l'État en droit interne, la responsabilité de l'État et le règlement des différends, ainsi que les sources du droit international – questions classiques pour le juriste international en général et la Commission en particulier. Celle-ci devra donc résister à la tendance au « cloisonnement (ou à la fragmentation) » résultant des approches classiques « axées sur un problème unique » du droit international de l'environnement²⁶. En d'autres termes, elle

devrait, autant que faire se peut, envisager les principes et règles juridiques relatifs à l'atmosphère par référence à la doctrine et à la jurisprudence du droit international général²⁷. Elle devrait par la suite appliquer les principes et règles du droit international général aux différents aspects du problème de la protection de l'atmosphère. Ayant épuisé la plupart des sujets « classiques » majeurs de droit international, la Commission doit rechercher de nouvelles questions de droit international donnant matière à développement progressif et à codification dans des domaines spécialisés comme les droits de l'homme, la protection de l'environnement, et le commerce et les investissements. Il y a quelque vérité à dire que les organes spécialisés et les spécialistes seraient mieux placés pour œuvrer au développement de ces branches du droit, mais il en résulterait un droit international encore plus parcellaire. Il est donc absolument essentiel de faire une place aux différents compartiments isolés dans le droit international général pour les tisser en maillage. Transcendant les frontières entre régimes spéciaux, l'approche « généraliste » ou « globalisante » s'impose donc aujourd'hui dans toute entreprise d'élaboration du droit, l'œuvre de codification et de développement progressif du droit international étant plus importante que jamais.

18. D'aucuns penseront sans doute qu'étant composée essentiellement de spécialistes du droit international général, la Commission est mal outillée pour traiter de nouvelles branches subsidiaires du droit international. Le

transnationales secrètent de facto des pratiques aussi bonnes, ou meilleures, que le droit formel sous l'angle de l'efficacité réglementaire, pourquoi se soucier de « codification et de développement progressif du droit international » (article premier du statut de la Commission du droit international) au lieu de se contenter de peaufiner les immunités diplomatiques et les détails techniques du droit des traités ? » (Koskeniemi, « International law and hegemony: a reconfiguration », p. 212). Voir également Koskeniemi, *The Politics of International Law*, p. 237. Il semble toutefois que cette affirmation de Koskeniemi est à rebours de la conclusion générale du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, document A/CN/L.682 et Corr.1 et Add.1 [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session; le texte définitif sera publié sous la forme d'un additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie)], qu'il a pourtant présidé [voir également *The Work of the International Law Commission*, 8^e éd., vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: E.12.V.2), p. 231 à 234 et p. 430 à 444]. Bien entendu, les organes de défense des droits de l'homme seront toujours mieux à même de promouvoir les droits de l'homme que n'importe quel autre type d'organe; il en est de même des questions environnementales et des organes à vocation environnementale ou des questions commerciales et des organes à vocation commerciale. Toutefois, abandonner l'élaboration du droit à des organes spécialisés conduirait à la fragmentation du droit international dans une société internationale sans cour suprême ni cour constitutionnelle qui viendraient concilier les intérêts en présence.

²⁷ Par exemple, l'utilisation du concept d'« équité » dans le contexte des changements climatiques – souvent ambiguë et arbitraire – montre bien qu'il faut se reporter à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, notamment à l'arrêt de la Chambre en 1985 dans l'affaire du différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (*Différend frontalier*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 554) dans lequel la Cour a retenu trois formes d'équité en droit international: l'équité *infra legem* (découlant du droit), l'équité *praeter legem* (extérieure au droit, mais proche) et l'équité *contra legem* (contraire au droit), la notion d'équité *praeter legem* étant particulièrement importante en ce qu'elle permet de combler les lacunes du droit positif. Voir, en général, Weil, « L'équité dans la jurisprudence de la Cour [i]nternationale de Justice: un mystère en voie de dissipation ? »; Kokott, « Equity in international law », p. 186 à 188; Shelton, « Equity », p. 653 à 658. Voir également le rapport établi par la Japan Branch Committee on Climate Change, « Legal principles relating to climate change: preliminary issues on the methodology and scope of the work », *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 52 (2009), p. 500 à 537.

²⁶ Murase, *International Law*, p. 10. M. Martti Koskeniemi, ancien membre de la Commission, remet en question la raison d'être même de la Commission: « Les vieux organes ayant pour mission d'élaborer le droit, comme la Commission du droit international, en font de moins en moins. Incapables d'identifier les intérêts des parties prenantes ou les objectifs réglementaires, les organes à vocation « généraliste » disparaîtront dans la mesure où il n'y a pas de raison de s'intéresser à ce qui n'a qu'un caractère « général ». Si les intérêts dans le domaine des droits de l'homme, de l'environnement ou du commerce sont le mieux servis par les organes ayant pour vocation, respectivement, les droits de l'homme, l'environnement ou le commerce, et les activités

Rapporteur spécial voit là au contraire s'ouvrir de nouvelles perspectives et de nouveaux horizons à la Commission en ce XXI^e siècle. La prolifération des traités dans ces domaines spécialisés est à l'origine d'une véritable « congestion » ou « inflation »²⁸. Les nombreuses conventions en vigueur se recoupent mais présentent aussi des lacunes, faute de coordination ou d'harmonisation, de sorte que l'ensemble manque de cohérence. On a maintes fois souligné qu'il fallait renforcer les synergies entre les conventions en vigueur²⁹. Il s'agit là d'une occasion à saisir. Aux fins de développement progressif et de codification, la Commission devrait envisager ces nouvelles matières spécialisées sous l'angle du droit international général, dans le but d'harmoniser les différentes branches

²⁸ Voir Brown Weiss, « International environmental law: contemporary issues and the emergence of a new world order », p. 697 à 702; Murase, « Compliance with international standards: environmental case studies »; Anton, « Treaty congestion in contemporary international environmental law ».

²⁹ Le PNUE a souligné la nécessité de renforcer la synergie entre les accords multilatéraux dans le domaine de l'environnement: voir l'appendice à la décision SS.VII/1 sur la gouvernance internationale en matière d'environnement, adoptée le 15 février 2002 lors de la septième session extraordinaire du Conseil d'administration, intitulé « Rapport du groupe intergouvernemental à composition non limitée de ministres ou de représentants de ministres sur la gouvernance internationale en matière d'environnement », section III.C intitulée « Amélioration de la coordination entre les accords multilatéraux sur l'environnement et de l'efficacité de ces accords », en particulier le paragraphe 27 [voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 25 (A/57/25)*, annexe I]. Le Conseil d'administration du PNUE a adopté des décisions similaires presque chaque année, dont la dernière en date est la Déclaration de Nusa Dua du 26 février 2010 [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 25 (A/65/25)*, annexe I, décision SS.XI/9, par. 10 à 12]. Voir également Roch et Perez, « International environmental governance: the strive towards a comprehensive, coherent, effective and efficient international environmental regime ».

subsidiaries (compartiments) du droit international, étant la mieux placée pour y procéder.

c) *Consultation des institutions et des spécialistes du monde scientifique*

19. Pour examiner un sujet comme la protection de l'atmosphère, la Commission doit tenter de le cerner dans ses aspects scientifiques et techniques, par exemple les sources et les effets du dommage considéré. Aussi doit-elle faire appel aux organisations internationales de défense de l'environnement et aux milieux scientifiques, l'article 16 e de son statut l'autorisant à « consulter des institutions scientifiques et des experts individuels » aux fins du développement progressif du droit international. Les précédents ne manquent pas du reste: M. Chusei Yamada, Rapporteur spécial sur le droit des aquifères transfrontières, s'est attaché les services d'hydrologues des aquifères de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) à l'occasion de l'élaboration des projets d'article sur le sujet. Comme le Rapporteur spécial l'a déjà dit, il a entrepris de solliciter le concours et les conseils des organisations internationales compétentes et de scientifiques/techniciens, le but étant de permettre à la Commission de cerner la matière à réglementer. La situation n'est pas sans rappeler celle du juge international qui, face à un contentieux de plus en plus étendu en matière d'environnement, se trouve dans l'obligation de faire appel à des experts pour établir le bien-fondé de preuves scientifiques en présence de dossiers fourmillant de données factuelles³⁰.

³⁰ Voir notamment *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, aux pages 70 à 73, par. 160 à 168 (sur la charge de la preuve et les témoignages d'experts), et *ibid.*, p. 108 à 111, par. 1 à 6 (opinion dissidente commune de MM. les juges Al-Khasawneh et Simma).

CHAPITRE I

Considérations générales

A. Évolution du droit international de la protection de l'atmosphère

20. Le fluide gazeux constituant l'atmosphère, l'air (du latin et du grec *aer*), est classé depuis l'Antiquité romaine au nombre des choses communes. Dans *Institutes* de l'empereur Justinien, on trouve ce passage célèbre: « Suivant le droit naturel, sont communs à tous: l'air*, l'eau courante, la mer, et par suite ses rivages³¹. »

21. Selon la charia, ou Loi islamique, systématisée au début de l'ère musulmane (VIII^e et IX^e siècles), l'air est considéré comme un élément indispensable de la « continuité et de la préservation de la vie ». Il ressort d'une étude majeure que cet « élément n'est pas moins important que l'eau » et que « [l']atmosphère étant investie de ces fonctions vitales et sociales, il s'ensuit que sa conservation dans un état de propreté et de pureté est

considérée comme participant de la conservation de la vie elle-même, celle-ci étant l'un des buts essentiels de la Loi islamique »³².

22. Les océans occupent pendant des siècles une place centrale dans le droit international moderne et il faudra attendre le XX^e siècle pour que l'on commence à envisager toute réglementation de l'atmosphère et de l'air³³. Ce n'est qu'en 1783, lorsque les frères Montgolfier lancent leur ballon à air chaud après y avoir été autorisés par la police française, que les juristes commencent à s'intéresser au ciel. Cette autorisation, assortie d'un ensemble de conditions à respecter, est la manifestation du pouvoir de l'État de réglementer les activités dans ce qu'il

³¹ Ortolan, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, 6^e éd., t. 2, livre second, titre I: « De la division des choses », p. 245; voir Sand, « Transboundary air pollution ».

³² Bagader, *La protection de l'environnement en Islam*, p. 4. Le Rapporteur spécial tient à exprimer sa gratitude à l'auteur de l'étude, Wolfgang E. Burhenne.

³³ Le législateur entreprend çà et là de lutter contre la pollution atmosphérique dès 1273, année où une ordonnance vient interdire l'usage du charbon comme combustible à Londres (voir Rowlands, « Atmosphere and outer space », p. 317).

est aujourd'hui convenu d'appeler l'« espace aérien »³⁴. On sait comment le concept d'espace aérien a évolué depuis³⁵. Pourtant, ce n'est qu'à partir des années 1950 que les juristes internationaux commencent véritablement à s'intéresser aux substances qui composent l'atmosphère et au rôle de cette dernière dans la propagation des polluants³⁶. Pendant longtemps, ces juristes ne font pas clairement la distinction entre espace aérien et atmosphère, et l'on s'accorde à considérer que la limite supérieure de l'espace aérien correspond à la hauteur de vol maximale des aéronefs. Ainsi, commentant la formulation « espace aérien » employée à l'article premier de la Convention relative à l'aviation civile internationale³⁷, un auteur a pu affirmer que cet espace était aussi vaste que l'atmosphère. Au début du vingtième siècle, la Cour suprême des États-Unis sera toutefois saisie d'une affaire de pollution atmosphérique qui aura un grand retentissement en droit international.

23. L'une des toutes premières affaires de pollution atmosphérique à être portée devant une juridiction interne est l'affaire *State of Georgia v. Tennessee Copper Company and Ducktown Sulphur, Copper and Iron Company, Ltd*³⁸, dont la Cour suprême des États-Unis est saisie en 1907 et 1915. Le litige opposait deux sociétés minières de cuivre situées dans l'État du Tennessee qui, effectuant des opérations d'extraction et de fonte près de la frontière avec l'État de la Géorgie, émettaient de grandes quantités de dioxyde de soufre, substance qui contribue à la formation d'acide sulfurique dans l'atmosphère. La Géorgie a demandé à la Cour suprême d'ordonner aux deux sociétés d'arrêter leurs émissions de gaz nocifs au motif que, transportés par le vent, ces gaz faisaient des ravages dans les forêts, vergers et cultures situés sur son territoire. La Cour suprême a jugé la demande fondée comme émanant d'une entité souveraine soucieuse d'éviter que l'air situé au-dessus de son territoire ne soit trop sévèrement pollué. En 1914, la Géorgie et la Tennessee Copper Company sont parvenues à un accord en vertu duquel cette dernière s'engageait à contribuer à un fonds d'indemnisation des victimes des fumées émises par son usine, à autoriser

l'inspection de cette dernière et à ne pas utiliser davantage de fours à minerai vert que nécessaire. Toutefois, aucun accord n'ayant été conclu avec la société Ducktown, la Cour suprême a rendu un deuxième arrêt le 10 mai 1915. Tout en faisant droit à la demande de la Géorgie, la Cour a estimé impossible de dire si Ducktown avait suffisamment réduit la teneur en soufre de ses fumées pour que celles-ci ne portent pas préjudice à cet État et a prescrit à la société un ensemble de mesures concernant la tenue de livres, la conduite d'inspections et la limitation du niveau des émissions.

24. Cette affaire a véritablement valeur de précédent de la célèbre affaire de la *Fonderie de Trail*³⁹, qui opposa les États-Unis au Canada (encore dominion britannique à l'époque) dans les années 1930. L'affaire de la *Fonderie de Trail*, qui a consacré le principe coutumier des relations de bon voisinage dans les relations bilatérales entre pays voisins, continue de faire autorité en matière de pollution atmosphérique transfrontière en droit international contemporain. Dans sa sentence de 1941, où il cite longuement la décision de la Cour suprême américaine dans l'affaire *State of Georgia v. Tennessee Copper Company and Ducktown Sulphur, Copper and Iron Company, Ltd*⁴⁰, le tribunal a démontré que certains des principes les plus fondamentaux du droit international résultent de décisions des juridictions internes. Cette affaire est un exemple type de litige en droit international de l'environnement à double titre : d'une part, les causes et conséquences du préjudice environnemental sont déterminables et, d'autre part, tout État territorial est tenu d'une obligation de diligence raisonnable lui prescrivant de s'assurer que les activités des personnes morales et physiques situées sur son territoire ne portent pas préjudice à d'autres États et à leurs ressortissants. Ce principe de prévention sera par la suite consacré en tant que principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (la « Déclaration de Stockholm ») de 1972⁴¹. La pollution atmosphérique transfrontière causée par des accidents industriels commence à prendre des proportions d'une tout autre ampleur dans les années 1970, comme en attestent les catastrophes de Seveso (Italie), en 1976, et de Bhopal (Inde), en 1984⁴². La Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels⁴³ a pour objet de protéger les hommes et l'environnement face aux conséquences des accidents industriels, imposant l'adoption de mesures préventives et, en cas d'accident, l'adoption de mesures propres à réduire la gravité et à atténuer les effets des accidents.

25. Durant les années 1960, le droit international de l'environnement sera confronté à de nouveaux défis venus s'ajouter aux problèmes environnementaux transfrontières déjà connus. Ces défis sont de deux ordres. L'un tient à la diversification des causes et conséquences des dommages environnementaux, comme dans le cas des pluies acides, qui rend difficile toute détermination

³⁴ Durant la guerre franco-prussienne de 1870-1871, les deux parties utilisèrent des ballons, en particulier durant le siège de Paris. Cette expérience a conduit la première Conférence de la paix de la Haye de 1899 à adopter la Déclaration de 1899 relative à l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut de ballons (voir Sand, Pratt et Lyon, *An Historical Survey of the Law of Flight*, p. 9; et Heere, « Problems of jurisdiction in air and outer space »).

³⁵ Au tout début du XX^e siècle, Paul Fauchille, principal théoricien de la liberté de l'air, soutient essentiellement que l'air n'est susceptible ni de propriété ni de souveraineté, nul ne pouvant l'occuper et les États ne pouvant le dominer. Par la suite, l'espace aérien est *res communis omnium*, partant libre. Toutefois, il proposait qu'une zone de protection soit instituée dans la limite de 1 500 mètres depuis la surface du sol (Fauchille, « Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats »). La Convention portant réglementation de la navigation aérienne consacre la souveraineté complète et exclusive de l'État sur l'espace aérien situé au-dessus de son territoire (voir Mateesco Matte, *Traité de droit aérien-aéronautique*, p. 95 et suiv.).

³⁶ Voir, par exemple, Hogan, « Legal terminology for the upper regions of the atmosphere and for the space beyond the atmosphere ».

³⁷ La Convention est entrée en vigueur en 1947; voir Cheng, « Air Law »; et Cheng, *The Law of International Air Transport*, p. 120 et 121.

³⁸ Cour suprême des États-Unis, *State of Georgia v. Tennessee Copper Company and Ducktown Sulphur, Copper and Iron Company, Ltd*, 13 mai 1907 et 10 mai 1915, *United States Reports*, vol. 237, p. 474 et 477; décision reproduite dans Robb, *International Environmental Law Reports*, p. 514 à 523.

³⁹ *Fonderie de Trail*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905-1982.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 1965.

⁴¹ Voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), chap. I.

⁴² Murase, *International Law*, p. 74 à 96.

⁴³ La Convention est entrée en vigueur en 2000.

de l'origine précise de la pollution et des lieux touchés. Les dommages découlant de l'accumulation d'une multitude de causes, il est devenu particulièrement compliqué d'en identifier les responsables. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance se donnera pour but de répondre à ces problèmes dans un cadre régional⁴⁴. L'autre défi tient à la multiplication des «activités présentant des risques exceptionnels», comme l'exploitation de pétroliers, d'aéronefs, de centrales nucléaires et d'engins spatiaux. Si ces activités ont globalement permis d'améliorer le bien-être des populations, les dommages qu'elles sont susceptibles de causer à la vie humaine sont considérables s'il se produit un accident, et il s'en est déjà produit. Il faudra donc instituer un régime de responsabilité *sui generis* dans les conventions pertinentes⁴⁵.

26. Depuis les années 1980, on assiste à une dégradation rapide de l'environnement mondial qui se manifeste par l'appauvrissement de la couche d'ozone et des changements climatiques. La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone⁴⁶ et le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone⁴⁷ sont au nombre des premières mesures prises par la communauté internationale. Elles seront suivies, dans le domaine de la lutte contre les changements climatiques, par la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques⁴⁸ et le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques⁴⁹. Face à ces défis planétaires, le droit international dégage un certain nombre de solutions inédites pour pallier l'incertitude scientifique associée aux problèmes environnementaux : consécration du principe de précaution ; adoption d'une combinaison de conventions-cadres et de protocoles ; et mise en place de mécanismes novateurs et flexibles, le but étant de faire respecter les dispositions adoptées⁵⁰.

27. À la fin des années 1980, d'importants mouvements de promotion du «droit de l'atmosphère» voient le jour qui préconisent l'adoption d'une stratégie globale de lutte contre les problèmes atmosphériques⁵¹. Le chapitre 9 du

programme Action 21 est consacré à la «Protection de l'atmosphère»⁵² et, dans les années qui suivent l'adoption du programme, la Commission du développement durable consacre des débats de fond à ce sujet en 2001⁵³ et en 2007⁵⁴, à l'occasion desquels elle aborde un ensemble de questions thématiques, dont l'atmosphère et la pollution de l'air. Selon la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable, l'environnement mondial continue de souffrir et la pollution de l'air, de l'eau et du milieu marin continue d'empêcher des millions d'individus d'accéder à un niveau de vie correct⁵⁵. Pour autant, les efforts déployés pour protéger l'atmosphère ne se traduisent pas par l'adoption d'instruments contraignants, même si l'idée d'une convention multilatérale globale sur l'atmosphère semble connaître un regain d'intérêt ces dernières années. Ainsi, le quinzième Congrès mondial sur l'air pur (World Clean Air Congress) tenu à Vancouver (Canada), en septembre 2010, adoptera une déclaration finale intitulée «One atmosphere», dans laquelle les participants plaident en faveur de l'intégration des politiques relatives

organisé une conférence à Toronto sur le changement atmosphérique réunissant des scientifiques et des représentants de gouvernements, de l'ONU et d'autres organisations intergouvernementales et non gouvernementales. Les participants à la Conférence avaient demandé aux gouvernements de travailler d'urgence à l'élaboration d'un plan d'action pour la protection de l'atmosphère qui comprendrait une convention-cadre internationale. L'année suivante, en février 1989, une réunion de juristes et d'experts politiques se tint à Ottawa. Les participants recommandèrent l'élaboration d'une convention-cadre sur la protection de l'atmosphère et définirent les éléments qu'un tel instrument devrait comprendre. Bien évidemment, les choses ont évolué et le changement climatique a pris une place centrale, et bien que certaines des idées émises lors de cette réunion ont trouvé place dans d'autres conventions, aucune convention-cadre sur la protection de l'atmosphère n'a jamais été conclue. J'ai dit que l'on pouvait établir un lien entre les travaux de la réunion de 1989 et ceux de la Commission du droit international. Alan Beesley, juriste international et diplomate canadien, acteur clef des négociations sur la Convention sur le droit de la mer et de la Conférence de Stockholm, et membre de la Commission à l'époque, a joué un rôle de premier plan durant ladite réunion de juristes et d'experts politiques. Dès l'ouverture de la réunion, il a fait valoir qu'il appartenait aux juristes de trouver des solutions novatrices et de jouer un rôle moteur pour faire progresser ce domaine sur le plan politique. Participaient également à cette réunion Julio Barboza, membre de la Commission à l'époque, Vaclav Mikulka, Hanqin Xue et moi-même, tous devenus membres de la Commission par la suite. On peut dire que, d'une certaine manière, la proposition du professeur Murase tendant à ce que la Commission examine le sujet de la protection de l'atmosphère était déjà en germe il y a une vingtaine d'années. Or, si le sujet était déjà considéré comme suffisamment mûr à l'époque, qu'en dire aujourd'hui ? » (Donald McRae, intervention lors de l'atelier sur la protection de l'atmosphère tenu le 26 octobre 2011 à la Mission permanente du Japon auprès de l'ONU, à New York, et organisé conjointement par le Gouvernement japonais et le PNUE). Voir Murase, «Protection of the atmosphere and international law: rationale for codification and progressive development», p. 9, note 10.

⁵² *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 II.

⁵³ Commission du développement durable, Rapport sur les travaux de sa neuvième session (5 mai 2000 et du 16 au 27 avril 2001), *Documents officiels du Conseil économique et social, 2001, Supplément n° 9* (E/2001/29).

⁵⁴ Commission du développement durable, rapport sur les travaux de sa quinzième session (12 mai 2006 et 30 avril-11 mai 2007), *Documents officiels du Conseil économique et social, 2007, Supplément n° 9* (E/2007/29).

⁵⁵ *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, annexe, par. 13.

⁴⁴ La Convention est entrée en vigueur en 1983 ; voir Sand, «Regional approaches to transboundary air pollution».

⁴⁵ Voir, par exemple, Goldie, «Liability for damage and the progressive development of international law» ; Jenks, «Liability for ultra-hazardous activities in international law», p. 111-120 ; Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*.

⁴⁶ La Convention est entrée en vigueur en 1988.

⁴⁷ Le Protocole est entré en vigueur en 1989.

⁴⁸ La Convention est entrée en vigueur en 1994.

⁴⁹ Le Protocole est entré en vigueur en 2005.

⁵⁰ Murase, *International Law*, p. 24 à 30.

⁵¹ Pour les conférences de 1988 et 1989 organisées par le Gouvernement canadien, voir «International Conference on Atmosphere», *Environmental Policy and Law*, vol. 18, n° 5 (1988), p. 155 ; «Protection of the atmosphere: statement of the International Meeting of Legal and Policy Experts, Ottawa, Ontario, Canada, February 22, 1989», *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5 (1989-1990), p. 529 à 542 ; Bruce, «Law of the air: a conceptual outline» ; Sand, «UNCED and the development of international environmental law» ; voir également Soroos, *The Endangered Atmosphere: Preserving a Global Commons*. M. Donald McRae a rappelé que la protection de l'atmosphère était un sujet qui entretenait des liens avec les travaux de la Commission depuis la fin des années 1980, faisant remarquer qu'«en juin 1988 le Canada avait

au climat et à la pollution et de l'élaboration d'un « droit de l'atmosphère » qui fasse pendant à la Convention sur le droit de la mer⁵⁶. Toutefois, parler d'un « droit de l'atmosphère » semble prématuré en l'état actuel des choses et il serait plus réaliste d'envisager un « droit de la protection de l'atmosphère » de portée nettement plus limitée. Il est néanmoins encourageant de voir qu'une dynamique semble se dégager dans le sens d'une approche globalisante du sujet.

28. On signalera enfin que l'une des recommandations issues de l'atelier sur les stratégies internationales de lutte contre la pollution atmosphérique, organisé à Göteborg (Suède), du 24 au 26 juin 2013, par l'Agence suédoise de protection de l'environnement et l'Institut suédois de recherche environnementale, en étroite collaboration avec le secrétariat de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance et la Commission européenne, tend à demander à la Commission de mettre ses compétences spécialisées au service de la protection de l'atmosphère. Les participants suggèrent au secrétariat de la Convention d'inviter la Commission à continuer de définir les contours d'un « droit de l'atmosphère » qui faciliterait l'adoption de mesures intégrées en matière de changement climatique et de pollution troposphérique⁵⁷. On peut donc dire que les attentes de la communauté internationale auxquelles la Commission doit répondre sont particulièrement élevées.

B. Sources

29. Aux fins de l'étude du sujet de la protection de l'atmosphère, le Rapporteur spécial s'appuiera sur diverses sources. Les conventions multilatérales sur la matière peuvent grosso modo se répartir entre celles qui sont essentiellement d'application régionale et celles qui sont d'application universelle. Les conventions bilatérales sont peu nombreuses (à la différence des conventions multilatérales), ce qui montre bien le caractère fondamentalement régional et planétaire de la plupart des problèmes liés à l'atmosphère. L'existence des principes et règles coutumiers de la protection de l'atmosphère s'appuiera par référence aux deux éléments de la coutume internationale que sont l'*opinio juris* et la pratique générale des États. Pour ce faire, le Rapporteur spécial interrogera outre la jurisprudence des juridictions internationales, qui a bien évidemment valeur de source essentielle à cet égard, les instruments non conventionnels, la législation interne et la jurisprudence interne, toutes sources qui servent de base aux fins de la codification et du développement progressif du droit.

⁵⁶ Disponible à l'adresse suivante : www.iuappa.com/newsletters/VancouverDeclaration.pdf. Le Congrès mondial sur l'air pur est organisé par l'Union internationale des associations pour la prévention de la pollution atmosphérique, qui regroupe des organisations non gouvernementales de 40 pays.

⁵⁷ Grennfelt, *Saltjöbaden V – Taking International Air Pollution Policies into the Future, Gothenburg, 24-26 June 2013*, p. 14. À sa trente-deuxième session, du 9 au 13 décembre 2013, l'organe exécutif de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance a pris note des recommandations formulées à l'issue de l'atelier « Saltjöbaden V » (voir ECE/EB.AIR/122). Une recommandation similaire a été adressée à la Commission du droit international à l'issue du seizième Congrès sur l'air pur, tenu au Cap (Afrique du Sud) du 29 septembre au 4 octobre 2013.

1. CONVENTIONS

30. On trouvera ci-après une liste indicative d'accords multilatéraux et bilatéraux contraignants relatifs aux questions atmosphériques.

a) *Accords multilatéraux relatifs à la pollution de l'air*

- Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance et les protocoles y relatifs : celui relatif au financement à long terme du programme concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe ; celui relatif à la réduction des émissions de soufre ou de leurs flux transfrontières d'au moins 30 pour cent et celui relatif à une nouvelles réduction des émissions de soufre ; celui relatif à la lutte contre les émissions d'oxydes d'azote ou leurs flux transfrontières ; celui relatif à la lutte contre les émissions des composés organiques volatils ou leurs flux transfrontières ; celui relatif aux métaux lourds ; celui relatif aux polluants organiques persistants ; et celui relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique (Protocole de Göteborg), tel que modifié le 4 mai 2012⁵⁸.
- Accord concernant l'adoption de conditions uniformes d'homologation et la reconnaissance réciproque de l'homologation des équipements et pièces de véhicules à moteur, rebaptisé Accord concernant l'adoption de prescriptions techniques uniformes applicables aux véhicules à roues, aux équipements et aux pièces susceptibles d'être montés ou utilisés sur un véhicule à roues et les conditions de reconnaissance réciproque des homologations délivrées conformément à ces prescriptions lors de son entrée en vigueur⁵⁹, devenu par la suite un accord à portée universelle intitulé Accord concernant l'établissement de règlements techniques mondiaux applicables aux véhicules à roues, ainsi qu'aux équipements et pièces qui peuvent être montés et/ou utilisés sur les véhicules à roues⁶⁰.
- Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière⁶¹.
- Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, ainsi que le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours

⁵⁸ Organe exécutif de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, décisions 2012/1 et 2012/2. Voir C.N.171.2013.TREATIES-XXVII.1.h et C.N.155.2013.TREATIES-XXVII.1.h (disponible à l'adresse suivante : <https://treaties.un.org>, rubrique « État des traités », chap. XXVII, 1.h).

⁵⁹ L'Accord est entré en vigueur en 1959. Le titre a été modifié en 1995 au moment de l'entrée en vigueur des amendements adoptés par le Comité des transports intérieurs de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE) à sa cent troisième séance le 18 août 1994 (voir E/ECE/324/Rev.2-E/ECE/TRANS/505/Rev.2) ; il a été mis en œuvre par une série de règlements techniques sur les émissions de polluants (en particulier les règlements n^{os} 40, 41, 47, 49, 51 et 83).

⁶⁰ L'Accord est entré en vigueur en 2000 et a été mis en œuvre par une série de règlements techniques, notamment ceux sur la mesure des émissions de dioxyde de carbone et autres gaz d'échappement.

⁶¹ La Convention est entrée en vigueur en 1997.

- d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels⁶².
- Directives du Conseil de l'Union européenne sur la pollution atmosphérique⁶³, en particulier la Directive 2001/81/CE fixant des plafonds d'émission nationaux pour certains polluants atmosphériques⁶⁴; la Directive 2007/46/CE établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur, de leurs remorques et des systèmes, des composants et des entités techniques destinés à ces véhicules⁶⁵, ainsi que les annexes correspondantes et les règlements techniques mettant en œuvre/adaptant les accords CEE correspondants pour les véhicules à roues⁶⁶; la Directive 2008/50/CE concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe⁶⁷; et la Directive 2010/75/UE relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution)⁶⁸.
 - Normes et pratiques recommandées internationales de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) concernant les émissions des moteurs d'aviation: annexe 16 (Protection de l'environnement) à la Convention relative à l'aviation civile internationale⁶⁹.
- Protocole de 1997 (nouvelle annexe VI: Règles relatives à la prévention de la pollution de l'atmosphère par les navires) modifiant la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par le Protocole de 1978 y relatif⁷⁰.
 - Accord de l'ASEAN sur les nuages de pollution transfrontières.
 - Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants⁷¹.
 - Convention-cadre sur la protection de l'environnement pour le développement durable en Asie centrale⁷².
 - Convention de Minamata sur le mercure.
- b) *Accords bilatéraux sur la pollution atmosphérique transfrontière*
- Traité entre la Tchécoslovaquie et la Pologne concernant la protection de l'atmosphère contre la pollution⁷³.
 - Mémoire déclaratif d'intention entre les États-Unis d'Amérique et le Canada concernant la pollution atmosphérique transfrontière⁷⁴.
 - Accord de coopération entre les États-Unis du Mexique et les États-Unis d'Amérique relatif à la protection et à l'amélioration de l'environnement dans la zone frontalière⁷⁵ et ses deux accords complémentaires⁷⁶.
 - Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique sur la qualité de l'air⁷⁷.
 - Accords entre l'Allemagne et la République tchèque de 1992, 1994, 2000 et 2004⁷⁸.

⁶² Le Protocole n'est pas encore entré en vigueur.

⁶³ Pour une synthèse actuelle, voir Jans et Vedder, *European Environmental Law: After Lisbon*, p. 419 à 430.

⁶⁴ Directive 2001/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2001 fixant des plafonds d'émission nationaux pour certains polluants atmosphériques, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 309, 27 novembre 2001, p. 22.

⁶⁵ Directive 2007/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 septembre 2007 établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur, de leurs remorques et des systèmes, des composants et des entités techniques destinés à ces véhicules (ibid., n° L 263, 9 octobre 2007, p. 1).

⁶⁶ En particulier le règlement (CE) n° 715/2007 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007 relatif à la réception des véhicules à moteur au regard des émissions des véhicules particuliers et utilitaires légers (Euro 5 et Euro 6) et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules (ibid., n° L 171, 29 juin 2007, p. 1) tel que modifié par le Règlement (CE) n° 595/2009 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 relatif à la réception des véhicules à moteur et des moteurs au regard des émissions des véhicules utilitaires lourds (Euro VI) et à l'accès aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules, et modifiant le règlement (CE) n° 715/2007 et la directive 2007/46/CE, et abrogeant les directives 80/1269/CEE, 2005/55/CE et 2005/78/CE (ibid., n° L 188, 18 juillet 2009, p. 1); entré en vigueur en 2013.

⁶⁷ Directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe (ibid., n° L 152, 11 juin 2008, p. 1), remplaçant à compter du 11 juin 2010 plusieurs directives relatives à la qualité de l'air ambiant portant sur des substances spécifiques [telles que le dioxyde de soufre (1980), le plomb (1982), le dioxyde d'azote (1985), l'ozone au sol (1992) et les composés organiques volatiles (1999/2004)], et la Directive 96/62/CE du Conseil du 27 septembre 1996 concernant l'évaluation et la gestion de la qualité de l'air ambiant (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 296, 21 novembre 1996).

⁶⁸ Directive 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution) [*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 334, 17 décembre 2010, p. 17], remplaçant à compter du 7 janvier 2016 la Directive 2001/80/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2001 relative à la limitation des émissions de certains polluants dans l'atmosphère en provenance des grandes installations de combustion (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 309, 27 novembre 2001, p. 1), qui avait elle-même remplacé une directive de 1988, et la Directive 2000/76/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2000 sur l'incinération des déchets (*Journal officiel des Communautés européennes*, L 332, 28 décembre 2000, p. 91).

⁶⁹ La première édition de l'annexe 16, vol. II («Émissions des moteurs d'aviation») a été adoptée le 30 juin 1981 et est entrée en

vigueur en 1982; elle est régulièrement actualisée par le Conseil de l'OACI. Voir Sand, *Lessons Learned in Global Environmental Governance*, p. 18 à 20.

⁷⁰ L'annexe VI est entrée en vigueur en 2005; elle a été régulièrement actualisée par le Comité de la protection du milieu marin de l'Organisation maritime internationale.

⁷¹ La Convention est entrée en vigueur en 2004.

⁷² La Convention-cadre n'est pas encore entrée en vigueur. Les pays signataires sont le Kazakhstan, le Kirghizistan, le Tadjikistan, le Turkménistan et l'Ouzbékistan. L'article 8 traite de la protection de l'air.

⁷³ Signé à Varsovie le 24 septembre 1974, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 971, n° 14068, p. 403, et entré en vigueur en 1975. Voir Sommer, «Transboundary co-operation between Poland and its neighbouring States».

⁷⁴ Signé à Washington le 5 août 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1274, n° 21009, p. 235.

⁷⁵ Signé à La Paz (Basse-Californie) le 14 août 1983, ibid., vol. 1352, n° 22805, p. 67.

⁷⁶ Accord de coopération relatif à la pollution transfrontière de l'air causée par des fonderies de cuivre le long de leur frontière commune, constituant l'annexe IV à l'Accord susmentionné du 14 août 1983, signé à Washington le 29 janvier 1987 (ibid., vol. 1465, n° 22805, p. 373), et Agreement of cooperation between the United States of America and the United Mexican States regarding international transport of urban air pollution (annexe V), signé à Washington, le 3 octobre 1989 [*Treaties and Other International Acts Series*, Washington, United States Government Printing Office (TIAS 11269)].

⁷⁷ Signé à Ottawa le 13 mars 1991, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1852, n° 31532, p. 79.

⁷⁸ L'Accord de 1994 prévoit la mise en œuvre de projets pilotes environnementaux conjoints d'épuration des gaz de combustion des

c) *Conventions multilatérales concernant des problèmes atmosphériques mondiaux*

- 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.
- Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et son Protocole de Kyoto.

31. Certains de ces accords sont brièvement présentés ci-après. Ce sont assurément là d'importantes sources dont la Commission peut s'inspirer pour élaborer un projet de directives sur la protection de l'atmosphère.

32. **Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance**⁷⁹. La Convention, élaborée sous les auspices de la CEE, est un accord-cadre censé répondre aux préoccupations majeures concernant les pluies acides et autres polluants dispersés. Elle définit en son article 1 *b* l'expression « pollution atmosphérique transfrontière à longue distance » comme toute pollution ayant des effets à une distance telle « qu'il n'est généralement pas possible de distinguer les apports des sources individuelles ou groupes de sources d'émission ». Sans fixer de limites précises d'émissions des polluants industriels, elle établit un régime d'examen continu de la question. On a pu dire que, « en dépit de lacunes évidentes, l'intérêt réel de la Convention de Genève tient en ceci qu'elle institue un cadre utile de coopération et d'élaboration d'autres mesures de contrôle de la pollution⁸⁰ ». Une série de huit protocoles distincts seront négociés et adoptés par la suite.

33. **Protocoles se rapportant à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance**. Les protocoles font œuvre d'innovations majeures dans l'élaboration des règles. Le premier Protocole sur les émissions de soufre, en 1985, prescrit aux parties de réduire leurs émissions de soufre ou de leurs flux transfrontières d'au moins 30 % à l'horizon 1993, appliquant un taux uniforme à l'ensemble des parties. En revanche, le second Protocole sur les émissions de soufre, en 1994, faisant application de la notion de « charge critique », vient fixer des objectifs différenciés à chaque partie. Ces objectifs vont d'une réduction de 80 % pour l'Allemagne à une augmentation de 49 % pour la Grèce, la réduction collective globale des émissions étant de 50,8 %. Alors que l'objectif du premier Protocole – réduction de 30 % – est essentiellement arbitraire, les objectifs nationaux différenciés du second Protocole résultent de l'application de la méthode des charges critiques et du coût-efficacité, dénotant un haut degré de connaissance scientifique et

centrales électriques au charbon; les Accords de 2000 et 2004 prévoient la mise en place conjointe d'un « fonds air pur » et d'autres projets pilotes en République tchèque, le but étant de réduire l'effet de la pollution atmosphérique transfrontière en Allemagne; l'Accord de 2004 prévoit expressément une « mise en œuvre conjointe » en vertu du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

⁷⁹ Voir Sliggers et Kakebeeke, *Clearing the Air: 25 years of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution*; Lidskog et Sundqvist, *Governing the Air: The Dynamics of Science, Policy, and Citizen Interaction*.

⁸⁰ Birnie, Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment*, p. 345.

technique⁸¹. Les engagements qui en résultent sont plus équitables pour l'ensemble des parties, puisqu'ils se fondent sur le calcul de sources et effets réels. Le Protocole relatif à la lutte contre les émissions d'oxydes d'azote, en 1988, prescrit aux parties de stabiliser leurs émissions d'oxydes d'azote ou leurs flux transfrontières aux niveaux de 1987 en 1994 au plus tard. Portant sur les principales sources fixes (telles que les centrales électriques) et mobiles (telles que les émissions de véhicules), il envisage la négociation de charges critiques internationalement reconnues de pollution par les oxydes d'azote devant entrer en vigueur après 1996. On considère que cette façon de procéder convient mieux à la protection régionale de l'environnement que toute réduction uniforme des émissions⁸². Entre 1991 et 1998, trois protocoles viendront réglementer les émissions de composés organiques volatiles, de polluants organiques persistants, de plomb, de cadmium et de mercure. Enfin, en 1999, la CEE adopte le Protocole relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique (Protocole de Göteborg), visant à atténuer leurs effets néfastes sur la santé, les écosystèmes naturels et les cultures en raison de la pollution atmosphérique transfrontière. Le Protocole reconnaît la nécessité d'une approche de précaution et prescrit de limiter les émissions aux charges critiques précisées dans les annexes. Il convient de noter que les parties à la Convention prendront en mai 2012 la décision historique de modifier le Protocole de Göteborg à l'égard de certaines substances, à l'effet d'inclure dans la version révisée du Protocole le carbone noir – composant de matière particulaire⁸³ – et le carbone noir, l'ozone et le méthane, polluants atmosphériques importants et agents de forçage climatique à courte durée de vie dans les plans de travail sur les conventions à moyen et à long terme⁸⁴.

34. **Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels**. Comme la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels a été négociée par la CEE en tant qu'élément du cadre juridique de protection de l'environnement. Elle vise à protéger l'homme et l'environnement des effets transfrontières étendus d'accidents industriels tels que la fuite de résidus d'extraction minière à Baia Mare (Roumanie). La Convention réaffirme au paragraphe 4 de son article 3 le principe de la responsabilité de l'État et prescrit aux parties de prendre des mesures législatives, réglementaires, administratives et financières pour prévenir les accidents industriels, s'y préparer et y faire face. Les parties doivent

⁸¹ Ibid., p. 346. Pour cette raison, a-t-il été noté, le principe de précaution n'a pas dû être appliqué dans ce cas, même si le préambule du Protocole le mentionne et convient de l'existence d'une incertitude scientifique.

⁸² Ibid., p. 347.

⁸³ Voir amendement du texte et des annexes II à IX du Protocole et ajout de nouvelles annexes X et XI (disponible à l'adresse suivante : <https://treaties.un.org>, rubrique « État des traités », chap. XXVII, 1.h), annexe, article 10, nouveau paragraphe 3.

⁸⁴ Pour une étude de fond, voir « Transport hémisphérique des polluants atmosphériques (2010) » (ECE/EB.AIR/2010/10 et Corr.1 et 2). Sur la nécessité d'intégrer la réglementation des polluants atmosphériques et les agents de forçage climatiques, voir aussi le nouveau rapport global intitulé *On Thin Ice: How Cutting Pollution Can Slow Warming and Save Lives* (Banque mondiale et International Cryosphere Climate Initiative, 2013), disponible à l'adresse suivante : <http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/146561468180271158/Main-report>.

identifier les activités dangereuses relevant de leur juridiction (art. 4, par. 1) et implanter les nouveaux projets là où les risques de dégâts à l'environnement sont moindres (art. 7). La Convention crée un cadre de coopération internationale qui va au-delà de l'assistance en cas d'accident. Les parties sont tenues d'informer et de consulter les autres parties pouvant subir les effets transfrontières d'opérations dangereuses et d'élaborer des plans d'urgence conjoints ou compatibles. La Convention encourage également l'échange d'informations et de techniques de sécurité et la coopération en matière de recherche-développement. Afin d'aider les États à mieux faire face aux accidents, elle invite les parties à mettre en place un système d'alerte permettant d'informer immédiatement les parties touchées. La Conférence des parties, organe directeur, examine l'application de la Convention et définit les priorités des travaux.

35. Accord de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur les nuages de pollution transfrontières. L'Accord est un instrument régional de protection de l'environnement juridiquement contraignant rédigé en collaboration avec le PNUE pour tenter de remédier à certains problèmes de non-respect d'obligations découlant d'initiatives préalables visant à résoudre le problème de l'importante pollution atmosphérique dans la région, telles que le plan d'action régional contre les effets des nuages bruns (Regional Haze Action Plan). Reconnaissant les effets transfrontières de ces nuages (provenant en grande partie de feux de forêts et de prairies, récurrents en Indonésie et au Brunéi Darussalam) sur la santé et l'environnement, il encourage en son article 2 la coopération régionale et internationale aux fins de prévenir et de contrôler la pollution atmosphérique transfrontière. Adoptant le principe de précaution, il prescrit aux États d'identifier et de surveiller les zones exposées au risque d'incendie et de prendre les mesures de prévention nécessaires, sans définir ni les mesures en question ni de normes précises. Fidèle à la philosophie de coopération de l'ASEAN, il envisage l'échange d'informations et de technologies, la mise en place d'un système régional d'alerte rapide et l'entraide. Il charge un centre de coordination régionale de la lutte contre la pollution transfrontière due à ces nuages de faciliter la coopération et la coordination dans la gestion des effets des incendies. Cependant, eu égard à l'importance traditionnelle de la souveraineté, il précise que toute partie doit solliciter une telle assistance ou y consentir, quels que soient les effets transfrontières. Même s'il pût en définitive de problèmes de non-respect, faute de dispositions sur le contrôle et l'exécution et du fait de la non-participation du principal acteur visé, il tente cependant de surmonter certains des obstacles à l'application, notamment en créant un fonds de lutte contre les nuages de pollution transfrontières pour régler la question de la capacité financière. Il institue également un organe intergouvernemental, la Conférence des parties, ayant pour mission d'évaluer l'application et d'adopter, si nécessaire, des protocoles ou amendements. Dans l'ensemble, on peut dire qu'il s'attaque d'une façon plus pragmatique et plus juridique au problème des nuages de pollution⁸⁵.

⁸⁵ Voir Tan, «The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution: prospects for compliance and effectiveness in post-Suharto Indonesia»; et Rodziana Mohamed Razali, «The shortcomings of the ASEAN's legal mechanisms to address transboundary haze pollution and proposal for improvement», exposé présenté à la troisième Conférence biannuelle de l'Asian Society of International Law, Beijing, 27 et 28 août 2011.

36. Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants. La Convention vise à protéger la santé humaine et l'environnement des risques résultant des polluants organiques persistants, substances chimiques aux propriétés toxiques, qui résistent à la dégradation et s'accumulent dans les organismes vivants par la chaîne alimentaire. Le PNUE entame des négociations face aux appels lancés en faveur d'une action mondiale, la preuve ayant été faite que ces polluants ont des effets néfastes et peuvent franchir de longues distances par air et par eau. La Convention consacre le principe de précaution et prescrit aux parties d'éliminer ou de réduire la production et l'utilisation de 12 polluants organiques persistants (pesticides, substances chimiques industrielles et polluants organiques persistants produits involontairement). Entre autres dispositions essentielles, elle prescrit d'interdire ou de restreindre l'importation et l'exportation de polluants organiques persistants répertoriés; d'élaborer et d'utiliser des produits de remplacement plus sûrs et de pourvoir à la gestion écologiquement rationnelle des stocks et des déchets; et de promouvoir de meilleures techniques disponibles et de meilleures pratiques environnementales. Les pays en développement devant, pour honorer leurs obligations, pouvoir compter sur le transfert de technologie, de ressources financières et d'assistance technique de pays industrialisés, la Convention désigne le Fonds pour l'environnement mondial comme mécanisme intérimaire de financement aux fins de l'assistance. Elle crée des institutions et procédures importantes, qui en font la souplesse et le dynamisme. Les réunions de la Conférence des parties, organe directeur de la Convention, sont l'occasion d'un examen périodique de son application et de l'adoption d'amendements. À la première de ces réunions, il sera décidé de créer le Comité d'étude des polluants organiques persistants. Composé de 31 experts, cet organe scientifique examine les propositions d'ajouts à la liste des substances chimiques réglementées selon la procédure instituée par la Convention. Premièrement, le Comité applique les critères de sélection résultant de la Convention concernant les nouveaux polluants organiques persistants. Deuxièmement, s'il est satisfait à tous les critères, le Comité établit un profil des risques, déterminant ainsi la probabilité que telle substance, à la suite d'une propagation à longue distance dans l'environnement, ait d'importantes incidences néfastes sur la santé humaine ou l'environnement, justifiant une action mondiale. Troisièmement, il établit une évaluation de la gestion des risques en tenant compte des considérations socioéconomiques et formule une recommandation à l'attention de la Conférence des parties, qui prend la décision finale. À ce jour, la Conférence des parties a décidé d'ajouter 10 nouvelles substances, dont neuf à sa quatrième réunion, en 2009, et l'endosulfan à sa dernière réunion, en avril 2011.

37. Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique sur la qualité de l'air. Signé le 13 mars 1991, l'Accord vise à régler le problème de la pollution atmosphérique transfrontière à l'origine des pluies acides. Il repose essentiellement sur l'engagement souscrit par l'une et l'autre parties de contrôler la pollution atmosphérique transfrontière. Il fixe en son annexe 1 à l'un et l'autre pays des objectifs et échéances précis pour limiter les émissions de dioxyde de soufre et d'oxydes d'azote, principales substances chimiques à l'origine des pluies acides. Réaffirmant la décision rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* et le principe 21 de

la Déclaration de Stockholm, il crée un cadre permettant de traiter les préoccupations communes. Il « applique des règles coutumières de droit de l'environnement telles que l'évaluation préalable des mesures, activités et projets envisagés dès lors qu'ils risquent de causer une pollution atmosphérique transfrontière importante, le devoir d'informer l'autre État de ces activités ou projets ainsi que de celles créant un risque de dommage transfrontière important, et de tenir des consultations à la demande de l'autre partie⁸⁶ ». Le dispositif envisage manifestement un degré élevé de coopération, encourageant la coopération scientifique et technique, outre le contrôle des émissions et la consultation. Un Comité de la qualité de l'air, organe bilatéral permanent, est chargé d'aider à la mise en œuvre de l'Accord et d'examiner les progrès accomplis. Organe de tutelle du Comité, la Commission mixte internationale, créée en vertu du Traité de 1909 sur les eaux limitrophes⁸⁷, joue un rôle crucial de police de l'Accord, toute partie pouvant lui soumettre un différend. En outre, elle sollicite les vues du public, en rend compte et soumet le processus à l'examen du public⁸⁸. En décembre 2000, l'annexe sur l'ozone viendra compléter l'Accord face au problème de la pollution atmosphérique transfrontière entraînant des degrés élevés d'ozone troposphérique. Les deux pays s'y engagent à contrôler et réduire leurs émissions d'oxydes d'azote et de composés organiques volatils (précurseurs de la formation d'ozone troposphérique) pour établir des normes de qualité de l'air à long terme⁸⁹.

38. Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone. La Convention de Vienne est le second instrument multilatéral concernant un problème atmosphérique mondial⁹⁰. Avec le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone et ses modifications ultérieures, il constitue le régime juridique de protection de la couche d'ozone stratosphérique. Des négociations sur un instrument juridique sont entamées à l'initiative du PNUE, la preuve ayant été scientifiquement rapportée que les chlorofluorocarbones, substances chimiques abondamment utilisées, détruisent la couche d'ozone. Il en est issu une convention-cadre mettant à la charge des États l'obligation générale de prendre des mesures législatives ou administratives appropriées pour – aux termes du préambule – « protéger la santé humaine et l'environnement contre les effets néfastes résultant des modifications de la couche d'ozone ». La Convention de Vienne ne fixe pas d'objectifs spécifiques, ne précise pas les substances visées par ces mesures (tout au plus trouve-t-on en annexe les substances

qui, pense-t-on, ont un effet sur la couche d'ozone) et ne crée pas non plus d'obligation juridique de réduire les émissions de substances appauvrissant la couche d'ozone, la nature des mesures à prendre étant laissée à la discrétion de chaque État partie. En revanche, la Convention insiste sur la coopération sous la forme d'observations systématiques, de recherches, d'échange de renseignements et de technologies, ainsi que sur la coopération aux fins de formuler des « mesures, procédures et normes convenues pour l'application de la [...] Convention » [art. 2, par. 2 c]. Conscients de la dimension planétaire du problème, les auteurs de l'instrument tentent d'amener tous les pays à devenir partie. Ils tiennent compte de certaines des réserves que pourrait inspirer aux pays en développement le coût de l'application du texte, à savoir le coût des technologies de substitution et l'incidence sur le développement. De ce fait, la disposition sur le transfert de technologie (art. 4) est faible et les parties sont censées prendre les mesures « selon les moyens dont elles disposent et selon leurs possibilités » (art. 2, par. 2). La Convention, cadre minimaliste, est cependant une réussite en ce qu'elle jette les bases d'une coopération future et crée les institutions, telles que la Conférence des parties, censées lui permettre de s'adapter à de nouvelles données scientifiques à la faveur d'examens de l'application et de nouveaux protocoles ou de modifications. Elle dénote également une façon plus prudente d'envisager les traités sur l'environnement, les effets de l'appauvrissement de la couche d'ozone et les effets néfastes des rayons ultraviolets relevant toujours de la conjecture.

39. Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone. Le Protocole de Montréal fait aux États parties obligation de limiter la production et la consommation de chlorofluorocarbones et de halons, principales substances appauvrissant la couche d'ozone. Il est adopté à la suite d'une étude internationale effectuée par le PNUE et l'OMM, après qu'un « trou » dans la couche d'ozone a été découvert au-dessus de l'Antarctique. Cette étude révèle que la production de chlorofluorocarbones aux niveaux d'alors appauvrirait dangereusement la couche d'ozone et qu'il faut fixer des objectifs fermes de réduction des émissions des substances concernées⁹¹. Le Protocole de Montréal prescrit aux pays industrialisés de geler la production et la consommation des chlorofluorocarbones aux niveaux de 1986 (l'année de référence), de les réduire de moitié à l'horizon 1999 et de geler la consommation de halons aux niveaux de 1986. Il charge aussi une réunion des parties d'effectuer des observations systématiques de la couche d'ozone et de suivre l'évolution des connaissances scientifiques en imposant au besoin de nouvelles obligations juridiques aux États, élément crucial de son succès. Des amendements effectués en 1989 (Helsinki), en 1990 (Londres)⁹², en 1992 (Copenhague)⁹³,

⁸⁶ Kiss et Shelton, *International Environmental Law*, p. 572.

⁸⁷ Signé à Washington le 11 janvier 1909. Voir Bevans, *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 12, p. 319.

⁸⁸ Buih et Feng, « The International Joint Commission's role in the United States-Canada transboundary air pollution control regime: a century of experience to guide the future », p. 129.

⁸⁹ Une autre annexe consacrée à la matière particulaire est en cours de négociation.

⁹⁰ Le premier instrument bilatéral fut le Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, face au risque mondial de pollution atmosphérique due aux retombées radioactives. On retiendra le discours historique lors duquel le Président des États-Unis John F. Kennedy (le 10 juin 1963, à la cérémonie de remise des diplômes de l'American University, à Washington) a annoncé son appui au Traité, disant : « Nous habitons tous cette petite planète. Nous respirons tous le même air. L'avenir de nos enfants nous est cher à tous » (*The Department of State Bulletin*, vol. XLIX, n° 1253, 1^{er} juillet 1963, p. 4).

⁹¹ Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer, International Law, International Régimes, and Sustainable Development*; Sands, *Principles of International Environmental Law*, p. 575.

⁹² Ajustements et amendements au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone adoptés à la deuxième Réunion des parties, qui s'est tenue à Londres du 27 au 29 juin 1990.

⁹³ Amendement au Protocole de Montréal du 16 septembre 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone adopté à la quatrième Réunion des parties, qui s'est tenue à Copenhague du 23 au 25 novembre 1992.

en 1997 (Montréal)⁹⁴ et en 1999 (Beijing)⁹⁵ viendront traiter de l'accélération de l'élimination de diverses substances et de l'ajout de nouvelles substances mais aussi des questions importantes de la participation des pays en développement, du non-respect et des non-parties. Les modifications de Londres seront particulièrement importantes, renforçant le principe des responsabilités conjointes mais différenciées. Modifié, le paragraphe 6 du préambule consacre la nécessité de tenir compte des « besoins des pays en développement en matière de développement ». De plus, l'ancien article 5, qui fixait un délai de dix ans aux pays dont la consommation de chlorofluorocarbones était inférieure à 0,3 kilogramme par habitant (en fait, les pays en développement) sera remplacé par un nouvel article 5 reconnaissant que la suite donnée par les pays en développement dépendrait d'une assistance financière et du transfert de technologie⁹⁶. En outre, l'article 10 crée un fonds multilatéral financé volontairement par les parties non visées à l'article 5, le but étant d'aider les pays en développement à faire face au coût de l'exécution de leurs obligations. En ce qui concerne le non-respect, le Protocole de Montréal repose sur une méthode souple mettant l'accent sur la facilitation et la promotion. Les parties en difficulté peuvent saisir elles-mêmes un comité de l'application ou être renvoyées devant celui-ci par une autre partie ou le Secrétariat. Le Protocole organise des mesures telles que le financement par le Fonds pour l'environnement mondial⁹⁷, l'assistance technique ou l'envoi de mises en garde visant principalement à rappeler aux parties de s'acquitter de leurs obligations en matière de communication de données. Il envisage le problème des non-parties sous l'angle de la coercition. Il applique des mesures de restriction des échanges commerciaux, interdisant le commerce de substances contrôlées ou de produits contenant ces substances avec les non-parties et luttant contre le commerce illicite de chlorofluorocarbones par un régime de licences d'exportation et d'importation, incitant ainsi à adhérer au Protocole de Montréal et à s'y conformer. Le Protocole de Montréal peut être considéré comme une réussite en ce qu'il a été largement adopté et appliqué et que la production de chlorofluorocarbones a diminué depuis le pic de 1998. Il convient cependant de le situer dans le large contexte de la protection atmosphérique. Certains produits de substitution des chlorofluorocarbones sont des gaz à effet de serre, ce qui met en évidence la nécessité d'une coordination de l'action menée sous l'empire du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques⁹⁸.

40. Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. L'Assemblée générale entreprend de redoubler d'efforts pour faire face aux changements climatiques en 1988, en adoptant une résolution dans laquelle

⁹⁴ Amendement au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone adopté par la neuvième Réunion des parties, qui s'est tenue à Montréal du 15 au 17 septembre 1997.

⁹⁵ Amendement au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone adopté par la onzième Réunion des parties, qui s'est tenue à Beijing du 29 novembre au 3 décembre 1999.

⁹⁶ Voir *supra* la note 92.

⁹⁷ Sand, « Carrots without sticks? New financial mechanisms for global environmental agreements ».

⁹⁸ Voir PNUÉ, *Environmental Effects of Ozone Depletion and its Interactions with Climate Change: 2010 Assessment* (Nairobi, 2010), disponible à l'adresse suivante: www.unenvironment.org/resources/report/environmental-effects-ozone-depletion-and-its-interactions-climate-change-2010.

elle qualifie ceux-ci de « préoccupation commune de l'humanité » (voir résolution 43/53 de l'Assemblée générale du 6 décembre 1988). L'année suivante, consciente de la nécessité d'adopter des mesures pour contrôler les émissions anthropiques de gaz à effet de serre, elle charge le Comité intergouvernemental de négociation de négocier un instrument en vue de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Comme la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques n'impose pas d'engagements quantitatifs pour limiter les gaz à effet de serre. Elle se fixe en son article 2 généralement pour objectif de « stabiliser [...] les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique ». Elle ne prescrit pas expressément de ramener les émissions de gaz à effet de serre aux niveaux de 1990 à l'horizon 2000, se bornant à fixer mollement un objectif de cet ordre. Elle pose plusieurs principes fondamentaux aux fins de toute action internationale face aux changements climatiques (dont beaucoup se retrouvent également dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁹⁹ et dans l'Action 21), tels que le principe d'équité et des responsabilités communes mais différenciées, le développement durable, le rapport coût-efficacité et les mesures de précaution (art. 3). L'essentiel des engagements à souscrire par les parties résulte de l'article 4. Les parties qui sont des pays développés (annexe I) sont tenues d'« adopte[r] des politiques nationales et [de] prend[re] en conséquence les mesures voulues pour atténuer les changements climatiques en limitant [leurs] émissions anthropiques de gaz à effet de serre et en protégeant et renforçant [leurs] puits et réservoirs de gaz à effet de serre » (art. 4, par. 2 a). Afin de promouvoir l'application, l'article 4 fait obligation également à chacune des parties de « soumettr[e], conformément à l'article 12, dans les six mois suivant l'entrée en vigueur de la Convention à son égard, puis à intervalles périodiques, des informations détaillées sur ses politiques et mesures [...], de même que sur les projections qui en résultent quant aux émissions anthropiques par ses sources et à l'absorption par ses puits de gaz à effet de serre non réglementés par le Protocole de Montréal » (art. 4, par. 2 b). Dans l'ensemble, la Convention constitue un cadre solide pour l'examen de la question à l'avenir; elle institue une Conférence des parties dotée d'un mandat assez étendu – comprenant l'examen de l'application et l'adoption de protocoles – d'édicter des obligations spécifiques.

41. Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Négocié après la première Conférence des parties, tenue à Berlin (Mandat de Berlin), venue mettre en évidence l'inadéquation des engagements résultant de l'article 4 de la Convention, le Protocole de Kyoto fixe des objectifs chiffrés et un calendrier précis de réduction des émissions. Son principal apport est l'engagement souscrit par les pays développés (parties visées à l'annexe I) de réduire d'une quantité donnée leurs émissions de six gaz à effet de serre (dioxyde de carbone, méthane, oxyde nitreux, hexafluorure de soufre, hydrofluorocarbones et hydrocarbures perfluorés) en vue d'une réduction collective des émissions d'au moins 5 %

⁹⁹ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I (voir *supra* la note 52), annexe I.

par rapport aux niveaux de 1990 durant la période d'engagement entre 2003 et 2012 (art. 3, par. 1), les parties pouvant honorer leurs engagements de plusieurs manières : accroissement de l'efficacité énergétique, protection et renforcement des puits et des réservoirs de gaz à effet de serre et promotion de formes d'agriculture durable, notamment (art. 2, par. 1 a). On notera que, au nom du principe de responsabilités communes mais différenciées, les pays en développement ne sont pas tenus de souscrire d'engagements de limitation ou de réduction des émissions. Ce principe est consacré aussi dans les dispositions sur le transfert de technologie et l'assistance financière. Il est spécialement tenu compte des pays les plus exposés aux effets des changements climatiques, tels que les petits États insulaires en développement, les pays à zones côtières de faible élévation, les pays à zones exposées aux catastrophes naturelles et les pays à zones susceptibles de sécheresse et désertification (article 4, paragraphe 8 de la Convention elle-même). On retiendra que le Protocole de Kyoto consacre plusieurs innovations. Il comprend trois « mécanismes de flexibilité » du marché, visant essentiellement à optimiser le coût-efficacité du respect des engagements de réduction des émissions et, accessoirement, à favoriser la participation la plus large possible. L'article 4 permet aux parties visées à l'annexe I de remplir conjointement leurs engagements de limitation des émissions. Les deux premiers mécanismes – mécanisme de mise en œuvre conjointe et mécanisme pour un développement propre – fonctionnent sur la base de projets. La mise en œuvre conjointe permet à tel pays développé de gagner des unités de réduction d'émissions en investissant dans un projet de réduction des émissions de tel autre pays développé (art. 6). Le mécanisme pour un développement propre, seul mécanisme de flexibilité à faire intervenir les pays en développement, permet à tout pays développé partie de gagner des crédits négociables de réduction d'émissions en investissant dans des projets de réduction ou de limitation des émissions dans des pays en développement en vue de stimuler le développement durable (art. 12). Le mécanisme est supervisé par un conseil exécutif, les réductions d'émissions découlant des projets devant être certifiées par des autorités nationales désignées (art. 12, par. 4). Le troisième mécanisme concerne le marché international des permis d'émission négociables. Des permis d'émission sont attribués à chaque partie en fonction de ses obligations de limitation d'émissions ; tout permis d'émission non utilisé peut être vendu à d'autres parties sur le « marché des droits d'émission de carbone » (art. 17)¹⁰⁰. Les dispositions concernant le suivi de l'application sont importantes pour ce qui est du respect du régime. Les parties visées à l'annexe I doivent mettre en place des systèmes nationaux pour évaluer les émissions anthropiques par source et l'absorption par les puits (art. 5) et dresser annuellement un inventaire afin de communiquer les informations complémentaires montrant que les engagements pris au titre du Protocole ont été respectés (art. 7, par. 2). À sa septième session, tenue à Marrakech (Maroc) en 2001, la Conférence des parties à la Convention-cadre décide que l'approche fondée sur la promotion, issue du Protocole de Montréal, ne permettrait pas de garantir l'exécution de leurs obligations par les parties visées à l'annexe I. Adoptant une approche coercitive, elle établit

un mécanisme qui vient charger un groupe de l'exécution d'examiner les cas d'inexécution par des pays visés à l'annexe I¹⁰¹ et d'imposer une sanction égale à 1,3 fois la part non respectée de leurs engagements, cette quantité étant ajoutée aux engagements pour la deuxième période¹⁰². La première période d'engagements prenant fin en 2012, la dix-septième session de la Conférence des parties (Conférence de Durban), en 2011, décide de se pencher sur le contenu d'une deuxième période d'engagements, qui commencerait en 2013. Cependant, le Canada, la Fédération de Russie et le Japon signifient qu'ils n'entendent souscrire aucune obligation lors de cette deuxième période. Le Canada annonce le 12 décembre 2011 qu'il se retirerait entièrement du Protocole de Kyoto. La Conférence de Durban décide également de « lancer un processus en vue d'élaborer au titre de la Convention un protocole, un autre instrument juridique ou un texte convenu d'un commun accord ayant valeur juridique, applicable à toutes les parties¹⁰³ », qui, adopté au plus tard en 2015, entrerait en vigueur à partir de 2020. La dix-huitième Conférence des parties (Conférence de Doha), en 2012, adopte officiellement un amendement au Protocole de Kyoto contenant les engagements des parties visées à l'annexe I pour la deuxième période d'engagements (2013-2020) mais certains pays développés décident de ne pas voir consacrer leurs engagements dans cet amendement¹⁰⁴. À la dix-neuvième session de la Conférence des parties (Conférence de Varsovie), en 2013, les parties examinent les éléments d'un accord à adopter à la vingt et unième session de la Conférence des parties, qui se tiendra à Paris en 2015. La Conférence de Varsovie invite « toutes les parties » à déterminer quelles seraient leurs « contributions » nationales et à les communiquer suffisamment tôt avant la vingt et unième session, sans préjudice de la nature juridique de leurs contributions¹⁰⁵.

2. JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

42. Il conviendrait de s'arrêter ici sur plusieurs décisions judiciaires de juridictions internationales. L'affaire de la *Fonderie de Trail*¹⁰⁶ a jeté les bases du droit de la pollution atmosphérique transfrontière. À la suite de la décision rendue en l'espèce, les affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France)*¹⁰⁷, portées en 1973 et en 1974 devant la Cour internationale de Justice, susciteront une vive controverse autour d'une possible pollution atmosphérique. La Cour évoque également l'obligation de l'État de ne pas causer de dommages significatifs à l'environnement par la pollution transfrontière, notamment la pollution atmosphérique, dans son avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*¹⁰⁸. En 1997, l'affaire

¹⁰¹ Voir FCCC/CP/2001/13/Add.3, décision 24/CP.7, annexe. La décision est adoptée par la première réunion des parties au Protocole de Kyoto, les 9 et 10 décembre 2005.

¹⁰² Murase, *International Law*, p. 174.

¹⁰³ Voir FCCC/CP/2011/9/Add.1, décision 1/CP.17, par. 2. On notera qu'il n'est plus question ici du principe des « responsabilités communes mais différenciées ».

¹⁰⁴ Voir FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, décision 1/CMP.8.

¹⁰⁵ Voir FCCC/CP/2013/10/Add.1, décision 1/CP.19, par. 2 b.

¹⁰⁶ Voir *supra* la note 39.

¹⁰⁷ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 457.

¹⁰⁸ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226.

¹⁰⁰ Rowlands estime que l'apparition de ces instruments du marché dans le droit de l'environnement est d'autant plus significatif qu'« il représente une marchandisation plus poussée de l'environnement international » (Rowlands, « Atmosphere and outer space », p. 332).

du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*¹⁰⁹, certes non directement liée à la pollution atmosphérique, intéresse plus largement la question des dommages environnementaux. Dans son arrêt d'avril 2010 en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*¹¹⁰, la Cour évoque en partie la question de la pollution atmosphérique alléguée (dans la mesure où elle touche le milieu aquatique du fleuve). L'affaire des *Épandages aériens d'herbicides (Équateur c. Colombie)*¹¹¹, portée devant la Cour en 2008 puis réglée et rayée du rôle depuis lors, intéresse également ce sujet. En 1996, l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*¹¹² soulève l'importante question de la compatibilité du droit interne d'un pays (en l'espèce, le *United States Clean Air Act* de 1990) avec les règles commerciales de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Autre décision notable, l'arrêt rendu en décembre 2011 par la Cour de justice européenne de Luxembourg en l'affaire *Air Transport Association of America et autres contre Secretary of State for Energy and Climate Change*¹¹³ viendra confirmer la validité de l'inclusion par voie de directive de l'Union européenne des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission¹¹⁴. La décision pourrait être attaquée auprès de l'OMC par les États-Unis (et peut-être la Chine), en un nouveau cas de conflit «commerce contre environnement». Il serait bon de donner ici, à titre préliminaire, un bref aperçu de chacune de ces affaires dans la mesure où elles intéressent le sujet de la protection de l'atmosphère.

43. **Affaire de la Fonderie de Trail.** Cette affaire résultait d'un dommage transfrontalier dans l'État de Washington (États-Unis), causé par des activités de fonderie à Trail, en Colombie-Britannique (Canada). La fonderie faisait griller du minerai de zinc et de plomb pour en extraire le métal. Ainsi chauffés, ces minerais, qui contenaient aussi du soufre, rejetaient du dioxyde de soufre dans l'atmosphère. Du fait des conditions géographiques et météorologiques de la région, les nuages de dioxyde de soufre se déplaçaient vers le sud et pénétraient aux États-Unis, endommageant sévèrement récoltes, bois, pâtures, bétail et bâtiments. Le tribunal arbitral créé conformément à la Convention pour le règlement des difficultés soulevées par l'activité de la fonderie de Trail¹¹⁵ était censé, aux termes de l'article IV de cette convention, appliquer «le droit et la pratique suivis pour traiter de questions

apparentées aux États-Unis d'Amérique ainsi que le droit et la pratique internationaux, et tenir compte du désir des hautes parties contractantes de parvenir à une juste solution pour toutes les parties concernées». Est souvent cité le passage ci-après de la sentence arbitrale :

Selon les principes du droit international et du droit des États-Unis, aucun État n'a le droit d'utiliser ou de laisser utiliser son territoire de telle sorte que celui-ci soit la source de fumées causant sur le territoire ou au territoire d'un autre État ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent des dommages importants établis de façon claire et convaincante¹¹⁶.

L'affaire de la *Fonderie de Trail* était un cas classique de différend né d'une pollution atmosphérique transfrontière, où la cause et l'effet des dommages étaient suffisamment identifiables. On invoque souvent la sentence à l'appui de la thèse que, en droit international, l'État a le devoir de s'assurer que les activités menées sous sa juridiction et sous son contrôle ne causent pas de dommage transfrontière lorsque le préjudice est prévisible et établi de façon claire et convaincante¹¹⁷, la norme de preuve étant celle de la probabilité empirique. Il importe de noter que le tribunal arbitral a réaffirmé le principe de prévention sur la base de données scientifiques et a adopté un régime correspondant pour maintenir un certain niveau d'émissions. Cependant, il faut nuancer la valeur jurisprudentielle de la sentence¹¹⁸; le tribunal arbitral s'est fondé sur les principes du droit des États-Unis conformément au compromis d'arbitrage, mais les notions de nuisance, d'atteinte aux biens d'autrui et de responsabilité objective invoquées dans la sentence ne s'assimilent pas aisément aux principes établis du droit international en toutes circonstances¹¹⁹. L'intérêt de la sentence réside en ce que le tribunal arbitral a pu concilier les intérêts de l'industrie et ceux de l'agriculture¹²⁰ et, par analogie, ceux du développement économique et de la protection de l'environnement, préfigurant le concept moderne de développement durable.

44. **Affaires des Essais nucléaires.** Dans sa requête en l'affaire des *Essais nucléaires*, l'Australie a prié la Cour de «dire et juger que [...] la poursuite des essais atmosphériques d'armes nucléaires dans l'océan Pacifique Sud n'est pas compatible avec les règles applicables du droit international et ordonner à la République française de ne plus faire de tels essais¹²¹». La Cour indique des mesures conservatoires le 22 juin 1973 et rend un arrêt le 20 décembre 1974. Elle juge que l'objectif recherché par les requérants, la cessation des essais nucléaires, a été atteint par les déclarations de la France selon lesquelles elle ne ferait plus d'essais atmosphériques, et qu'il n'y avait donc plus lieu à statuer sur les demandes des requérants¹²². On

¹⁰⁹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7.

¹¹⁰ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* [voir *supra* la note 30].

¹¹¹ *Épandages aériens d'herbicides (Équateur c. Colombie)*, ordonnance du 30 mai 2008, C.I.J. Recueil 2008, p. 174.

¹¹² Organisation mondiale du commerce (OMC), rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996.

¹¹³ *Air Transport Association of America et autres contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, affaire C-366/10, arrêt de la Cour (Grande Chambre) du 21 décembre 2011, *Recueil de jurisprudence 2011*, p. I-13833.

¹¹⁴ Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L8, 13 janvier 2009, p. 3.

¹¹⁵ Signée à Ottawa le 15 avril 1935 [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905].

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 1965; Kuhn, «The Trail Smelter arbitration, United States and Canada»; et Read, «The Trail Smelter dispute».

¹¹⁷ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.2), p. 1965.

¹¹⁸ Madders, «Trail Smelter arbitration», p. 903.

¹¹⁹ Rubin, «Pollution by analogy: the Trail Smelter arbitration».

¹²⁰ Handl, «Balancing of interests and international liability for the pollution of international watercourses: customary principles of law revisited».

¹²¹ Mémoire sur la compétence et la recevabilité soumis par le Gouvernement de l'Australie, C.I.J. *Mémoires, Essais nucléaires (Australie c. France)*, par. 430.

¹²² *Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 99; et arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J.

notera que l'Australie avait intenté son action aux fins de protéger non seulement ses propres intérêts mais aussi ceux d'autres États, puisqu'elle considérait les essais nucléaires de la France comme des infractions à la liberté de la haute mer. Dans son mémoire, elle déclarait notamment que

[l]a mer n'est pas statique ; ses systèmes de vie sont complexes et étroitement liés les uns aux autres. Personne ne peut donc évidemment dire que de la pollution en un lieu – en particulier si elle est radioactive – ne peut au bout du compte avoir des conséquences en un autre lieu. La Cour faillirait à la mission qui est la sienne de protéger par des moyens judiciaires les intérêts de la communauté internationale en méconnaissant des considérations de cette nature¹²³.

Sur ce point, dans leur opinion dissidente, les juges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Waldock déclareront ce qui suit :

En ce qui concerne son droit de ne pas être exposée à des essais atmosphériques, droit qu'elle doit posséder en commun avec d'autres États, la question de l'« intérêt juridique » nous semble là encore faire partie de la question juridique générale qui forme le fond du différend. Si les éléments de preuve produits par l'Australie devaient convaincre la Cour de l'existence d'une règle générale de droit international interdisant les essais nucléaires en atmosphère, il appartiendrait à celle-ci de se prononcer en même temps sur le caractère et le contenu précis de cette règle et, notamment, sur la question de savoir si elle confère à tout État le droit d'introduire individuellement une action pour faire respecter cette règle. En résumé, la question de l'« intérêt juridique » ne peut être dissociée de la question juridique de fond relative à l'existence et à la portée de la règle de droit international coutumier qui est alléguée. Nous admettons que l'existence d'une *actio popularis* en droit international est discutable, mais les observations émises par la Cour actuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (deuxième phase, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32) suffisent à démontrer que la question peut être considérée comme susceptible de faire l'objet d'une argumentation juridique rationnelle et d'être valablement portée devant la Cour¹²⁴.

45. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. À l'occasion de la procédure consultative sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (sur la requête de l'Assemblée générale en 1996), la Cour internationale de Justice a recherché si l'emploi d'armes nucléaires entraînerait des dommages à l'environnement, y incluant supposément l'environnement atmosphérique. Elle s'est dite

consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel [et] [...] que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. 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 [faisait] maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement¹²⁵.

Recueil 1973, p. 135 ; et arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 457. Voir Thierry, « Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de Justice » ; Franck, « Word-made law: the decision of the ICJ in the nuclear tests cases » ; Lellouche, « The International Court of Justice: the *Nuclear Tests* cases » ; McWhinney, « International law-making and the judicial process: the world court and the *French Nuclear Tests* case » ; Sur, « Les affaires des essais nucléaires (Australie c. France, Nouvelle-Zélande c. France ; *C.I.J. – arrêts du 20 décembre 1974*) » ; MacDonald et Hough, « The *Nuclear Tests* case revisited ».

¹²³ Mémoire sur la compétence et la recevabilité soumis par le Gouvernement de l'Australie, *Plaidoiries, C.I.J. Recueil, Affaires des essais nucléaires*, vol. 1, p. 337 et 338 (en anglais seulement).

¹²⁴ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, aux pages 369 et 370, par. 117 (opinion dissidente commune de MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Sir Humphrey Waldock).

¹²⁵ *Ibid.*, p. 241 et 242, par. 29.

Elle nuancera toutefois sa position en ajoutant ce qui suit :

La Cour n'estime pas que les traités en question aient entendu priver un État de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international, au nom des obligations qui sont les siennes de protéger l'environnement. Néanmoins, les États doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes. Le respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité¹²⁶.

Elle observera par ailleurs que

l'article 35, paragraphe 3, et l'article 55 du protocole additionnel I offrent à l'environnement une protection supplémentaire. Considérées ensemble, ces dispositions consacrent une obligation générale de protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves ; une interdiction d'utiliser des méthodes et moyens de guerre conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, de tels dommages ; et une interdiction de mener des attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles. Ce sont là de puissantes contraintes pour tous les États qui ont souscrit à ces dispositions¹²⁷.

Dans son opinion dissidente, le juge Weeramantry s'étendra sur les effets des armes nucléaires, spécialement les dommages à l'environnement et aux écosystèmes, et aux générations futures¹²⁸.

46. *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie).*

Cette espèce qui résulte essentiellement de l'utilisation d'un cours d'eau international ne concerne pas directement l'atmosphère. La Cour internationale de Justice envisagera néanmoins à cette occasion plusieurs questions ayant trait au sujet, ses conclusions pouvant aussi être applicables à la protection de l'atmosphère. La Hongrie invoquait essentiellement un « état de nécessité écologique » pour justifier la suspension ou l'abandon de certains travaux nécessaires à la construction des barrages prévus, la Slovaquie soutenant que le prétendu état de nécessité n'existait pas et qu'il ne constituait de toute manière pas un motif de suspension d'obligations conventionnelles. La Cour souscrira à cette dernière position. En ce qui concerne les mesures prises par la Slovaquie pour détourner les eaux, elle concluait que celles-ci ne pouvaient constituer une contre-mesure licite et que la Slovaquie n'avait donc pas le droit de mettre en service les installations de détournement¹²⁹. Durant la procédure, la Hongrie présentera plusieurs arguments à l'appui de la licéité de son action, notamment l'impossibilité d'exécuter l'Accord de 1977¹³⁰ (due en partie à des impératifs écologiques), un changement fondamental des circonstances (dû en partie aux progrès des connaissances en matière d'environnement) et l'avènement de nouvelles normes et prescriptions du droit international de l'environnement. Cependant, la Cour, rejetant les moyens de la Hongrie, invoquera essentiellement le droit des traités consacré par la Convention de Vienne de 1969 et le droit de la responsabilité de l'État consacrée dans les projets d'article

¹²⁶ *Ibid.*, p. 242, par. 30.

¹²⁷ *Ibid.*, par. 31.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 429 à 555 (opinion dissidente de M. Weeramantry). Voir Brown Weiss, « Opening the door to the environment and to future generations » ; Momtaz, « The use of nuclear weapons and the protection of the environment: the contribution of the International Court of Justice ».

¹²⁹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* [voir *supra* la note 109], p. 55 à 57, par. 82 à 87.

¹³⁰ Accord d'assistance mutuelle relative à la construction du système d'écluses de Gabčíkovo-Nagymaros, Budapest, 16 septembre 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1724, n° 30074, p. 120.

établis par la Commission en 2001¹³¹ et non les principes et règles du droit international de l'environnement¹³². On notera que le juge Weeramantry s'arrêtera longuement sur le concept du développement durable dans son opinion individuelle¹³³.

47. *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*. Dans cette espèce, qui concerne avant tout la qualité des eaux du fleuve, la Cour internationale de Justice s'est intéressée en partie à la question de la pollution atmosphérique dans la mesure où elle touchait celle du milieu aquatique du fleuve¹³⁴. L'Argentine soutenait que les rejets des cheminées de l'usine avaient déposé des substances nocives dans le milieu aquatique. La Cour a toutefois estimé que «les éléments versés au dossier n'établiss[ai]ent pas clairement que des substances toxiques [avaient] été introduites dans le milieu aquatique en conséquence des rejets atmosphériques de l'usine¹³⁵». Ce qui frappe dans l'arrêt, c'est que la Cour a rejeté, faute de preuve, sans guère s'attarder sur les questions de fond, pratiquement tous les arguments de l'Argentine selon lesquels l'Uruguay aurait failli à ses obligations de fond. L'arrêt essuiera des critiques dans une opinion dissidente commune, une opinion individuelle et une déclaration selon laquelle la Cour aurait dû suivre une procédure inquisitoire (par exemple, charger une commission de procéder à une enquête) au lieu de se fier entièrement aux éléments de preuve produits par les parties¹³⁶. Une des caractéristiques des différends environnementaux tels que celui-ci tient en ceci qu'ils reposent souvent en grande partie sur des faits. Il est donc primordial de recueillir et d'évaluer des éléments de preuve scientifiques. L'affaire des *Usines de pâte à papier* a donc posé la question supplémentaire de savoir quel rôle la Cour devait jouer dans l'appréciation d'éléments de preuve scientifiques et techniques en présence de différends environnementaux.

48. *Épandages aériens d'herbicides (Équateur c. Colombie)*. Cette espèce intéresse strictement une allégation de pollution atmosphérique transfrontière. En mars 2008, l'Équateur a introduit une action contre la Colombie à propos de «l'épandage aérien [par la Colombie] d'herbicides toxiques en des endroits situés le long, à proximité ou de l'autre côté de sa frontière avec l'Équateur¹³⁷». Dans sa

requête, l'Équateur, soutenant que «l'épandage [avait] déjà gravement porté atteinte aux populations, aux cultures, à la faune et au milieu naturel du côté équatorien de la frontière et risqu[ait] sérieusement, avec le temps, de causer d'autres dommages», priait la Cour de «dire et juger que: a) la Colombie a violé les obligations qui lui incombent en vertu du droit international en causant ou permettant le dépôt sur le territoire de l'Équateur d'herbicides toxiques qui ont porté atteinte à la santé humaine, aux biens et à l'environnement; [et que] b) la Colombie est tenue d'indemniser l'Équateur pour tout dommage ou perte causés par ses actes internationalement illicites, à savoir l'utilisation d'herbicides, y compris par épandage aérien¹³⁸. L'affaire sera cependant rayée du rôle de la Cour le 13 septembre 2013 à la demande de l'Équateur, les parties étant parvenues à un accord prévoyant entre autres l'arrêt par la Colombie de l'épandage aérien et la création d'une commission mixte.

49. *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*. Le règlement de cette affaire devant l'Organe d'appel de l'OMC (1996) a suscité plusieurs questions importantes touchant la protection de l'atmosphère. C'est là la première décision issue des procédures de règlement des différends¹³⁹. Dans cette espèce, le Brésil et la République bolivarienne du Venezuela ont prié l'Organe de règlement des différends d'examiner la compatibilité de la loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique (*Clean Air Act*) et des «méthodes d'établissement des niveaux de base» de la «réglementation sur l'essence» promulguée par l'Agence américaine pour la protection de l'environnement (Environment Protection Agency) au regard des dispositions applicables de l'OMC. Le *Clean Air Act* et la réglementation y relative visent à prévenir et contrôler la pollution atmosphérique aux États-Unis en fixant des normes de qualité de l'essence et d'émissions des véhicules à moteur. La modification de la loi, en 1990, est venue instituer de nouvelles règles sur les émissions de polluants atmosphériques toxiques et de composés organiques volatils précurseurs d'ozone, le but étant d'améliorer la qualité de l'air dans les zones les plus polluées du pays, ces nouvelles règles s'appliquant aux raffineurs, mélangeurs et importateurs nationaux. L'air pur étant une ressource naturelle épuisable, le Groupe spécial conclut que les méthodes d'établissement des niveaux de base n'étaient pas compatibles avec l'article III, paragraphe 4 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, et ne pouvaient se justifier en vertu de l'article XX, paragraphes I b, d et g. Le Groupe spécial estimait que l'essence importée et l'essence nationale étaient des «produits similaires» et que l'essence importée était soumise à un traitement moins favorable que l'essence nationale. Les États-Unis ont saisi l'Organe d'appel, au motif que le Groupe spécial avait commis une erreur pour avoir conclu que les règles d'établissement des niveaux de base ne constituaient pas une mesure de préservation de l'air pur au sens de l'article XX, paragraphe I g. L'Organe d'appel dira que la réglementation sur l'essence des États-Unis entrerait dans le cadre de l'exception visée à l'article XX, paragraphe I g, mais que la mesure prise par les États-Unis constituait une discrimination «arbitraire» ou «injustifiable» ou une «restriction déguisée» au commerce international et ne répondait donc pas aux conditions du

¹³¹ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

¹³² Voir «Symposium: the Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 8 (1997), p. 3 à 116; Fitzmaurice, «The Gabčíkovo-Nagymaros case: the law of treaties»; Lefeber, «The Gabčíkovo-Nagymaros Project and the law of State responsibility».

¹³³ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* [voir *supra* la note 109], p. 88 à 119.

¹³⁴ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* [voir *supra* la note 30], p. 100 et 101, par. 263 et 264. La question a été soulevée durant la procédure orale, voir audience publique tenue le 8 juin 2006, CR 2006/47, par. 22, 28 et 34.

¹³⁵ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* [voir *supra* la note 30], p. 101, par. 264.

¹³⁶ Voir *ibid.*, p. 108 à 111, par. 1 à 6 (opinion dissidente commune de MM. les juges Al-Khasawneh et Simma); *ibid.*, p. 191, par. 151 (opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade); et *ibid.*, p. 216 à 220 (déclaration de M. le juge Yusuf).

¹³⁷ *Épandages aériens d'herbicides (Équateur c. Colombie)*, requête introductive d'instance de l'Équateur (rôle général n° 138), 31 mars 2008, p. 27, par. 37.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 5, par. 2, et p. 27, par. 38.

¹³⁹ Voir, d'un point de vue général, Murase, «Unilateral measures and the WTO dispute settlement».

texte introductif de l'article XX. L'affaire était donc un conflit entre une loi interne de protection de l'air pur et un régime international de libre-échange, l'Organe d'appel tranchant en faveur de ce dernier.

50. *Air Transport Association of America et autres contre Secretary of State for Energy and Climate Change*. L'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne en cette affaire¹⁴⁰ confirmera la validité de l'inclusion par la Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. Cette décision pourrait être attaquée devant d'autres fors par des pays non européens, en un exemple de conflit opposant commerce et environnement¹⁴¹.

3. DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

a) *Opinio juris et pratique générale*

51. Aux conventions multilatérales et bilatérales mentionnées ci-dessus s'ajoutent une pratique des États et une doctrine abondantes en la matière. La sentence arbitrale rendue en l'affaire de la *Fonderie de Trail*, souvent citée, reste le précédent faisant autorité en matière de pollution atmosphérique transfrontière. Le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* («utilise ton bien de manière à ne pas endommager celui d'autrui») consacré dans la sentence est désormais généralement reconnu en droit international coutumier, quoique assorti de certains tempéraments et conditions, en ce qui concerne la pollution atmosphérique transfrontière entre pays voisins dans la mesure où le lien de cause à effet peut être établi de manière claire et convaincante. Reste à savoir s'il peut être étendu à la pollution atmosphérique à longue distance (transcontinentale), où le lien de cause à effet est difficile à établir, et à des problèmes atmosphériques mondiaux tels que l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques. Il convient de déterminer dans chaque espèce par une analyse minutieuse dans quelle mesure un principe ou une règle peuvent être considérés comme «établis» en droit international coutumier à la lumière de l'*opinio juris sive necessitatis* et de la pratique générale des États¹⁴². Le caractère coutumier d'une règle doit s'apprécier au cas par cas. On s'accorde à dire

que l'on ne peut considérer comme droit coutumier telle *opinio* non adossée à la coutume (l'usage) ni une simple coutume non adossée à l'*opinio*¹⁴³. Il est aussi des cas où le droit coutumier est en formation et non encore établi: on parle alors de «règle[s] de droit coutumier en voie de formation [règles émergentes de droit coutumier]¹⁴⁴».

52. Comme pour les autres projets, la Commission devrait consacrer une bonne part de ses travaux sur le présent projet à déterminer le caractère coutumier de règles et principes concernant la protection de l'atmosphère. D'un point de vue analytique, la distinction entre règles établies et émergentes devient importante si on établit un parallèle entre l'entreprise de codification, fondée sur le droit coutumier établi, et celle de développement progressif, fondée sur des règles émergentes de droit coutumier¹⁴⁵. Cependant, la Commission ne semble pas se préoccuper outre mesure de la distinction entre l'une et l'autre entreprise, ce qui donne à penser que la différence entre les deux sources de règles n'est sans doute pas si importante dans le contexte actuel de la codification et du développement progressif (alors que, dans le contexte judiciaire, la distinction peut être décisive quant à savoir si telle disposition donnée d'une convention consacre un droit coutumier préexistant). Plus importante est la distinction entre règles émergentes de droit coutumier et règles n'ayant pas encore atteint un degré suffisant de maturité pour être qualifiées d'émergentes. Élaborer de telles règles serait simplement faire œuvre législative, ce qui ne relève pas du mandat de la Commission et qu'elle doit donc éviter. La Commission a donc pour mission première de préciser les éléments qui ont valeur de règles émergentes de droit coutumier susceptibles de développement progressif. Elle doit ici aussi procéder au cas par cas. Il convient donc de déterminer ce qui constitue une règle émergente de droit international coutumier en examinant les divers matériaux susceptibles de présenter quelque intérêt, notamment les sources matérielles *praeter legem* (en dehors des sources formelles du droit mais proches de celles-ci).

b) *Instruments non contraignants*

53. Les instruments non contraignants, source importante s'agissant de déterminer l'*opinio juris*, sont les suivants:

¹⁴⁰ Voir Faber et Brinke, *The Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading System: An Economic and Environmental Assessment*; Leggett, Elias et Shedd, *Aviation and the European Union's Emission Trading Scheme*; Bartels, «The WTO legality of the application of the EU emissions trading system to aviation».

¹⁴¹ Sur les litiges potentiels concernant le système communautaire d'échange de quotas d'émissions, voir Bae, «Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization: contradiction of political body adjudication». Concernant les activités de l'OACI de lutte contre les changements climatiques dans le domaine aérien, voir les résolutions adoptées à la trente-huitième session de l'Assemblée de l'OACI, en 2013, intitulées «Exposé récapitulatif de la politique permanente et des pratiques de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement – Dispositions générales, bruit et qualité de l'air locale» (résolution A38-17) et «Exposé récapitulatif de la politique permanente et des pratiques de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement – Changements climatiques» (résolution A38-18), *Résolutions de l'Assemblée en vigueur (au 4 octobre 2013)*, Montréal, OACI, 2014.

¹⁴² *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, aux pages 276 et 277; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 44, par. 77.

¹⁴³ Il n'est pas toujours aisé de dire si tel texte constitue un élément d'*opinio juris* ou de pratique des États. Il arrive que la même source relève de l'une et l'autre catégorie.

¹⁴⁴ Voir *Plateau continental de la mer du Nord* (note 142 *supra*), p. 41, par. 69 à 71. Le Danemark et les Pays-Bas soutenaient que, même si on ne pouvait dire que la disposition figurant à l'article 6 de la Convention sur le plateau continental consacrait une règle préexistante de droit coutumier, elle constituait une disposition normative «ayant servi de base ou de point de départ à une règle qui [...] se serait depuis lors intégrée à l'ensemble du droit international général [...]». [C]ette situation est du domaine du possible et elle se présente de temps à autre: c'est même l'une des méthodes reconnues par lesquelles des règles nouvelles de droit international coutumier peuvent se former» (ibid., par. 71). Même si la Cour n'a pas suivi la thèse du Danemark et des Pays-Bas concernant cette disposition particulière de l'article 6, le Rapporteur spécial y voit une base solide pour le développement progressif de «règle[s] de droit coutumier en voie de formation», si elle est appuyée par d'autres sources matérielles du droit telles que des instruments non contraignants, le droit interne, la jurisprudence interne et d'autres cas pertinents de pratique des États.

¹⁴⁵ Pour une analyse instructive de la relation entre codification et développement progressif, voir McRae «The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission».

- résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, sur les problèmes frontaliers de pollution¹⁴⁶ ;
- Déclaration de Stockholm ;
- Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), recommandation du Conseil sur les principes concernant la pollution transfrontière¹⁴⁷ ;
- OCDE, recommandation du Conseil pour la mise en œuvre d'un régime d'égalité d'accès et de non-discrimination en matière de pollution transfrontière¹⁴⁸ ;
- Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement ;
- Déclaration de Malé sur la lutte et l'action préventive contre la pollution atmosphérique et ses effets transfrontières probables pour l'Asie du Sud¹⁴⁹ ;
- Réseau de surveillance des dépôts acides en Asie de l'Est ;
- Commission du droit international, projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses¹⁵⁰ ;
- Commission du droit international, projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses¹⁵¹ ;
- Accord-cadre régional de l'Afrique de l'Est sur la pollution atmosphérique (Nairobi, 2008)¹⁵² ;
- Cadre politique régional de la Communauté de développement de l'Afrique australe sur la pollution atmosphérique (Lusaka, 2008)¹⁵³ ;
- Accord-cadre régional pour l'Afrique occidentale et centrale sur la pollution atmosphérique (Abidjan, 2009)¹⁵⁴ ;
- Accord-cadre nord-africain sur la pollution atmosphérique (2011).

54. Bien que non contraignants par leur forme, certains instruments de droit souple sont très importants puisqu'ils constituent des sources matérielles de droit international ; il convient donc d'en donner une brève description.

55. Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm). La Déclaration de Stockholm est le texte fondateur du droit

international de l'environnement au XX^e siècle. Elle contient un ensemble de « principes communs qui inspireront et guideront les efforts des peuples du monde en vue de préserver et d'améliorer l'environnement¹⁵⁵ », sans toutefois mentionner expressément la protection de l'atmosphère¹⁵⁶. La disposition la plus importante en est le principe 21, selon lequel les États « ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur 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 nationale ». L'expression *responsibility to ensure* (traduite en français par « devoir de faire en sorte ») est quelque peu ambiguë mais on s'accorde à dire que ce principe, consacré dans plusieurs conventions, a maintenant acquis le statut de droit international coutumier en ce qui concerne la protection atmosphérique transfrontière¹⁵⁷.

56. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. La Déclaration de Rio est issue de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement en 1992. Non contraignante, elle énonce cependant des principes généraux du développement durable, constituant ainsi le fondement des régimes futurs de protection de l'environnement. Elle consacre en outre des dispositions spécifiques à des questions de procédure, telles que l'accès aux informations et les possibilités de participation du public (principe 10), les études d'impact sur l'environnement (principe 17) et la notification, la communication d'informations et la consultation (principe 19). On peut ainsi y voir un cadre d'élaboration de textes législatifs de droit de l'environnement aux niveaux national et international et une référence pour mesurer les résultats futurs¹⁵⁸. Il convient de noter que la Déclaration consacre une rupture d'orientation conceptuelle, opérant le passage du droit de l'environnement à celui du développement durable. Cette rupture ressort clairement du libellé du principe 2, qui, différant légèrement de celui du principe 21 de la Déclaration de Stockholm, dit que,

[c]onformément 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 de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale.

La Déclaration tient compte du fait que pour donner lieu à des changements de fond, les préoccupations environnementales doivent s'intégrer dans le cadre du développement économique ; son objectif déclaré est l'élaboration de stratégies et de mesures dans le but de mettre fin à la dégradation de l'environnement et d'en inverser la dynamique, dans le cadre d'actions nationales et internationales de promotion d'un développement durable et écologiquement rationnel de l'ensemble des pays. On peut la considérer comme un compromis entre pays développés, soucieux avant tout de la protection de l'environnement, et pays en

¹⁴⁶ Résolution (71) 5, 26 mars 1971.

¹⁴⁷ C (74) 224, 14 novembre 1974.

¹⁴⁸ C (77) 28/FINAL, 17 mai 1977.

¹⁴⁹ *Report of the Seventh Governing Council Meeting of the South Asia Cooperative Environment Programme*, annexe XVI, Malé, 22 avril 1998.

¹⁵⁰ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 157, par. 97.

¹⁵¹ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 59, par. 66.

¹⁵² Disponible à l'adresse suivante : https://www.york.ac.uk/media/sei/documents/publications/gapforum/Eastern_Africa_Air_Pollution_Agreement.pdf. Voir aussi Nordberg, *Air Pollution: Promoting Regional Cooperation*.

¹⁵³ Disponible (en anglais) à l'adresse suivante : https://web.archive.org/web/20111226174616/www.unep.org/urban_environment/PDFs/SADC-LusakaAgreement.pdf.

¹⁵⁴ Disponible à l'adresse suivante : https://www.york.ac.uk/media/sei/documents/publications/gapforum/West_and_Central_Africa_Air_Pollution_Agreement_English_final.pdf.

¹⁵⁵ Préambule, paragraphe 2.

¹⁵⁶ Selon le principe 6, « [l]es rejets de matières toxiques ou d'autres matières et les dégagements de chaleur en des quantités ou sous des concentrations telles que l'environnement ne puisse plus en neutraliser les effets doivent être interrompus de façon à éviter que les écosystèmes ne subissent des dommages graves ou irréversibles ».

¹⁵⁷ Murase, *International Law*, p. 24.

¹⁵⁸ Sands, *Principles of International Environmental Law*, p. 54.

développement, soucieux avant tout du développement économique. Cet équilibre ressort de ses principales dispositions, les principes 3 et 4. Le principe 3 énonce que « [l]e droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures ». Le principe 4 pose que, « [p]our parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément ». Lus ensemble, ces deux principes constituent l'essentiel du concept de développement durable. La Déclaration codifie en outre plusieurs autres principes importants relevant du développement durable : le principe de précaution¹⁵⁹, celui d'équité (intragénérationnelle et intergénérationnelle)¹⁶⁰, et celui des responsabilités communes mais différenciées¹⁶¹. Les principes énoncés dans la Déclaration de Rio inspireront largement les traités ultérieurs sur l'environnement.

57. Réseau de surveillance des dépôts acides en Asie de l'Est. Le Réseau de surveillance des dépôts acides en Asie de l'Est est issu d'une initiative visant à établir un cadre régional de contrôle de la pollution atmosphérique transfrontière. Du fait d'une croissance économique et d'une industrialisation rapides, de nombreux pays de l'Asie de l'Est sont en proie à un sérieux problème de pollution atmosphérique, notamment de dépôts acides. La coopération régionale s'impose d'urgence pour prendre des mesures de prévention de la pollution atmosphérique dans la région. Sous l'impulsion du Japon, le Réseau vise à réduire les effets néfastes des dépôts acides sur la santé et l'environnement. Cadre institutionnel du Réseau, la Réunion intergouvernementale en est l'organe de décision. Elle établit le Comité consultatif scientifique, composé d'experts scientifiques et techniques. Le secrétariat et le Centre du Réseau appuient les travaux du Réseau. En 2010, 54 sites de contrôle des dépôts avaient été créés dans 10 États participants, et des recherches sur l'environnement avaient été effectuées dans 44 sites (forêts, lacs et rivières) de la sous-région¹⁶².

58. Projet d'articles de la Commission du droit international sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses. Tout en s'intéressant à la responsabilité des États pour faits illicites, la Commission s'est également penchée sur la responsabilité pour actes

licites. Sur la recommandation du Groupe de travail (chargé d'examiner le sujet), elle a décidé de traiter séparément les deux aspects du sujet – mesures préventives et mesures correctives¹⁶³. En 2001, elle adopte et soumet à l'Assemblée générale le texte définitif du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières, venant non seulement codifier mais aussi développer progressivement le droit en élaborant les aspects de procédure et de fond du devoir de prévention. Le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* (consacré dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* et dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm) sous-tend le projet d'articles. Le projet d'article 3 prescrit à l'État d'origine de prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum. L'obligation de prévenir les dommages transfrontières significatifs dérive de la règle de la diligence raisonnable, celle-ci comportant l'obligation d'évaluer le risque que des activités puissent causer un dommage transfrontière significatif (projet d'article 7) et d'en avertir le ou les États susceptibles d'être affectés en leur communiquant les informations pertinentes (projet d'article 8). Rapproché de l'obligation d'autorisation préalable de l'État en prévision d'activités présentant des risques, le projet d'articles illustre le caractère interdépendant de la prévention et de la précaution, adoptant le principe de précaution pour ce qui est de la protection de l'environnement. Le projet d'articles explicite l'obligation de diligence raisonnable, mais codifie également plusieurs principes fondamentaux, dont certains déjà bien établis en droit international et d'autres de plus en plus souvent mentionnés dans les traités internationaux sur l'environnement. La Commission évoque l'obligation de coopérer de bonne foi (projet d'article 4) pour prévenir tout dommage transfrontière significatif et de rechercher des solutions « fondées sur un juste équilibre des intérêts » (projet d'article 9).

59. Projet de principes de la Commission du droit international sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses. La Commission a repris ses travaux sur le sujet de la responsabilité concernant les dommages transfrontières en 2002, « en tenant compte des liens entre les volets “prévention” et “responsabilité”¹⁶⁴ ». Le champ des activités retenues dans le projet de principes reste le même que celui du projet d'articles. Le projet de principes a pour double but « d'assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières » et « de préserver et de protéger l'environnement en cas de dommage transfrontière, en particulier en ce qui concerne l'atténuation des dommages à l'environnement et sa restauration ou sa remise en état » (projet de principe 3). On retiendra que les principes consacrent la valeur intrinsèque de l'environnement et accordent une grande importance à sa protection et à sa préservation. Avec le projet d'articles, ils renforcent les principes d'équité et de développement durable. L'indemnisation repose sur le principe du pollueur-payeur. L'exigence d'une « indemnisation prompte et adéquate » (projet de principe 4) en cas de dommage transfrontière à l'environnement modifie l'analyse coût-avantage des mesures

¹⁵⁹ Le principe 15 de la Déclaration est une version quelque peu atténuée du principe de précaution.

¹⁶⁰ Le principe 3 de la Déclaration renvoie aux besoins des générations présentes et futures : « Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures. »

¹⁶¹ Selon le principe 7 de la Déclaration, « [l]es États doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes mais différenciées. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent ».

¹⁶² Le Réseau de surveillance des dépôts acides en Asie de l'Est a été établi à Jakarta en mars 2000 ; voir Takahashi, « Formation of an East Asian regime for acid rain control: the prospective of comparative regionalism » ; 13 pays participent au Réseau : le Cambodge, la Chine, la Fédération de Russie, l'Indonésie, le Japon, la Malaisie, la Mongolie, Myanmar, les Philippines, la République de Corée, la République démocratique populaire lao, la Thaïlande et le Viet Nam.

¹⁶³ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 156, par. 91 et 94, et p. 157, par. 97.

¹⁶⁴ Conformément à la résolution 56/82 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001, par. 3. Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 58 et 59, par. 62 et 63 ; voir aussi la résolution 61/36 de l'Assemblée générale du 4 décembre 2006, annexe.

préventives; les coûts environnementaux (par exemple, ceux des mesures de contrôle et des mesures correctives) sont internalisés, incitant l'exploitant à prendre des mesures préventives. Le projet de principes ne stipule pas la responsabilité de l'État mais celle de l'exploitant, fondée sur la responsabilité objective. L'État a pour rôle de mettre en place un système d'indemnisation des victimes en adoptant des lois nationales ou des accords internationaux. Les principes se veulent un cadre d'orientation à l'intention des États, proposant des dispositions de fond et de procédure. En ce qui concerne le fond, le projet de principe 4 envisage l'indemnisation prompte et adéquate des victimes de dommages transfrontières¹⁶⁵ (comprenant la détermination de la responsabilité sans preuve d'une faute, la formulation de conditions minimales, et la constitution de sûretés ou autres garanties financières couvrant la responsabilité). Il convient de noter que le seuil de dommage transfrontière « significatif » doit être atteint pour déclencher l'application du régime¹⁶⁶. En ce qui concerne la procédure, le principe 6 organise des procédures internes et internationales de règlement des contestations (notamment un accès sans discrimination, des recours juridiques efficaces et l'accès aux informations). Les dispositions ne consacrent pas de droits et d'obligations, et ne traitent pas non plus de la question de la responsabilité de l'État non exploitant.

c) *Législation interne*

60. La législation interne est importante dans la mesure où elle traite des dommages transfrontières causés à l'atmosphère et de la protection mondiale de celle-ci. On s'inspirera aussi de lois purement internes pouvant s'appliquer par analogie aux questions juridiques internationales en la matière. Le droit interne peut être cité comme élément de la pratique des États et à ce titre constituer du droit international coutumier positif ou émergent. On notera également que certaines législations internes peuvent avoir l'effet normatif de l'opposabilité¹⁶⁷. Par exemple, on peut dire qu'en l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne* portée devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC (voir plus haut, paragraphe 49), la question cruciale était de savoir si le *Clean Air Act* des États-Unis pouvait ou non être opposé au Brésil et à la République bolivarienne du Venezuela¹⁶⁸. En tout état de cause, le Rapporteur spécial espère recevoir des informations utiles sur la législation

¹⁶⁵ Selon le projet de principe 2, « [l]e terme “dommage” s'entend d'un dommage significatif causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement ». Il comprend, entre autres, le coût de mesures d'intervention raisonnables ou de mesures raisonnables de remise en état du bien ou de l'environnement, y compris les ressources naturelles.

¹⁶⁶ Le paragraphe 2 du commentaire relatif au projet de principe 2 souligne que « le terme “significatif” se réfère à quelque chose qui est plus que “détectable”, mais sans nécessairement atteindre le niveau de “grave” ou “substantiel” » [Annuaire... 2006, vol. II (2^e partie), p. 67]. Voir aussi Annuaire... 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 163 et 164, paragraphes 4 et 5 du commentaire relatif au projet d'article 2 du projet d'articles relatif à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

¹⁶⁷ On sait que certaines mesures internes fondées sur le droit interne ont donné lieu à la création de droit international nouveau, telles que les régimes des zones de conservation (voir Moore, « Fur seal arbitration ») et des zones de pêche préférentielles [voir *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3]. Sur le concept d'opposabilité et sa fonction normative, voir Murase, *International Law*, p. 216 à 266.

¹⁶⁸ Murase, *International Law*, p. 273 et 274.

interne ainsi que sur la jurisprudence interne, dont il est question ci-après au paragraphe 61.

d) *Jurisprudence interne*

61. La jurisprudence interne est également riche d'enseignements dans la mesure où elle intéresse la protection de l'atmosphère. Comme pour la législation interne, on s'inspirera des décisions de tribunaux internes susceptibles de s'appliquer dans un contexte de droit international. Les décisions les plus dignes d'intérêt sont celles touchant la pollution atmosphérique transfrontière, telles que celle de 1957 en l'affaire *Walter Poro c. Houillères du Bassin de Lorraine* (frontière franco-allemande)¹⁶⁹. Il est aussi des décisions intéressantes traitant de questions mondiales, notamment en l'affaire *Massachusetts c. EPA* (2 avril 2007), à l'occasion de laquelle la question était de savoir si l'Agence américaine de protection de l'environnement pouvait refuser de réglementer des émissions de dioxyde de carbone et d'autres gaz à effet de serre¹⁷⁰. Les tribunaux japonais ont connu de plusieurs affaires de pollution atmosphérique¹⁷¹, dont d'importantes analogies peuvent être tirées pour la protection de l'atmosphère au niveau international.

e) *Autres événements dignes d'intérêt*

62. Il conviendrait également d'interroger des événements qui n'entrent pas dans des catégories mentionnées ci-dessus et de les étudier dans la mesure où ils sont révélateurs de la pratique des États. Par exemple, les essais nucléaires des années 1950 ont constitué l'une des premières questions d'environnement dont la communauté internationale a dû se saisir¹⁷². Les accidents survenus dans des installations nucléaires peuvent avoir des effets directs sur l'atmosphère, comme l'ont montré l'accident de Tchernobyl en 1986 et celui de Fukushima en 2011 (dû au tremblement de terre et au tsunami dévastateurs du 11 mars 2011), qui constitue une préoccupation majeure non seulement pour le Japon mais pour l'ensemble de la communauté internationale.

4. DOCTRINE

63. On trouvera une bibliographie sommaire sur les questions de droit international sur la matière dans le plan d'étude du sujet « Protection de l'atmosphère »¹⁷³.

¹⁶⁹ *Walter Poro c. Houillères du Bassin de Lorraine (HBL)*, Cour d'appel (*Oberlandesgericht*, 2^e Chambre civile) de Sarrebruck (Allemagne), 22 octobre 1957 (Z U 45/57), appel d'un jugement rendu le 12 février 1957 par le tribunal de première instance de Sarrebruck (*Landgericht*); résumé en anglais dans Sand, *Transnational Environmental Law: Lessons in Global Change*, p. 89, 90 et 121; voir aussi Rest, « International environmental law in German courts », p. 412.

¹⁷⁰ Voir par exemple *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, Cour suprême des États-Unis, 2 avril 2007 [*United States Reports*, vol. 549, p. 497 (549 U.S. 497)], portant en partie sur certaines obligations qu'a l'Environmental Protection Agency de réglementer les émissions de gaz à effet de serre.

¹⁷¹ Voir Osaka, « Reevaluation of the role of the tort liability system in Japan », p. 413 à 423.

¹⁷² Voir par exemple l'incident du *Daigo Fukuryu Maru* (Dragon chanceux n° 5) entre le Japon et les États-Unis, en 1954 (Whiteman, *Digest of International Law*, p. 565 et 566); Oda, « The hydrogen bomb tests and international law »; Goldie, « A general view of international environmental law. A survey of capabilities, trends and limits », p. 72.

¹⁷³ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), annexe II, p. 195.

CHAPITRE II

Définition

A. Caractéristiques physiques de l'atmosphère

64. Pour définir la portée et la finalité de l'entreprise de codification et de développement progressif du droit international de la protection de l'atmosphère et son statut juridique, il faut au préalable comprendre la structure et les caractéristiques physiques de l'atmosphère.

65. L'«atmosphère» s'entend de l'«enveloppe gazeuse qui entoure le globe terrestre»¹⁷⁴. Jusqu'à une altitude de 25 kilomètres, elle se compose en moyenne d'azote (78,08 %), d'oxygène (20,95 %), d'argon (0,93 %), de dioxyde de carbone (0,03 %), d'autres gaz présents à l'état de traces (0,01 %) et de vapeur d'eau¹⁷⁵ dans des proportions extrêmement variables. En partant de la surface du globe, on divise l'atmosphère en quatre couches successives¹⁷⁶ en fonction de leurs propriétés thermiques: la troposphère,

¹⁷⁴ Dictionnaire *Le Grand Robert de la langue française* en ligne. La Société météorologique des États-Unis définit l'atmosphère comme étant l'enveloppe gazeuse qui entoure les corps célestes sous l'effet de la force gravitationnelle, voir à l'adresse suivante: <http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmosphere>.

¹⁷⁵ La vapeur d'eau, qui représente environ 0,25 % de la masse de l'atmosphère, est présente dans l'air à des concentrations extrêmement variables. Il est donc de coutume, dans les sciences atmosphériques, de donner la composition de l'air sec. La concentration d'ozone est, elle aussi, extrêmement variable. On considère qu'une concentration supérieure à 0,1 ppm (partie par million) est dangereuse pour l'homme. Voir Wallace et Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, p. 8.

¹⁷⁶ La Société météorologique américaine précise que l'atmosphère est divisée en plusieurs couches ou strates (voir à l'adresse suivante: http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric_shell).

la stratosphère, la mésosphère et la thermosphère (voir fig. 1). La température de l'atmosphère varie en fonction de l'altitude. Dans la troposphère (qui s'étend jusqu'à environ 12 kilomètres), la température baisse à mesure qu'on s'élève en raison de l'absorption et de la réflexion des rayons du soleil par la surface de la planète¹⁷⁷. Par contre, dans la stratosphère (qui s'étend jusqu'à environ 50 kilomètres), la température augmente à mesure qu'on s'élève¹⁷⁸ en raison de l'absorption du rayonnement ultraviolet par l'ozone. Dans la mésosphère (qui s'étend jusqu'à environ 80 kilomètres), les températures recommencent à chuter à mesure que l'on s'élève et, dans la thermosphère, les températures augmentent rapidement sous l'effet du rayonnement X et du rayonnement ultraviolet du soleil. L'atmosphère s'étend au-delà de la mésopause mais ne possède pas de limite supérieure bien définie par les scientifiques¹⁷⁹, ce qui fait qu'il n'existe pas de frontière précise entre l'atmosphère et l'espace extra-atmosphérique. Au-delà de 100 kilomètres, la masse de l'atmosphère n'est que de 0,00003 % et celle-ci se fond finalement dans le vide spatial¹⁸⁰.

¹⁷⁷ La troposphère est d'épaisseur variable en fonction de la latitude et des saisons. Sa limite supérieure est d'environ 17 kilomètres à l'équateur et plus basse aux pôles, pour une épaisseur moyenne d'environ 12 kilomètres. Voir Tarbuck, Lutgens et Tasa, *Earth Science*, p. 466; Thompson et Turk, *Earth Science and the Environment*, 4^e éd. (Belmont, Californie, Brooks/Cole, 2009), p. 438.

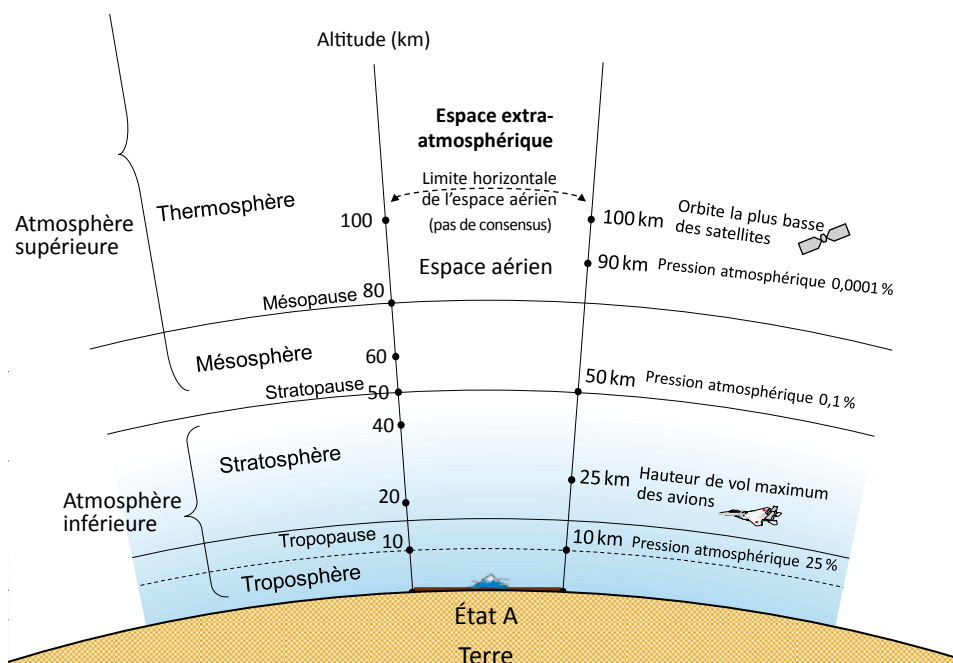
¹⁷⁸ Plus précisément, la température dans la stratosphère reste constante jusqu'à une altitude d'environ 20 à 35 kilomètres avant de baisser graduellement.

¹⁷⁹ Tarbuck, Lutgens et Tasa, *Earth Science*, p. 467.

¹⁸⁰ Ibid., p. 465 et 466.

FIGURE 1

Couches atmosphériques



Note : tracé par l'auteur avec l'aide de Jun Okamoto, le diagramme est inspiré de l'ouvrage d'Ahrens, *Essentials of Meteorology: An Invitation to the Atmosphere*.

66. L'atmosphère exerce une pression sur la surface de la Terre sous l'effet de la gravité et se dilue à mesure que l'on monte en altitude, ce qui explique que 80 % de sa masse se trouve dans la troposphère (contre 20 % dans la stratosphère). L'atmosphère, c'est cette fine couche brumeuse que l'on voit autour de la Terre depuis l'espace (d'une épaisseur inférieure à 1 % du rayon de la Terre). Dans la troposphère et la stratosphère, la concentration de la plupart des gaz est relativement stable. Ces couches, qui forment l'atmosphère inférieure¹⁸¹, vont jusqu'à une hauteur

¹⁸¹ La Société météorologique américaine définit l'atmosphère inférieure comme étant, de manière très vague, la partie de l'atmosphère où la plupart des phénomènes météorologiques se produisent; on l'oppose à l'atmosphère supérieure (voir à l'adresse suivante: http://glossary.ametsoc.org/wiki/Lower_atmosphere).

moyenne de 50 kilomètres; au-delà se trouve l'atmosphère supérieure¹⁸². La circulation atmosphérique désigne les mouvements complexes de l'atmosphère autour de la Terre¹⁸³. La force gravitationnelle du Soleil et de la Lune exerce elle aussi une influence sur ces mouvements en créant des marées atmosphériques¹⁸⁴. La figure 2 montre où se situent les problèmes atmosphériques, comme la pollution atmosphérique transfrontière, l'appauvrissement de la couche d'ozone et l'accumulation de gaz à effet de serre.

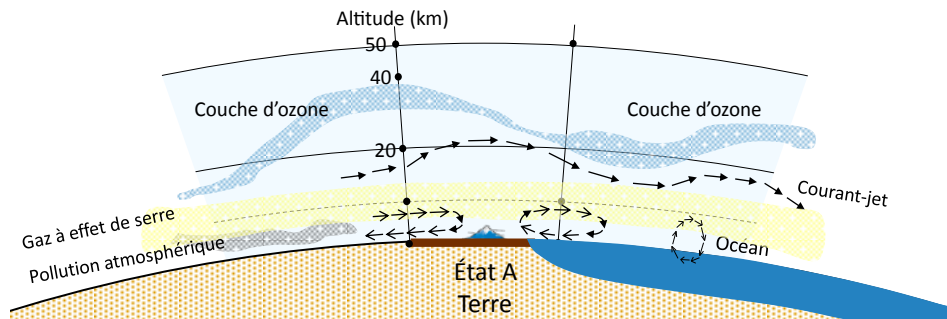
¹⁸² La Société météorologique américaine définit l'atmosphère supérieure comme une catégorie résiduelle, à savoir la partie de l'atmosphère qui se trouve au-dessus de la troposphère (http://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper_atmosphere).

¹⁸³ Jones, *Collins Dictionary of Environmental Science*, p. 40.

¹⁸⁴ Allaby, *Dictionary of the Environment*, p. 34.

FIGURE 2

Circulation atmosphérique



Note: tracé par l'auteur avec l'aide de Jun Okamoto, le diagramme est inspiré de l'ouvrage d'Ahrens, *Essentials of Meteorology*, p. 210.

67. La modification de l'atmosphère peut avoir des répercussions négatives sur l'environnement naturel et humain. Les principales causes de la dégradation de l'atmosphère sont au nombre de trois¹⁸⁵. Premièrement, l'introduction de substances nocives (à savoir, la pollution atmosphérique) dans la troposphère et la stratosphère inférieure, et les réactions chimiques¹⁸⁶ que cela déclenche. Les acides (tels que l'oxyde d'azote, l'oxyde de soufre et le monoxyde de carbone), les matières particulaires et les composés organiques volatiles sont les principales sources de pollution atmosphérique. L'ozone et d'autres oxydants photochimiques sont le résultat d'une réaction photochimique des oxydes d'azote et des composés organiques volatiles qui se produit dans la troposphère sous l'effet du rayonnement solaire et ont des effets nocifs sur les êtres humains et les écosystèmes¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Voir Dolzer, «Atmosphère, protection», p. 290; Kreuter-Kirchhof, «Atmosphère, international protection».

¹⁸⁶ Les scientifiques répartissent les polluants en deux catégories: les polluants primaires, à savoir les substances directement émises par des sources identifiées, et les polluants secondaires, à savoir les substances qui ne sont pas directement rejetées dans l'atmosphère mais qui sont le produit de réactions chimiques entre polluants primaires. Lorsque des polluants primaires sont rejetés dans l'atmosphère, ils se combinent avec d'autres substances pour produire d'autres polluants sous l'effet des rayonnements solaires et de réactions photochimiques. Voir Tarback, Lutgens et Tasa, *Earth Science*, p. 464.

¹⁸⁷ Voir The Royal Society, *Ground-level Ozone in the 21st Century: Future Trends, Impacts and Policy Implications*, Londres, 2008; disponible à l'adresse suivante: http://royalsociety.org/uploadedFiles/Royal_Society_Content/policy/publications/2008/7925.pdf.

De puissants vents horizontaux, comme les courants-jets¹⁸⁸, peuvent rapidement les transporter et les propager d'un bout à l'autre du globe, loin de leur source d'origine (contrairement à la propagation verticale, qui est généralement lente). Il est important d'avoir conscience du rôle que l'atmosphère joue dans la propagation des polluants. Certains polluants qui sont relativement inoffensifs dans l'atmosphère peuvent avoir des effets particulièrement nocifs lorsqu'ils s'accumulent dans les régions polaires, que ce soit sur la faune, la flore et, en bout de chaîne alimentaire, sur les hommes, comme c'est le cas pour les polluants organiques persistants et le mercure. Deuxièmement, le rejet de chlorofluorocarbones, halons et autres halocarbones dans la troposphère supérieure et la stratosphère est à l'origine de l'appauvrissement de la couche d'ozone, qui, comme son nom l'indique, contient une grande quantité d'ozone. Ce gaz conserve sa structure chimique, qu'il se trouve au ras du sol ou à plusieurs kilomètres de la Terre, mais ses effets peuvent être bénéfiques ou nocifs en fonction de l'endroit où il se situe. Les principales concentrations d'ozone bénéfique se trouvent à des altitudes comprises entre 15 et 40 kilomètres (les concentrations maximales se situent à 20-25 kilomètres). La couche d'ozone filtre les rayonnements ultraviolets nocifs du Soleil, ceux dont on sait qu'ils causent des cancers de la peau et d'autres lésions graves.

¹⁸⁸ Les courants-jets sont des courants d'air étroits de la troposphère supérieure qui soufflent d'ouest en est à des vitesses comprises entre 240 et 720 kilomètres par heure.

Troisièmement, la modification de la composition de la troposphère et de la stratosphère inférieure, qui est à l'origine des changements climatiques. Les émissions de gaz (qui existent déjà à l'état de trace dans l'atmosphère, comme le dioxyde de carbone, l'oxyde d'azote, le méthane et les hydrofluorocarbones) sont la principale source anthropique du changement climatique. La liste des gaz à effet de serre figure à l'annexe A du Protocole de Kyoto (voir *supra* le paragraphe 33)¹⁸⁹. Ce qui se passe dans la troposphère a une influence majeure sur les conditions météorologiques qui règnent sur Terre (formation de nuages, brume et précipitations). Bien que certains gaz et aérosols soient éliminés de la troposphère de manière naturelle¹⁹⁰ et qu'une certaine quantité de dioxyde de carbone soit absorbée par les forêts et les océans, il se peut que les émissions dérèglent ces mécanismes et provoquent des changements climatiques.

68. Les trois principaux problèmes d'envergure internationale qui touchent l'atmosphère, à savoir la pollution atmosphérique, l'appauvrissement de la couche d'ozone et le changement climatique, se produisent dans la troposphère et la stratosphère¹⁹¹, même si différents facteurs peuvent entrer en ligne de compte chaque fois. L'un de ces facteurs est le temps de séjour. Si les substances à l'origine de la pollution atmosphérique ont un temps de séjour qui se compte en jours ou en semaines, les gaz à effet de serre, comme le dioxyde de carbone et l'oxyde d'azote, ainsi que les composés détruisant la couche d'ozone stratosphérique, ont eux un temps de séjour qui dépasse souvent un siècle. L'atmosphère supérieure, qui comprend environ 0,0002 % de la masse totale de l'atmosphère, et l'espace extra-atmosphérique ne jouent pas un grand rôle dans les problèmes environnementaux qui nous préoccupent.

B. Définition de l'atmosphère

69. Ses caractéristiques physiques brièvement définies, il convient à présent de donner une définition juridique de l'atmosphère qui corresponde raisonnablement à sa définition scientifique. La plupart des traités et instruments internationaux ne définissent pas l'«atmosphère», alors même qu'elle est l'objet de ces traités qui visent à la protéger, mais définissent généralement les causes et conséquences des dommages qu'elle subit¹⁹². On notera

¹⁸⁹ Toutefois, ces dernières années, les scientifiques ont découvert que certaines substances présentes dans la troposphère étaient également responsables du changement climatique et que les chlorofluorocarbones faisaient également partie des gaz à effet de serre. L'indice de «potentiel de réchauffement de la planète» permet de mesurer la contribution à l'effet de serre de ces substances (voir Wallace et Hobbs, *Atmospheric Science*, p. 453 et 454).

¹⁹⁰ Les aérosols, qui sont de minuscules particules solides et liquides, sont piégés par les gouttelettes des nuages et les particules de glace présentes dans la troposphère, dont certaines retombent sur Terre sous forme de pluie ou de neige (ibid., p. 11).

¹⁹¹ Kiss et Shelton, *International Environmental Law*, p. 556 à 562.

¹⁹² Par exemple, la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance définit la «pollution atmosphérique» mais pas l'«air». L'article 1 *a* définit la «pollution atmosphérique» comme étant «l'introduction dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie ayant une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement»; et l'article 1 *b* définit la «pollution atmosphérique transfrontière à longue distance» comme

cependant que le glossaire figurant en annexe de la contribution du Groupe de travail I pour le quatrième rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat intitulée *Changements climatiques 2007 : les éléments scientifiques* contient la définition suivante de l'atmosphère :

Enveloppe gazeuse de la Terre. L'atmosphère sèche est composée presque entièrement d'azote (rapport de mélange en volume de 78,1 %) et d'oxygène (rapport de mélange en volume de 20,9 %) ainsi que d'un certain nombre de gaz présents à l'état de trace, tels que l'argon (rapport de mélange en volume de 0,93 %), l'hélium et des gaz à effet de serre qui influent sur le rayonnement, notamment le dioxyde de carbone (rapport de mélange en volume de 0,035 %) et l'ozone. En outre, l'atmosphère contient de la vapeur d'eau en proportion très variable, mais généralement dans un rapport de mélange en volume d'environ 1 %. L'atmosphère contient également des nuages et des aérosols¹⁹³.

70. Si elle décide d'élaborer des directives sur le droit de l'atmosphère, la Commission devra nécessairement définir l'atmosphère. Ce faisant, il lui faudra sans doute faire la distinction entre ses caractéristiques physiques, à savoir une succession de différentes couches de gaz, et ses aspects fonctionnels, à savoir un vecteur qui transporte et propage des polluants en suspension dans l'air. Aussi le projet de directive suivant est-il proposé.

«Directive 1. Emploi des termes

«Aux fins des présentes directives,

«a) on entend par «atmosphère» la couche de gaz de la troposphère et de la stratosphère qui entoure la terre et au sein de laquelle sont transportées et propagées des substances en suspension dans l'air¹⁹⁴.»

étant «la pollution atmosphérique dont la source physique est comprise totalement ou en partie dans une zone soumise à la juridiction nationale d'un État et qui exerce des effets dommageables dans une zone soumise à la juridiction d'un autre État à une distance telle qu'il n'est généralement pas possible de distinguer les apports des sources individuelles ou groupes de sources d'émission». On relèvera que la définition de l'article 1 *a* emploie les termes «substances» et «énergie». Le terme «atmosphère» est également employé dans le préambule et les articles sur l'objet et le but de certains protocoles de la Convention sans toutefois qu'il y soit défini. Le terme «émission» est défini comme étant le «rejet dans l'atmosphère d'une substance à partir d'une source ponctuelle ou diffuse». Aux termes de l'article premier, paragraphe 2, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, les «changements climatiques» s'entendent des «changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale», et, selon l'article premier, paragraphe 5, les «gaz à effet de serre» s'entendent des «constituants gazeux de l'atmosphère, tant naturels qu'anthropiques, qui absorbent et réémettent le rayonnement infrarouge». Ces définitions renvoient aux causes et conséquences des dommages provoqués à l'objet que la Convention vise à protéger.

¹⁹³ Annexe I du quatrième rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, disponible sur le site Web : www.ipcc.ch.

¹⁹⁴ Des définitions d'autres termes seront proposées à un stade ultérieur, selon qu'il conviendra. Néanmoins, il y aurait lieu de donner à ce stade une définition provisoire du terme «pollution atmosphérique» (question sur laquelle le Rapporteur spécial s'arrêtera dans son deuxième rapport). Projet de directive 1 *b* : «On entend par «pollution atmosphérique» l'introduction dans l'atmosphère, sous l'effet d'activités humaines, de produits chimiques, de matières particulaires, de matières biologiques ou d'énergie qui dégradent ou altèrent l'atmosphère, ou entrent dans un processus de dégradation ou d'altération de l'atmosphère, et qui ont des effets particulièrement nocifs sur la vie ou la santé de l'homme ou sur l'environnement naturel de la terre, ou sont susceptibles d'avoir de tels effets.»

CHAPITRE III

Champ d'application du projet de directives

A. Dégradation de l'environnement d'origine anthropogénique

71. Définir le champ d'application du projet de directives sur la protection de l'atmosphère suppose de déterminer sans ambiguïté aucune les principaux éléments sur lesquels le projet portera. À cet égard, on consultera utilement les travaux antérieurs de la Commission¹⁹⁵. D'une manière générale, les articles des traités multilatéraux relatifs à l'environnement qui traitent du champ d'application portent soit sur les effets de la pollution (effets particulièrement nocifs), soit sur ses causes (activités humaines). Pourtant, il s'agit de deux aspects complémentaires puisque les causes des activités humaines produisent certains effets¹⁹⁶, et inversement¹⁹⁷.

72. Le projet de directives traitera uniquement des dommages provoqués par les activités humaines. Son champ d'application n'englobera pas, par exemple, les dommages causés par des éruptions volcaniques ou des tempêtes de sable, sauf à avoir été amplifiés par des activités humaines¹⁹⁸. Par «activités humaines», on entend non seulement les activités des États, mais aussi celles des personnes physiques et morales.

73. L'atmosphère est utilisée à plusieurs fins, la plus importante d'entre elles étant la navigation aérienne. La

¹⁹⁵ Voir le projet d'article 1 («Champ d'application») du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières [*Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 21, par. 53]: «Le présent projet d'articles s'applique: a) à l'utilisation des aquifères ou systèmes aquifères transfrontières; b) aux autres activités qui ont un impact sur ces aquifères ou systèmes aquifères ou qui sont susceptibles d'en avoir un; c) aux mesures de protection, de préservation et de gestion de ces aquifères ou systèmes aquifères.»

¹⁹⁶ Par exemple, aux termes de l'article 1 de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance: «Aux fins de la présente Convention: a) l'expression "pollution atmosphérique" désigne l'introduction dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie ayant une action nocive». Selon le projet de principe 1 («Champ d'application») des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses [*Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 59, par. 66]: «Les présents projets de principe s'appliquent aux dommages transfrontières causés par des activités dangereuses qui ne sont pas interdites par le droit international.» D'après le projet d'article premier («Champ d'application») du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses [*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 157, par. 97]: «Les présents articles s'appliquent aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques.»

¹⁹⁷ Par exemple, l'article premier, paragraphe 2, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques dispose que, aux fins de la Convention, on entend par «changements climatiques» des «changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine».

¹⁹⁸ Dans le cadre de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, l'Islande a d'ailleurs émis une réserve au moment de la signature à l'effet de décliner toute responsabilité en cas de pollution atmosphérique transfrontière à longue distance causée par des éruptions volcaniques sur son territoire (voir ECE/HLM.1/2/Add.1, vol. II, annexe IV). On notera cependant que certains instruments régionaux traitent également de la pollution atmosphérique d'origine naturelle, par exemple, l'Accord de l'ASEAN sur les nuages de pollution transfrontière (article premier, paragraphe 6) et les accords-cadres régionaux africains.

pollution acoustique (le bruit), qui a été à l'origine de litiges transfrontières dans le cas d'aéroports situés dans des régions frontalières, a donné lieu à plusieurs traités bilatéraux et à une jurisprudence de plus en plus étendue¹⁹⁹. La modification du temps est un autre exemple d'utilisation de l'atmosphère. Les scientifiques ont inventé différentes méthodes qui permettent de manipuler l'atmosphère et certaines des techniques de géo-ingénierie proposées (comme l'interception des rayonnements solaires et la captation du dioxyde de carbone) sont à prendre en compte pour autant qu'elles deviennent réalisables. Le Rapporteur spécial s'arrêtera donc sur les modalités d'utilisation de l'atmosphère.

74. De toute évidence, l'essentiel des activités menées à ce jour n'ont pas explicitement ou concrètement vocation à modifier les conditions atmosphériques, à l'exception bien sûr de celles qui ont précisément pour objet de modifier et maîtriser le temps. Encore que cela soit interdit par la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles²⁰⁰, on se livre couramment à des manipulations en vue d'obtenir le temps souhaité depuis les années 1940. L'Assemblée générale s'intéresse à la question en 1961²⁰¹. Ce genre de modification vise aussi bien à prévenir la survenance d'événements météorologiques dévastateurs, comme des ouragans ou des tornades, qu'à provoquer des événements bénéfiques, par exemple à faire pleuvoir dans des régions frappées par la sécheresse ou à faire cesser la pluie dans un endroit où doit se tenir une manifestation importante. L'ensemencement de nuages est une technique couramment utilisée pour faire pleuvoir. Elle consiste à pulvériser de petites particules de glace sèche ou d'iodure d'argent, ou autres substances, dans le ciel afin de déclencher la formation de nuages de pluie. Réputée sûre, cette technique ne semble toutefois pas véritablement avoir fait la preuve de son efficacité. En 1980, le Conseil d'administration du PNUE approuve un ensemble de recommandations à l'intention des États et d'autres acteurs susceptibles de modifier le temps²⁰². Toute modification

¹⁹⁹ Par exemple, dans le cas de la frontière franco-suisse, voir l'arrêt de la cour d'appel de Lyon dans l'affaire de l'aéroport de Cointrin [*Gazette du Palais*, vol. 74-II (1954), p. 205] et le traité bilatéral conclu en 1956; voir Guinchard, «La collaboration franco-helvétique en matière d'aéroports (Bâle-Mulhouse et Genève)». Au nombre des régimes multilatéraux relatifs à la pollution causée par les bruits d'aviation, on citera la Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces; par exemple, voir Kiss et Kambrechts, «Les dommages causés au sol par les vols supersoniques», p. 771. En 1971, l'OACI a défini des normes techniques mondiales pour les émissions sonores des aéronefs; voir Davies et Goh, «Air transport and the environment: regulating aircraft noise».

²⁰⁰ La Convention est entrée en vigueur en 1978.

²⁰¹ À la section C, paragraphe 1 a, de sa résolution 1721 (XVI) du 20 décembre 1961 sur la coopération internationale touchant les utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphériques, l'Assemblée recommande aux États et aux autres organisations pertinentes de «[f]aire progresser la science et la technique atmosphériques de manière à faire mieux connaître les forces physiques fondamentales affectant le climat et à donner la possibilité de modifier à grande échelle les conditions météorologiques».

²⁰² Décision 8/7 A du Conseil d'administration du PNUE sur la coopération interétatique en matière de modification du temps, adoptée à

du temps à vaste échelle, si elle devenait possible un jour, pourrait avoir des conséquences néfastes, comme des effets secondaires inattendus, l'endommagement des écosystèmes existants et la mise en danger de la santé de l'homme. S'ils devaient causer des dommages transfrontières, ces effets pourraient susciter des litiges internationaux²⁰³. Le Rapporteur spécial recommande à la Commission de faire œuvre de développement progressif du droit international dans ce domaine²⁰⁴.

B. Protection des environnements naturel et humain

75. Il conviendra de préciser dans le projet que les directives ont pour but de protéger les environnements naturel, s'entendant de «la composition et la qualité de l'atmosphère», et humain, s'entendant de «la santé de l'homme ou les ressources matérielles dont l'humanité a besoin». Comme il porte sur l'atmosphère, le projet accordera bien évidemment la priorité à l'environnement naturel, mais, du fait de la relation étroite que les deux environnements entretiennent, on ne saurait faire entièrement abstraction de l'environnement humain (qui est en réalité beaucoup plus vaste que la seule santé humaine puisqu'il englobe également la végétation, les cultures, les ressources matérielles et le patrimoine historique). Il convient également de préciser que toute réglementation internationale appréhenderait les seules répercussions néfastes à effets «majeurs» sur l'environnement.

C. Causes de la dégradation de l'atmosphère

76. La dégradation de l'atmosphère, dont les divers aspects (transfrontières et planétaires) seront traités dans le projet de directives, a de multiples causes, qui peuvent toutefois se répartir en deux grandes catégories : l'introduction dans l'atmosphère de substances ou d'énergie

sa huitième session, le 29 avril 1980 [*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 25 (A/35/25), annexe I*]. On notera que l'OMM recommande, dès 1963, la prudence dans le maniement des techniques de modification du temps, déclarant que la complexité des mécanismes atmosphériques est telle qu'une modification artificielle du temps dans une partie du monde aurait nécessairement des répercussions dans une autre partie du monde, que si l'état actuel des connaissances en matière de mouvements de l'atmosphère permet de formuler ce principe, on est encore bien loin de pouvoir prédire avec certitude le degré, la nature ou la durée des effets secondaires que les changements apportés au temps ou au climat dans un coin de la terre pourraient avoir ailleurs, ni même de savoir si ces effets seraient bénéfiques ou nocifs, et qu'avant d'entreprendre une modification du temps à vaste échelle il convenait d'en déterminer soigneusement les conséquences possibles et souhaitables et de conclure des arrangements internationaux satisfaisants. Roslycky, «Weather modification operations with transboundary effects: the technology, the activities and the rules», p. 20.

²⁰³ Sand, «Internationaler Umweltschutz und neue Rechtsfragen der Atmosphärennutzung»; voir également Taubenfeld, «International environmental law: air and outer space», p. 195; Brown Weiss, «International responses to weather modification», p. 813.

²⁰⁴ Le Rapporteur spécial recommande à la Commission de s'intéresser aux questions suivantes : obligation d'agir pour le bien de l'humanité ; obligation de ne pas causer de dommages transfrontières majeurs ; obligation de réaliser des études d'impact environnemental ; obligation de consulter les populations ; obligation de coopérer ; obligation de partager des informations et de notification ; obligation de consultation ; obligation de faire appel aux organisations internationales ; et responsabilité des États. Voir Roslycky, «Weather modification operations with transboundary effects», p. 27 à 40 ; voir également Davis, «Atmospheric water resources development and international law», p. 17 et suivantes.

ayant une action nocive²⁰⁵. Les principaux polluants sont les acides (oxyde d'azote, oxyde de soufre, monoxyde de carbone, etc.), les matières particulaires et les oxydants photochimiques. L'appauvrissement de la couche d'ozone est le résultat de l'introduction dans l'atmosphère de substances (nocives), comme les chlorofluorocarbones et les halons. Par contre, la principale cause du changement climatique est l'émission de gaz à effet de serre, comme le dioxyde de carbone, l'oxyde de diazote et le méthane. Sans être eux-mêmes nocifs pour l'homme, ces gaz ont indirectement pour effet d'altérer la composition de l'atmosphère et d'induire des changements climatiques²⁰⁶. Pour ce qui est des causes, le projet de directives traitera donc de l'introduction de substances et d'énergie dans l'atmosphère, de manière à appréhender les problèmes liés à la pollution radioactive et nucléaire²⁰⁷, et de la modification

²⁰⁵ Par exemple, selon l'article 1 de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance : «a) l'expression "pollution atmosphérique" désigne l'introduction dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie ayant une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement», tandis que, aux termes de l'article premier, paragraphe 1, de l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique sur la qualité de l'air, l'«expression "pollution atmosphérique" désigne l'introduction dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances ayant une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement». Il convient de noter que, d'après l'article premier, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer : «4) on entend par "pollution du milieu marin" l'introduction [...] de substances ou d'énergie dans le milieu marin».

²⁰⁶ Par exemple, aux termes de l'article premier, paragraphe 2, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques : «On entend par "changements climatiques" des changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale et qui viennent s'ajouter à la variabilité naturelle du climat observée au cours de périodes comparables». Voir également l'article premier, paragraphe 1, de la résolution III sur la pollution transfrontière de l'air adoptée par l'Institut de droit international à sa session du Caire, en 1987, d'où il résulte que, «[a]ux fins de la présente résolution, on entend par "pollution transfrontière de l'air" toute altération physique, chimique ou biologique de la composition ou de la qualité de l'atmosphère résultant directement ou indirectement d'un acte ou d'une omission de l'homme et produisant des effets dommageables ou nocifs dans l'environnement d'autres États ou de zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale» [*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 62-II (session du Caire, 1987), «La pollution transfrontière de l'air», p. 297].

²⁰⁷ La question de la pollution radioactive de l'air est débattue lors des négociations sur la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance. Dans le mémoire explicatif sur la Convention qu'il adresse au Parlement («Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom, 13, November 1979 über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung», *Deutscher Bundestags-Drucksache* 9/1119, 2 décembre 1981, p. 14), le Gouvernement allemand considère que la Convention ne s'applique pas aux substances radioactives (voir également Rest, «Tschernobyl und die Internationale Haftung», p. 612 et 613). Le Gouvernement autrichien défend, quant à lui, la position contraire et déclare durant les préparatifs de la Convention, en janvier 1979, que la Convention devrait également inclure l'étude des éventuelles répercussions négatives des utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire sur l'environnement d'un État, ou d'États, autre que celui dans lequel ces activités sont menées. En ce sens, voir également Rauschnig, «Interim report of the Committee: legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution», p. 219 ; et Sands, *Chernobyl: Law and Communication – Transboundary Nuclear Air Pollution – The Legal Materials*, p. 163 (qui estime que la définition donnée dans la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance est de

(Suite de la note page suivante.)

de la composition de l'atmosphère, à l'exclusion – faut-il le rappeler – des substances proprement dites qui causent la dégradation de l'atmosphère.

D. Rapports avec d'autres branches du droit international

77. De toute évidence, le droit de l'atmosphère est intrinsèquement lié à d'autres branches du droit international, comme le droit de la mer²⁰⁸ et de la biodiversité (sylviculture, désertification et zones humides)²⁰⁹, ainsi que le

(Suite de la note 207.)

toute évidence suffisamment large pour englober les retombées radioactives). Au niveau mondial, le Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des effets des rayonnements ionisants, créé par l'Assemblée générale par sa résolution 913 (X) du 3 décembre 1955, siégeant à Vienne sous les auspices du PNUE, contrôle régulièrement le niveau de ces rayonnements et en évalue les effets, indépendamment de leur origine, y compris les émissions atmosphériques provenant d'essais nucléaires souterrains non interdits par le Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau. Ces relevés rendent compte de l'effet cumulatif de la pollution atmosphérique radioactive transnationale causée par une multitude de sources de par le monde; voir *Sources and Effects of Ionizing Radiation: United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation 2008 Report to the General Assembly with Scientific Annexes* (publication des Nations Unies, numéro de vente: E.10.IX.3, 2010). Sur la communication de données du Comité au Système de surveillance international dans le cadre du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (voir résolution 50/245 de l'Assemblée générale du 10 septembre 1996 et document A/50/1027), voir Weiss, «The global dimensions of atmospheric radioactivity detection: experience and conclusions after Fukushima Daiichi nuclear power plant accident».

²⁰⁸ Voir Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, article 212 (Pollution d'origine atmosphérique ou transatmosphérique) et article 195 (Obligation de ne pas déplacer le préjudice ou les risques et de ne pas remplacer un type de pollution par un autre).

²⁰⁹ Le préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques évoque les effets néfastes des changements

droit commercial international²¹⁰ et le droit international des droits de l'homme²¹¹. Le projet de directives mettra ces rapports en exergue, s'il y a lieu et pour autant qu'ils présentent par ailleurs quelque intérêt aux fins du projet.

78. Par suite, le Rapporteur spécial propose le projet de directive 2 suivant :

« Directive 2. Champ d'application des directives

« a) Les présentes directives traitent des activités humaines qui ont, directement ou indirectement, pour effet d'introduire dans l'atmosphère des substances ou de l'énergie nocives ou d'altérer la composition de l'atmosphère, et qui ont, ou sont susceptibles d'avoir, des répercussions néfastes majeures sur la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la terre.

« b) Les présentes directives définissent les principes fondamentaux de la protection de l'atmosphère et les rapports qu'ils entretiennent entre eux. »

climatiques sur les écosystèmes naturels, et encourage, en son article 4, paragraphe 1, les États parties à renforcer les « puits et réservoirs de tous les gaz à effet de serre [...], notamment la biomasse, les forêts et les océans de même que les autres écosystèmes terrestres, côtiers et marins ». Voir également l'article 2, paragraphe 1 a ii), du Protocole de Kyoto ainsi que la Convention sur la diversité biologique, la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique, et la Convention relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau.

²¹⁰ Voir Murase, *International Law*, p. 130 à 166.

²¹¹ Voir Schulze, Wang-Helmreich et Sterk, *Human Rights in a Changing Climate: Demands on German and International Climate Policy – The Human Rights to Food and to Water*; Knox, « Climate change and human rights law ».

CHAPITRE IV

Statut juridique de l'atmosphère

79. Le statut juridique de l'atmosphère peut s'apprécier par référence aux cinq notions suivantes : espace aérien, ressources naturelles communes ou partagées, choses communes, patrimoine commun et préoccupation commune (ou intérêt commun)²¹². Elles sont brièvement envisagées ci-après pour déterminer si, et dans quelle mesure, elles sont applicables à la protection de l'atmosphère.

A. Distinction entre espace aérien et atmosphère

80. L'« espace aérien » et l'« atmosphère » sont deux notions très différentes, ces deux appellations ne pouvant être utilisées indifféremment. L'espace aérien désigne la portion de l'air sur laquelle les États exercent leur souveraineté à des fins de contrôle de la circulation aérienne et de défense²¹³. Ainsi, selon l'article premier de la Convention relative à l'aviation civile internationale, « chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire ». L'article 2 de la même

Convention définit le territoire de l'État comme étant « les régions terrestres et les eaux territoriales y adjacentes ». De même que la haute mer, l'espace aérien situé au-delà des eaux territoriales ne relève plus de la souveraineté d'aucun État et peut être librement utilisé par tous (on se reportera également à cet égard à l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer²¹⁴).

81. Si la notion d'« espace aérien » renvoie à une étendue géographique délimitée²¹⁵, celle d'« atmosphère » désigne

²¹⁴ « Article 2 (Régime juridique de la mer territoriale et de l'espace aérien surjacent, ainsi que du fond de cette mer et de son sous-sol)

« 1. La souveraineté de l'État côtier s'étend, au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures et, dans le cas d'un État archipel, de ses eaux archipélagiques, à une zone de mer adjacente désignée sous le nom de mer territoriale.

« 2. Cette souveraineté s'étend à l'espace aérien au-dessus de la mer territoriale, ainsi qu'au fond de cette mer et à son sous-sol.

« 3. La souveraineté sur la mer territoriale s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international. »

²¹⁵ Si l'on peut dire que la délimitation entre l'atmosphère et l'espace extra-atmosphérique est relativement simple à établir, pour la simple et bonne raison qu'il n'y a plus d'air dans l'espace, la délimitation

²¹² Boyle, « International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles »; voir également Brunnée, « Common areas, common heritage, and common concern ».

²¹³ Voir Hobe, « Airspace », et Tomas, « Air law ».

une ressource naturelle qui ne se laisse pas enserrer dans des frontières nationales. L'atmosphère étant une substance dynamique et fluctuante, il semble mieux indiqué d'en envisager le statut juridique sous un angle fonctionnel, et non territorial. Comme l'atmosphère (l'air) circule librement au gré des «mouvements atmosphériques» et des courants-jets, il est impossible, contrairement à l'espace aérien, de la délimiter (verticalement) en traçant des lignes verticales imaginaires le long des frontières terrestres. L'atmosphère est une entité fluide, unifiée et indivisible, alors que l'espace aérien est statique et divisible.

82. La méthode des zones employée dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (partie XII: «Protection et préservation du milieu marin») semble donc impossible à transposer en matière de protection de l'atmosphère. Les dispositions de la Convention consacrées à la protection de l'environnement reposent avant tout sur des critères géographiques (territoriaux), comme la mer territoriale, la zone contiguë, la zone économique exclusive et la haute mer, pour délimiter les responsabilités en matière de maîtrise de la pollution marine entre, par exemple, l'État du pavillon, l'État côtier et l'État du port²¹⁶.

83. Les États pourraient néanmoins juger opportun de consacrer la notion d'«espace aérien» dans le projet pour faire écho à l'article premier de la Convention relative à l'aviation civile internationale, qui réaffirme le principe selon lequel «chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire». Il est probable que les règles et principes envisagés dans le projet de directives viendront avant tout régir des activités menées au sol sur le territoire de l'État, mais il n'est pas exclu que certaines d'entre elles soient menées dans l'espace aérien²¹⁷. Le Rapporteur spécial propose donc d'insérer une clause de sauvegarde dans le projet à l'effet

(horizontale) entre l'espace aérien et l'espace extra-atmosphérique semble plus difficile, voire impossible, à établir en l'état actuel des choses. Savoir où finit l'espace aérien et où commence l'espace extra-atmosphérique continue de faire débat. Classiquement, deux écoles de pensée s'opposent: l'une considère que la limite se situe à l'altitude de vol la plus élevée des aéronefs, l'autre estime qu'elle correspond à l'orbite la plus basse des satellites (voir Mateesco Matte, «Space law», p. 555). Cheng affirme, lui, que l'espace aérien s'étend jusqu'aux confins de l'atmosphère, s'appuyant pour ce faire sur une interprétation de l'expression «espace aérien» employée à l'article premier de la Convention relative à l'aviation civile internationale. D'après cette théorie, la frontière entre l'espace aérien et l'espace extra-atmosphérique et la frontière entre ce dernier et l'atmosphère coïncideraient (Van Bogaert, *Aspects of Space Law*, p. 12).

²¹⁶ Nordquist, Rosenne et Yankov, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, p. 3 à 22. On fera toutefois observer que l'article 216 (Mise en application de la réglementation relative à la pollution par immersion) de la Convention, qui figure dans la partie en question, envisage la mer sous un aspect fonctionnel, en tant que chose commune: il dispose en son paragraphe 1 que «réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par immersion sont mis en application par» «tout État, pour ce qui est du chargement de déchets ou autres matières sur son territoire ou à ses installations terminales au large» (par. 1 c). Les obligations qui incombent à ce que l'on appellera l'«État du chargement» reposent sur les mêmes fondements théoriques que celles qui incombent aux États en matière de protection de l'atmosphère dans le présent projet de directives.

²¹⁷ L'annexe 16 de la Convention relative à l'aviation civile internationale est intitulée «Protection de l'environnement». Depuis 1981, le Conseil de l'OACI édicte des normes et des pratiques recommandées sur les émissions des moteurs d'aéronefs en vue d'assurer le développement sûr et ordonné de l'aviation civile tout en préservant au mieux la qualité de l'environnement humain. Ces normes réglementent, entre autres, les décharges intentionnelles de carburant (partie II) et les

de stipuler que rien dans le projet ne saurait modifier le statut juridique de l'espace aérien tel qu'il résulte d'autres conventions.

B. Ressources naturelles partagées ou communes

84. L'atmosphère (la masse d'air) a été classée au nombre des ressources naturelles de la terre, au même titre que les minéraux, l'énergie et l'eau, par le Comité des ressources naturelles²¹⁸, la Déclaration de Stockholm²¹⁹ et la Charte mondiale de la nature²²⁰. Il s'agit même de la plus importante d'entre elles. Elle représente une ressource renouvelable indispensable à la survie de l'homme, des plantes et des animaux sur terre et sert, outre de facteur économique de production fondamental (par exemple, sous forme d'oxygène et de précipitations) et de permettre l'absorption des résidus (par exemple, par la captation ou la dilution des émissions de combustion), de moyen de transport et de communication (en tant que «ressource géographique» ou *spatial-extension resource*²²¹). N'oublions pas que l'atmosphère est une ressource épuisable aux capacités d'assimilation limitées. Dans l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel de l'OMC ont déclaré que l'air pur était une ressource naturelle qui pouvait s'appauvrir. On a longtemps considéré que l'atmosphère était illimitée, non exclusive et neutre (parce que cela ne valait pas la peine de se la disputer) car on pensait que chacun pouvait en profiter sans en priver les autres²²². Ce temps est révolu. Bien que l'atmosphère ne

émissions (partie III), fixant en particulier des limites aux émissions de fumée et de certaines particules chimiques.

²¹⁸ C'est dès sa première session, à New York, du 22 février au 10 mars 1971, que l'ancien Comité des ressources naturelles a retenu les «ressources atmosphériques» au nombre des autres ressources naturelles [rapport du Comité sur la première session, *Documents officiels du Conseil économique et social, cinquantième session, Supplément n° 6 (E/4969-E/C.7/13)*, sect. 4 («Autres ressources naturelles»), par. 94 d]. Les travaux du Comité (rebaptisé Comité de l'énergie et des ressources naturelles pour le développement) seront repris par la Commission du développement durable.

²¹⁹ Principe 2: «Les ressources naturelles du globe, y compris l'air [...] doivent être préservé[e]s dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon que de besoin.»

²²⁰ «[L]es ressources [...] atmosphériques qu'utilise l'homme, seront géré[e]s de manière à assurer et maintenir leur productivité optimale et continue» (résolution 37/7 de l'Assemblée générale du 28 octobre 1982, annexe, par. 4).

²²¹ Voir la terminologie proposée par Von Ciriacy-Wantrup, *Resource Conservation: Economics and Policies*, p. 40 à 42, et McDougal, Lasswell et Vlasic, *Law and Public Order in Space*, p. 777 à 779.

²²² On se souviendra à cet égard de la célèbre controverse qui avait opposé aux XVI^e et XVII^e siècles Hugo Grotius, dans son ouvrage *Mare Liberum*, et John Selden, dans son ouvrage *Mare Clausum*, sur le fait de savoir si les ressources maritimes étaient limitées ou illimitées. Grotius, tenant de la liberté des mers, était d'avis qu'il était impossible de s'approprier l'océan, qui, par sa nature même, ne pouvait être occupé, et que les États ne pouvaient donc faire valoir un droit de pêche exclusif. De plus, il était d'avis qu'il était inutile de revenir sur ce principe ancestral puisqu'il considérait que les ressources maritimes étaient illimitées. En conséquence, la liberté des mers faisait que tout le monde pouvait exploiter les stocks de poissons sans risque de nuire aux intérêts des uns ou des autres (voir Grotius, *La liberté des mers: Mare Liberum*, chap. 5). Selden soutenait à l'opposé qu'il était possible pour les États de posséder et de s'approprier des portions de l'océan pour autant qu'ils puissent les placer sous leur contrôle effectif. Il était également d'avis que les ressources maritimes étaient épuisables et que la liberté d'utilisation des mers pouvait conduire à leur épuisement (voir Selden, *Of the Dominion, Or, Ownership of the Sea*).

soit pas exploitable au sens usuel du terme, à l'exemple des ressources pétrolières ou gazières, il convient d'en faire une utilisation judicieuse pour que nous puissions continuer à respirer et à jouir de conditions climatiques stables. On peut donc dire des industries ou États qui polluent l'atmosphère qu'ils exploitent cette dernière car ils en détériorent la qualité et amenuisent sa capacité d'absorption des polluants émis par d'autres industries ou États²²³. C'est ce même raisonnement qui sous-tend, par exemple, le mécanisme d'échange des droits d'émission. Il semble donc que le concept de ressource naturelle partagée puisse s'appliquer en partie aux problèmes de pollution atmosphérique transfrontière bilatéraux et régionaux, et le concept de ressource naturelle commune aux problèmes de pollution atmosphérique mondiaux.

85. Si l'on considère que l'atmosphère est une ressource naturelle qui doit être protégée, il faudra sans doute préciser le sens du terme « protection » dans le projet. En matière d'environnement, on lui donne généralement, consciemment ou non, deux acceptions : préservation et conservation. La préservation s'entend des mesures prises pour préserver la nature dans son état originel en interdisant toute activité humaine dans certaines zones protégées, la conservation s'entendant, quant à elle, du fait de préserver l'environnement de telle ou telle zone donnée par des activités humaines ciblées, comme la création d'une zone de conservation des ressources halieutiques en haute mer. Comme cela a été indiqué plus haut au paragraphe 73, on utilise l'atmosphère à des fins de plus en plus nombreuses et le projet de directives devra non seulement traiter de sa préservation (pour inciter la communauté internationale à s'efforcer le plus possible de ne pas en modifier la composition actuelle et l'équilibre entre ses composantes), mais aussi de sa conservation (afin d'en assurer l'utilisation durable).

C. Préoccupation commune de l'humanité

86. On qualifie de choses communes, ou *res communes*, les zones, comme la haute mer, que tout État peut légitimement utiliser sans pour autant pouvoir en revendiquer la souveraineté. L'espace aérien au-dessus de la haute mer est donc, lui aussi, chose commune. Cela étant, comme la notion d'espace aérien souverain, celle de chose commune revêt une dimension fondamentalement géographique qui ne permet pas d'envisager l'atmosphère comme un tout unifié²²⁴, comme cela a été expliqué plus haut aux paragraphes 81 à 85.

87. La notion de patrimoine commun est employée dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et dans le Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes. Toutefois, la proposition soumise par Malte à l'Assemblée générale en 1988, tendant à voir déclarer l'atmosphère aussi patrimoine commun de l'humanité, n'aboutira pas. Dans la mesure où la notion de patrimoine commun suppose qu'une ressource soit exploitée

et préservée pour le bénéfice de l'humanité tout entière, cette désignation impliquerait la mise en place d'un vaste mécanisme institutionnel pour pouvoir contrôler l'allocation des droits d'exploitation et la répartition des bénéfices. Consacrer l'atmosphère patrimoine commun de l'humanité aurait pour effet d'instituer la gestion collective des problèmes liés à l'atmosphère, ce que beaucoup trouvent prématuré²²⁵.

88. Contrairement aux notions de chose commune et de patrimoine commun, qui ne rendent pas véritablement compte du statut juridique de l'atmosphère, la notion d'intérêt commun semble convenir et devrait trouver place dans le statut juridique de l'atmosphère en droit international. En 1988, l'Assemblée générale a quelque peu atténué l'échec de l'initiative maltaise en déclarant, dans sa résolution 43/53 du 6 décembre 1988 sur la protection du climat mondial pour les générations présentes et futures, que l'évolution du climat était une « préoccupation commune de l'humanité ». La même formulation sera reprise au paragraphe 1 du préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. L'application de la notion de « préoccupation commune » à l'ensemble des problèmes atmosphériques semble opportune à l'heure où on prend de plus en plus conscience des liens que la pollution atmosphérique transfrontière entretient avec le changement du climat mondial²²⁶.

89. D'un point de vue juridique, la notion de préoccupation commune signifie que les États ne pourront plus prétendre que les problèmes atmosphériques relèvent du domaine réservé de leur seule compétence puisqu'ils seront désormais au nombre des questions intéressant la communauté internationale dans son ensemble, ce qui conduira très certainement à la consécration d'obligations *erga omnes* de protéger l'atmosphère de la planète à la charge de tous les États²²⁷. Il est peut-être encore trop

²²⁵ Ibid., p. 9 et 10.

²²⁶ Les implications de la notion de « préoccupation commune de l'humanité » en rapport avec les problèmes environnementaux mondiaux ont été examinées à une réunion du Groupe d'experts juridiques du PNUE, tenue à Malte, du 13 au 15 décembre 1990. On a fait observer que cette notion recouvrait au moins deux aspects importants : l'un géographique et l'autre temporel. L'aspect géographique était que les États devaient tous coopérer à la solution des problèmes qui touchent l'ensemble des pays, la communauté internationale tout entière, l'aspect temporel étant lié aux répercussions à long terme des principaux problèmes environnementaux qui affectent les droits et obligations des générations actuelles et à venir (voir Attard, « The meeting of the Group of Legal Experts to examine the concept of the common concern of mankind in relation to global environmental issues », p. 37). On voit tout de suite les liens qui unissent cette notion et des principes comme l'équité intergénérationnelle, consacrée dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et d'autres instruments internationaux relatifs à l'environnement. On a envisagé l'application du concept de préoccupation commune en rapport avec la gestion d'un écosystème bien précis, les bassins hydrographiques régionaux (voir Brunnée et Toope, « Environmental security and freshwater resources: ecosystem regime building »).

²²⁷ Comme la Cour internationale de Justice l'a indiqué dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, ces obligations sont assumées envers la communauté internationale dans son ensemble. En raison de leur importance, elles « concernent tous les États » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 32, par. 33). On rappellera à cet égard que durant l'examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États, des membres de la Commission ont qualifié la « pollution massive de l'atmosphère ou des mers » de crime international dans le contexte du projet d'article 19, paragraphe 3 d [*Annuaire... 1976*, vol. II (2^e partie), p. 70]; cet article ne sera pas retenu en deuxième lecture dans le projet

²²³ Biermann, « "Common concern of humankind": the emergence of a new concept of international environmental law », p. 428.

²²⁴ Boyle, « International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles », p. 9.

tôt pour interpréter la notion de préoccupation commune comme conférant à tous les États intérêt ou qualité pour agir en vue de faire appliquer les règles concernant la protection de l'atmosphère²²⁸, dans la mesure où il n'existe pas encore de mécanisme procédural permettant de donner effet à cette interprétation. Il est sans doute également prématuré de dire que la notion de préoccupation commune crée des droits au profit des individus et des générations futures.

90. Pourtant, de ce qui précède, on peut conclure que l'atmosphère a le statut de ressource naturelle internationale, partagée ou commune, indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, aux cultures et à

final [projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76].

²²⁸ Boyle, « International law and the protection of the global atmosphere », p. 11 à 13.

l'intégrité des écosystèmes, et que, par suite, sa protection est une préoccupation commune de l'humanité. Il importe également de préciser, afin d'éviter tout malentendu, que le projet de directives n'a nullement pour ambition de remettre en question le statut de l'espace aérien en droit international contemporain. En conséquence, le Rapporteur spécial propose le projet de directive 3 suivant :

« Directive 3. Statut juridique de l'atmosphère

« a) L'atmosphère est une ressource naturelle indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres, dont la protection est la préoccupation commune de l'humanité.

« b) Rien dans les présentes directives ne vient remettre en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international applicable. »

CHAPITRE V

Conclusion

91. Le présent rapport se voulait l'occasion de camper le plus solidement possible le sujet en s'arrêtant sur son évolution, les sources de droit qui s'y rapportent et son fondement logique ainsi que sur ses différents plans d'attaque, sa finalité et sa portée. On a pu dire à juste titre que, au fond, la valeur de la Commission du droit international tenait à ceci qu'elle est capable d'envisager systématiquement le droit international dans sa globalité, d'intégrer les innovations et les différents corps de droit et de dégager des conclusions motivées et solidement assises²²⁹. À ce stade, le Rapporteur spécial s'est contenté d'une première approximation d'un certain nombre de problèmes, l'idée étant de s'arrêter le moment venu sur les diverses questions juridiques ainsi esquissées. Il espère avoir réussi à démontrer que la protection de l'atmosphère est un sujet essentiel qui peut tout à fait se prêter à une entreprise de codification et

de développement progressif du droit international, pour autant qu'on l'envisagerait selon l'approche indiquée. Il s'agit d'un sujet dont l'étude bénéficiera grandement à la communauté internationale tout entière.

92. Pour ce qui est de la suite des travaux, le Rapporteur spécial compte consacrer les deux dernières années (2015 et 2016) du mandat quinquennal à l'étude des principes de base de la protection de l'atmosphère, comme l'obligation générale faite à l'État de protéger l'atmosphère, le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* (tel qu'appliqué à la pollution atmosphérique transfrontière) et les principes d'équité, de développement durable et de bonne foi. Le Rapporteur spécial espère que, durant la période quinquennale suivante (2017-2021), la Commission achèvera l'examen d'autres questions connexes, comme la coopération internationale, le respect des normes internationales, le règlement des différends et les rapports d'interdépendance.

²²⁹ Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 172.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA SOIXANTE-SIXIÈME SESSION

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/665	Ordre du jour provisoire de la soixante-sixième session	Reprographié. L'ordre du jour adopté est reproduit dans <i>Annuaire... 2014</i> , vol. II (2 ^e partie).
A/CN.4/666	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session	Reprographié.
A/CN.4/667	Premier rapport sur la protection de l'atmosphère, par M. Shinya Murase, Rapporteur spécial	Reproduit dans le présent volume.
A/CN.4/668 [et Corr.1] et Add.1	Septième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe, par M. Eduardo Valencia-Ospina, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/669 et Add.1	Expulsion des étrangers. Commentaires et observations reçus des gouvernements	Idem.
	Informations reçues de l'Union européenne et ne figurant pas dans le document A/CN.4/669 et Add.1	Reprographié.
A/CN.4/670	Neuvième rapport sur l'expulsion des étrangers, par M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial	Reproduit dans le présent volume.
A/CN.4/671	Deuxième 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.4/672	Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/673	Troisième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par M ^{me} Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale	Idem.
A/CN.4/674 [et Corr.1]	Rapport préliminaire sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, par M ^{me} Marie G. Jacobsson, Rapporteuse spéciale	Idem.
A/CN.4/675	Deuxième rapport sur l'application à titre provisoire des traités, par M. Juan Manuel Gómez Robledo, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/L.831	Protection des personnes en cas de catastrophe. Textes et titres des projets d'article adoptés par le Comité de rédaction en première lecture	Reprographié.
A/CN.4/L.832	Expulsion des étrangers. Textes et titres des projets d'article adoptés par le Comité de rédaction en seconde lecture	Idem.
A/CN.4/L.833	Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Texte et titres des projets de conclusions 6 à 10 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction les 27 et 28 mai et 2 et 3 juin 2014	Idem.
A/CN.4/L.834	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session. Chapitre I (Organisation de la session)	Idem. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)</i> . Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2014</i> , vol. II (2 ^e partie).
A/CN.4/L.835	Idem. Chapitre II (Résumé des travaux de la soixante-sixième session de la Commission)	Idem.
A/CN.4/L.836	Idem. Chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	Idem.

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/L.837 et Add.1/Rev.1	Idem. Chapitre IV (Expulsion des étrangers)	Idem.
A/CN.4/L.838 et Add.1	Idem. Chapitre V (Protection des personnes en cas de catastrophe)	Idem.
A/CN.4/L.839	Idem. Chapitre VI [L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>)]	Idem.
A/CN.4/L.840 et Add.1 à 3	Idem. Chapitre VII (Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités)	Idem.
A/CN.4/L.841	Idem. Chapitre VIII (Protection de l'atmosphère)	Idem.
A/CN.4/L.842 et Add.1	Idem. Chapitre IX (Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État)	Idem.
A/CN.4/L.843	Idem. Chapitre X (Détermination du droit international coutumier)	Idem.
A/CN.4/L.844	Rapport final du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>)	Reprographié.
A/CN.4/L.845	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session. Chapitre XI (Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés)	Idem. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)</i> . Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2014</i> , vol. II (2 ^e partie).
A/CN.4/L.846	Idem. Chapitre XII (Application provisoire des traités)	Idem.
A/CN.4/L.847	Idem. Chapitre XIII (La clause de la nation la plus favorisée)	Idem.
A/CN.4/L.848	Idem. Chapitre XIV (Autres décisions et conclusions de la Commission)	Idem.
A/CN.4/L.849	Rapport du Groupe de planification	Reprographié.
A/CN.4/L.850	Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Texte des projets d'articles 2 e et 5 adoptés provisoirement par le Comité de rédaction le 15 juillet 2014	Idem.
A/CN.4/SR.3198 à SR.3243	Comptes rendus analytiques provisoires des 3198 ^e à 3243 ^e séances	Idem. Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2014</i> , vol. I.

ISBN 978-92-1-130363-6

