

ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2015

Volume II
Première partie

Documents de la
soixante-septième session

NATIONS UNIES



ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2015

Volume II
Première partie

Documents de la
soixante-septième 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... 2015*).

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-septième 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/2015/Add.1 (Part 1)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

e-ISBN 978-92-1-005377-8

ISSN 0497-9877 e-ISSN 2411-9849

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Abréviations et sigles	iv
Note concernant les citations	iv
Nomination à des sièges devenus vacants après élection (article 11 du statut) [point 2 de l'ordre du jour]	
<i>Document A/CN.4/684.</i> Note du Secrétariat	1
Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État (point 3 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/686.</i> Quatrième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par M ^{me} Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale	3
Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (point 4 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/683.</i> Troisième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, par M. Georg Nolte, Rapporteur spécial.....	37
Application provisoire des traités (point 6 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/687.</i> Troisième rapport sur l'application provisoire des traités, par M. Juan Manuel Gómez Robledo, Rapporteur spécial.....	57
<i>Document A/CN.4/676.</i> Étude du Secrétariat.....	85
Détermination du droit international coutumier (point 7 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/682.</i> Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial.....	93
Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés (point 8 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/685.</i> Deuxième rapport sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, par M ^{me} Marie G. Jacobsson, Rapporteuse spéciale	137
Protection de l'atmosphère (point 9 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/681.</i> Deuxième rapport sur la protection de l'atmosphère, par M. Shinya Murase, Rapporteur spécial.....	191
Crimes contre l'humanité (point 10 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/680.</i> Premier rapport sur les crimes contre l'humanité, par M. Sean D. Murphy, Rapporteur spécial	225
Répertoire des documents de la soixante-septième session	281

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

CICR	Comité international de la Croix-Rouge
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OEА	Organisation des États américains
OMC	Organisation mondiale du commerce
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

*

* *

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> . L'intégralité des arrêts de la Cour ainsi qu'une importante sélection de décisions sont publiés 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. Mémoires</i>	Cour internationale de Justice, <i>Mémoires, plaidoiries et documents</i> ; disponibles sur le site Web de la Cour (www.icj-cij.org).
<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 disponibles 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 B</i>	Cour permanente de Justice internationale, <i>Recueil des avis consultatifs</i> (n ^{os} 1 à 18, jusqu'en 1930 inclus)
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i> (Washington)
ILR	<i>International Law Reports</i> (Cambridge)
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i> (Paris)
<i>TIDM Recueil</i>	Tribunal international du droit de la mer, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i> . La jurisprudence du Tribunal est disponible sur le 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 : <https://legal.un.org/ilc>.

NOMINATION À DES SIÈGES DEVENUS VACANTS APRÈS ÉLECTION (ARTICLE 11 DU STATUT)

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/684

Note du Secrétariat

[Original: anglais]
[8 avril 2015]

1. M. Kirill Gevorgian ayant donné sa démission après avoir été élu à la Cour internationale de Justice le 6 novembre 2014, un siège est vacant à la Commission du droit international.

2. En pareil cas, l'article 11 du statut de la Commission s'applique. Il dispose ce qui suit :

En cas de vacance survenant après élection, la Commission pourvoit elle-même au siège vacant, en tenant compte des dispositions contenues dans les articles 2 et 8 ci-dessus.

L'article 2 est libellé comme suit :

1. La Commission se compose de trente-quatre membres, possédant une compétence reconnue en matière de droit international.
2. Elle ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même État.
3. En cas de double nationalité, un candidat sera considéré comme ayant la nationalité du pays dans lequel il exerce ordinairement ses droits civils et politiques.

L'article 8 est libellé comme suit :

À l'élection, les électeurs auront en vue que les personnes appelées à faire partie de la Commission réunissent individuellement les conditions requises, et que, dans l'ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde soit assurée.

3. Le mandat du membre qui sera élu par la Commission expirera à la fin de l'année 2016.

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/686

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

[Original: espagnol]
[29 mai 2015]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	4
Ouvrages cités dans le présent rapport	5
	<i>Paragraphes</i>
Introduction.....	1-14 5
<i>Chapitres</i>	
I. IMMUNITÉ <i>RATIONE MATERIAE</i> : CRITÈRES NORMATIFS (<i>suite</i>).....	15-133 7
A. Généralités	15-20 7
B. Notion d'«acte accompli à titre officiel».....	21-127 8
1. Généralités.....	21-26 8
2. Opposition entre «acte accompli à titre officiel» et «acte accompli à titre privé»	27-33 9
3. Critères d'identification de l'«acte accompli à titre officiel»	34-94 10
4. Les caractéristiques de l'«acte accompli à titre officiel».....	95-126 26
5. Conclusion: définition de la notion d'«acte accompli à titre officiel»	127 33
C. Portée temporelle.....	128-131 33
D. Portée de l'immunité <i>ratione materiae</i>	132-133 33
II. FUTUR PROGRAMME DE TRAVAIL	134-139 34
ANNEXE. Projets d'article proposés.....	36

* La Rapporteuse spéciale tient à remercier les membres de l'équipe du projet de recherche «La protection des valeurs de la communauté internationale: immunité, justice et impunité en droit international» (DER2013-45790-P), les professeurs Fanny Castro-Rial Garrone, Carmen Quesada Alcalá, Claribel de Castro Sánchez, Fernando Val Garijo, Teresa Marcos Martín et Nuria Pastor Palomar [Université nationale d'enseignement à distance (UNED), Espagne], ainsi que Rosario Ojinaga Ruiz, Yaelle Cacho Sanchez et José Antonio Valles Cavia (Université de Cantabrie, Espagne). Elle souhaite également remercier de sa collaboration Marko Sjekavica, étudiant de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève.

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Londres, 8 août 1945)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 82, n° 251, p. 279.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Ibid., vol. 78, n° 1021, p. 277.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, nos 970 à 973, p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Convention I)	Ibid., 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 (Convention II)	Ibid., vol. 75, n° 971, p. 85.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Convention III)	Ibid., vol. 75, n° 972, p. 135.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV)	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]	Ibid., vol. 1125, n° 17512, p. 3.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., vol. 1125, n° 17513, p. 609.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
Convention 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 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, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12), p. 201.</i>
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 pour la prévention et la répression de la torture [Carthagène des Indes (Colombie), 9 décembre 1985]	Organisation des États américains, <i>Treaty Series</i> , n° 67.
Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes [Belém do Pará (Brésil), 9 juin 1994]	Organisation des États américains, <i>Official Documents</i> , OEA/Ser.A/55.
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.
Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (Maputo, 11 juillet 2003)	ILM, vol. 43 (2004), p. 5.
Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , 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), vol. I, résolution 59/38, annexe.</i>
Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (New York, 20 décembre 2006)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2716, n° 48088, p. 3.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- BRÖHMER, Jürgen
State Immunity and the Violation of Human Rights, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997.
- CARNERERO CASTILLA, Rubén
La Inmunidad de Jurisdicción Penal de los Jefes de Estado Extranjeros, Madrid, Iustel, 2007.
- FOAKES, Joanne
The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- FOX, Hazel, et Philippa WEBB
The Law of State Immunity, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013.
- KOHEN, Marcelo G.
«La distinction entre l'immunité des États et l'immunité diplomatique», dans G. Hafner, M. Kohen et S. Breau (dir.), *La pratique des États concernant les immunités des États*, Conseil de l'Europe, Leyde/Boston, Conseil de l'Europe/Martinus Nijhoff, 2006.
- O'KEEFE, Roger
International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- PEDRETTI, Ramona
Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes, Leyde, Brill/Nijhoff, 2015.
- VAN ALEBEEK, Rosanne
The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- YANG, Xiaodong
State Immunity in International Law, New York, Cambridge University Press, 2012.

Introduction

1. Après l'avoir 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 «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État» dans son programme de travail en cours et de nommer M. Roman Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet². À la même session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet³.

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

3. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández au poste

de Rapporteuse spéciale, en remplacement de M. Roman Kolodkin, membre sortant de la Commission⁵.

4. À la même session, la Rapporteuse spéciale a saisi la Commission d'un rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère⁶. Ce rapport se voulait un «rapport de transition», par lequel la Rapporteuse spéciale entendait contribuer à clarifier les termes du débat qui s'était tenu jusqu'alors et à recenser les principaux points de controverse qui subsistaient et dont l'examen pouvait être poursuivi si la Commission le jugeait utile⁷. Il précisait les questions devant être examinées par la Commission, posait les fondements 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 proposés par la Rapporteuse spéciale⁸. La même année, à la soixante-septième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné à son tour le rapport préliminaire à l'occasion de l'examen du rapport de la Commission et accueilli favorablement les propositions qui y figuraient⁹.

¹ Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 194, par. 257 b, et p. 199, annexe I.

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

³ *Ibid.*, p. 105, par. 386. Pour l'étude du Secrétariat intitulée «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État», voir A/CN.4/596 et Corr.1 [reprographié, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session; le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie)].

⁴ Les rapports de l'ancien Rapporteur spécial, M. Roman Kolodkin, ont été publiés dans *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, p. 231 (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, p. 45.

⁷ *Ibid.*, p. 46, par. 5.

⁸ Sur le déroulement de ce débat, voir *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 60 à 73, par. 86 à 189. Voir également *ibid.*, vol. I, 3143^e à 3147^e séance, 5 juillet au 20 juillet 2012.

⁹ La Sixième Commission a examiné le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État à 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 SR.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 également le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-septième session (A/CN.4/657; reprographié), par. 26 à 38.

6. À la soixante-cinquième session de la Commission, en 2013, la Rapporteuse spéciale a présenté un deuxième rapport sur le sujet sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹⁰, dans lequel elle 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).

7. À ses 3164^e à 3168^e séances ainsi qu'à sa 3170^e séance¹¹, la Commission a examiné le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale et a décidé de renvoyer les six projets d'article au Comité de rédaction. Au vu du rapport de ce dernier¹², elle a provisoirement approuvé 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 d'article proposés par la Rapporteuse spéciale. La Commission a également souscrit aux commentaires relatifs aux trois projets d'article qu'elle avait approuvés 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 sujet¹³.

8. À la soixante-huitième session de l'Assemblée générale, en 2013, la Sixième Commission a examiné le deuxième rapport sur le sujet de la Rapporteuse spéciale 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 de la présentation de trois projets d'article à l'Assemblée générale¹⁴.

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, et notamment sur la jurisprudence de leurs tribunaux, 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'État¹⁵. Les 10 États suivants ont répondu par écrit à cette demande : 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.

10. À la soixante-sixième session de la Commission, en 2014, la Rapporteuse spéciale a présenté un troisième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État¹⁶, dans lequel elle a entamé l'analyse des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, en se concentrant sur les aspects liés à l'élément subjectif. Elle a examiné en profondeur la notion générale de « représentant de l'État » et précisé les critères à prendre en compte pour identifier les personnes susceptibles d'entrer dans cette catégorie. Elle a également analysé la portée subjective de l'immunité *ratione materiae* en définissant les personnes susceptibles d'en bénéficier. Enfin, elle a abordé la question de la meilleure formulation à employer pour désigner les personnes bénéficiant de l'immunité au regard des problèmes terminologiques posés par l'utilisation de l'expression « représentant de l'État » et ses équivalents dans les autres versions linguistiques, et elle a proposé d'employer celle plus générale d'« organe de l'État ». Après avoir analysé la jurisprudence (nationale et internationale), la pratique conventionnelle et les travaux antérieurs de la Commission intéressant le sujet, la Rapporteuse spéciale a formulé deux projets d'article consacrés, l'un, à la définition de la notion générale de « représentant de l'État » aux fins du projet d'articles, l'autre, à la portée subjective de l'immunité *ratione materiae*.

11. Ayant examiné le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale de sa 3217^e séance à sa 3222^e séance¹⁷, la Commission a décidé de renvoyer les deux projets d'article au Comité de rédaction. Au vu du rapport de ce dernier¹⁸, elle a approuvé à titre provisoire les projets d'article consacrés à la notion générale de représentant de l'État (projet d'article 2 *e*) et aux bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae* (projet d'article 5). Elle a également souscrit aux commentaires relatifs à ces deux projets d'article¹⁹.

12. À la soixante-neuvième session de l'Assemblée générale, en 2014, la Sixième Commission a examiné le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale sur le sujet à l'occasion de l'examen du rapport annuel de la Commission. Les États ont accueilli favorablement le texte ainsi que les deux nouveaux projets d'article approuvés provisoirement par la Commission. La majorité des délégations se sont déclarées favorables à l'insertion d'une définition générale de « représentant de l'État » dans le projet d'articles et ont adhéré à la définition proposée par la Commission en insistant sur la nécessité d'établir

¹⁰ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, p. 39.

¹¹ 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 à 3168^e séance, 14 au 22 mai 2013, et 3170^e séance, 24 mai 2013.

¹² *Ibid.*, 3174^e séance, 7 juin 2013.

¹³ Pour en savoir plus sur le traitement du sujet par la Commission à 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 du rapport. Pour les débats de la Commission sur lesdits commentaires, voir *ibid.*, vol. I, 3193^e à 3196^e séance, 6 et 7 août 2013.

¹⁴ 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 SR.19). Le texte des interventions des représentants ayant pris part au débat est disponible auprès de la Division de la codification. Voir également le 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; reprographié), par. 10 à 30.

¹⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 16, par. 25.

¹⁶ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 87.

¹⁷ Pour une analyse détaillée des questions soulevées lors des débats et des vues exprimées par les membres de la Commission, voir *ibid.*, vol. I, 3217^e à 3222^e séance, 7 au 11 juillet 2014.

¹⁸ *Ibid.*, 3231^e séance, 25 juillet 2014. La déclaration du Président du Comité de rédaction est consultable sur le site Web de la Commission.

¹⁹ Pour en savoir plus sur le traitement du sujet par la Commission à sa soixante-sixième session, en 2014, voir *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 151 à 156, par. 123 à 132. Voir en particulier les projets d'article et les commentaires y relatifs au paragraphe 132 du rapport de la Commission. Pour les débats de la Commission sur lesdits commentaires, voir *ibid.*, vol. I, 3240^e à 3242^e séance, 6 et 7 août 2014.

l'existence d'un lien de rattachement entre l'État et son représentant. Certains États ont demandé à la Commission de préciser la portée de l'expression « qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques » figurant dans la définition. De même, la majorité des États se sont prononcés en faveur de la prise en considération de la notion de « représentant de l'État » dans le cadre de l'immunité *ratione materiae*, l'immunité de juridiction pénale étrangère s'appliquant à un individu (le « représentant de l'État »), et ont également souligné l'importance du lien entre l'État et le représentant. En outre, les États se sont félicités de la manière dont la Commission avait abordé le sujet ainsi que de la rédaction du projet d'article 5. Si quelques États ont souligné qu'il serait utile de préciser l'expression « agissant à ce titre », la majorité l'a accueillie favorablement, y voyant un renforcement du caractère fonctionnel de l'immunité. Toutefois, un petit nombre d'États ont exprimé des doutes quant à l'opportunité de prendre en considération le représentant de l'État dans le cadre de l'immunité *ratione materiae*, estimant que, pour cette catégorie d'immunité, c'était la nature de l'acte accompli et non son auteur qui importait. D'une manière générale, les États ont souligné qu'il était nécessaire d'examiner dans les prochains rapports la notion d'« acte accompli à titre officiel » ainsi que l'élément temporel de l'immunité. Les États se sont félicités des progrès notables réalisés dans l'examen du sujet²⁰.

13. Dans son rapport sur les travaux de sa soixante-sixième session, la Commission a prié « les États de lui fournir, le 31 janvier 2015 au plus tard, des informations sur leur droit interne et leur pratique, en particulier leur pratique judiciaire, relativement aux questions suivantes : a) le sens donné aux expressions “actes officiels” et “actes

²⁰ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 21^e à 26^e séance (A/C.6/69/SR.21 à SR.26). Voir également le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session, établi par le Secrétariat (A/CN.4/678 ; reprographié), par. 37 à 51.

accomplis à titre officiel” dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ; b) les exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État²¹ ». Au moment de l'achèvement du présent rapport, les États suivants avaient fait parvenir une réponse écrite : Allemagne, Autriche, Cuba, Espagne, Finlande, France, Pérou, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suisse. Par ailleurs, dans leurs déclarations à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, plusieurs délégations ont évoqué les points soulevés dans la question de la Commission. La Rapporteuse spéciale souhaite remercier tout particulièrement les États qui lui ont transmis leurs observations, lesquelles sont d'une grande utilité pour les travaux de la Commission. Toutes les autres observations que les États pourraient souhaiter transmettre ultérieurement seront également bienvenues. Tout comme celles que les États ont communiquées en 2014²² et celles qui ressortent des interventions orales faites par les délégués à la Sixième Commission, ces observations ont été dûment prises en compte dans l'établissement du présent rapport.

14. Conformément au plan de travail annoncé à la session antérieure, la Rapporteuse spéciale poursuit dans le présent rapport l'analyse des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, à savoir les éléments matériel et temporel. Au terme de cette analyse, la Rapporteuse spéciale propose deux projets d'article dans la partie correspondante du présent rapport. En outre, dans le souci de faciliter les travaux de la Commission, une annexe où sont reproduits les projets d'article proposés a été jointe au rapport. Pour finir, la Rapporteuse spéciale tient à préciser que le présent rapport doit être lu en conjonction avec les rapports précédents, avec lesquels il constitue un tout, ainsi qu'avec les projets d'article provisoirement approuvés par la Commission jusqu'à ce jour et les commentaires correspondants.

²¹ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 20, par. 28.

²² Voir le paragraphe 9 *supra*.

CHAPITRE I

Immunité *ratione materiae* : critères normatifs (suite)

A. Généralités

15. Comme la Rapporteuse spéciale l'a déjà souligné dans ses rapports antérieurs, « 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 Commission²³ ». Par ailleurs, la distinction entre ces deux catégories d'immunité de juridiction pénale étrangère du représentant de l'État a été prise en compte dans les travaux antérieurs de la Commission, notamment dans l'étude du Secrétariat²⁴ et dans le rapport préliminaire établi par l'ancien Rapporteur spécial

²³ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, p. 47, par. 47, *in fine*, et *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 90, par. 10.

²⁴ Voir « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », étude du Secrétariat (A/CN.4/596 et Corr.1) [note 3 *supra*], par. 88 et suiv.

M. Roman Kolodkin²⁵, encore que sous un angle essentiellement descriptif et conceptuel dans l'un et l'autre cas.

16. S'agissant des travaux menés par la Commission au cours du présent quinquennat, il suffit de rappeler que la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* est envisagée depuis 2013 sous un angle normatif, le but étant d'instaurer un régime juridique différencié pour chacune d'elles, sans toutefois méconnaître le fait que les deux catégories d'immunité présentent des traits communs, notamment en ce qui concerne la dimension fonctionnelle de l'immunité au sens large²⁶. Cette démarche normative se manifeste dans les projets

²⁵ Voir *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/601, p. 182 à 183, par. 78 à 83.

²⁶ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, p. 47 à 49, par. 48 et 53 ; et *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 90, par. 10, *in fine*.

d'article approuvés à titre provisoire par la Commission et dans les commentaires correspondants, ainsi que dans l'économie même du projet d'articles qui a été approuvée provisoirement jusqu'à ce jour²⁷.

17. Comme la Rapporteuse spéciale l'a indiqué dans les rapports antérieurs, les éléments caractéristiques de l'immunité *ratione materiae* peuvent se définir comme suit :

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

b) elle ne s'applique qu'aux actes qualifiables d'« actes accomplis à titre officiel »;

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'État²⁸.

18. À partir de ces trois caractéristiques, on peut déduire les critères normatifs permettant de définir cette catégorie d'immunité, à savoir :

a) la portée subjective de l'immunité *ratione materiae* : quelles sont les personnes qui bénéficient de l'immunité ?

b) la portée matérielle de l'immunité *ratione materiae* : quels sont les actes de ces personnes couverts par l'immunité ?

c) la portée temporelle de l'immunité *ratione materiae* : durant combien de temps l'immunité peut-elle être invoquée et appliquée²⁹ ?

19. Si les trois critères normatifs susmentionnés doivent être analysés de manière conjointe et intégrée, leur diversité et leur complexité commandent de les envisager séparément. Après avoir examiné le premier de ces critères (l'élément subjectif) dans son troisième rapport³⁰, la Rapporteuse spéciale analysera successivement dans

²⁷ En ce sens, il convient de noter que, dans l'économie du projet d'articles, l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* font l'objet de deux parties distinctes (respectivement la deuxième et la troisième) [voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 152, par. 131]. Par ailleurs, le projet d'article 4, paragraphe 3, approuvé provisoirement par la Commission en 2013, aux termes duquel « [l']extinction de l'immunité *ratione personae* est sans préjudice de l'application des règles du droit international relatives à l'immunité *ratione materiae* », est construit sur ladite distinction [voir commentaire du projet d'article 4, en particulier le paragraphe 7, *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 51 à 54]. Sur cette question, voir le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale, *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 90 et 91, par. 11.

²⁸ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, p. 48, par. 50; et *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, par. 12 et 13. Ces trois éléments correspondent aux différentes définitions de l'immunité *ratione materiae* dégagées par la doctrine et la jurisprudence ainsi qu'à celle retenue dans les travaux antérieurs de la Commission. Voir *ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, en particulier les notes de bas de page 25 et 26 du paragraphe 13.

²⁹ La méthodologie employée est la même pour l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*, dans la mesure où les trois critères qualifiés de normatifs se retrouvent dans les deux catégories. Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, p. 49, par. 54, et *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, par. 13.

³⁰ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, en particulier p. 92, par. 18 à 21, et p. 114 et 115, par. 145 à 151.

le présent rapport l'élément matériel (la notion d'« acte accompli à titre officiel ») et l'élément temporel de l'immunité *ratione materiae*.

20. Enfin, il faut rappeler, comme cela a déjà été indiqué dans les rapports antérieurs³¹, qu'il ne résulte pas de ce que ces trois éléments sont qualifiés de critères normatifs de l'immunité *ratione materiae* qu'ils soient les seuls à devoir être pris en compte pour définir le régime juridique applicable à cette catégorie d'immunité. Il convient de préciser en particulier 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 ou limité de cette immunité.

B. Notion d'« acte accompli à titre officiel »

1. GÉNÉRALITÉS

21. Comme cela est indiqué dans le troisième rapport, peut bénéficier de l'immunité de juridiction *ratione materiae* l'individu qui, dans un cas concret, réunit les trois conditions suivantes : a) être considéré comme un représentant de l'État; b) avoir accompli un acte officiel en cette qualité; c) avoir accompli cet acte pendant ses fonctions³². *A contrario*, il peut arriver qu'un individu considéré comme un représentant de l'État au sens du présent projet d'articles accomplisse un acte dans l'exercice de ses fonctions sans que ledit acte puisse pour autant être qualifié d'« acte accompli à titre officiel », auquel cas la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère ne se pose pas.

22. Au vu de ce qui précède, on comprendra aisément l'importance qu'il faut attacher à la notion d'« acte accompli à titre officiel » dans le cadre de l'immunité *ratione materiae*. Cette importance, qui a été soulignée par tous les membres de la Commission et par les États, s'est vu conférer un caractère exclusif par certains membres de la Commission et par quelques États, qui considèrent que seul l'« acte accompli à titre officiel » importe pour déterminer l'applicabilité de l'immunité *ratione materiae*, l'auteur de l'acte étant indifférent. S'il est vrai que la Commission n'a pas retenu cette dernière conception³³, il ne faut pas pour autant minimiser le rôle important que joue le comportement du représentant (l'« acte accompli à titre officiel ») dans l'économie générale de l'immunité *ratione materiae*. Ce rôle tient au caractère éminemment fonctionnel de cette catégorie d'immunité, dans laquelle la présence de l'État se manifeste à travers deux liens distincts mais complémentaires, à savoir : d'une part, celui qui unit le représentant à l'État; d'autre part, celui qui unit l'État à certains actes qui sont l'expression de la souveraineté et de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

23. Il s'ensuit que les deux éléments (subjectif et matériel) sont indissociablement liés mais constituent des catégories conceptuellement distinctes qui doivent être traitées et analysées de façon indépendante. L'autonomie

³¹ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/661, p. 42 et 43, par. 15 et 23; et *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 91, par. 15.

³² *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 90, par. 11.

³³ Voir paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 5, *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 155 et 156, par. 132.

de ces deux éléments, qui a fait l'objet de débats durant la soixante-sixième session de la Commission et a également suscité des discussions au sein de la Sixième Commission, avait déjà été soulignée dans le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale, où il était expressément énoncé ce qui suit :

145. [...] 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 la puissance publique. Que l'acte concret réalisé par le représentant bénéficie ou non de ladite immunité dépendra de la [question de] savoir [si] l'acte en question peut être qualifié d'«acte accompli à titre officiel» et [si] son auteur l'a accompli alors qu'il était représentant de l'État³⁴.

24. Le lien entre la notion de «représentant de l'État» et celle d'«acte accompli à titre officiel» a suscité un débat intéressant au sein de la Commission lors de sa soixante-sixième session. À cette occasion, quelques membres de la Commission ont fait valoir que la définition de «représentant» proposée au projet d'article 2 e, en particulier au sous-alinéa ii), contenait en elle-même tant l'élément subjectif que l'élément matériel de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*. Si cette critique semblait à la Rapporteuse spéciale pouvoir être écartée par les explications énoncées dans les paragraphes du troisième rapport reproduits ci-dessus, la Commission a néanmoins préféré éviter tout risque de confusion entre les notions de «représentant» et d'«acte» en retenant une nouvelle formulation du projet d'article 2 e qui supprime toute référence aux «actes» et la remplace par les mentions de «représentation de l'État» et d'«exercice de fonctions étatiques», expressions neutres qui définissent le lien entre l'État et le représentant sans toutefois préjuger de la nature des actes susceptibles d'être couverts par l'immunité³⁵. En tout état de cause, comme expressément indiqué dans le troisième rapport, la délimitation desdits actes avait été réservée à une étude ultérieure³⁶. C'est à cette analyse que procède le présent rapport.

25. Définir la notion et les caractéristiques de l'«acte accompli à titre officiel» revêt une importance notable pour le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État pris au sens large. Toutefois, ce travail de définition n'a réellement d'incidence que

pour l'immunité *ratione materiae*. En effet, dans le cas de l'immunité *ratione personae*, les actes accomplis par les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères sont tous couverts par l'immunité, qu'ils soient accomplis à titre privé ou à titre officiel. Par conséquent, la notion d'«acte accompli à titre officiel» se transforme en un élément caractéristique et indispensable de l'immunité *ratione materiae*. C'est la raison pour laquelle son analyse revêt une importance déterminante pour le sujet.

26. À partir de ces prémisses, les questions suivantes seront analysées : l'opposition entre les expressions «acte accompli à titre officiel» et «acte accompli à titre privé» ; les critères d'identification de l'«acte accompli à titre officiel» ; la relation entre l'«acte accompli à titre officiel», la responsabilité et l'immunité. Cette analyse a pour objet de dégager les caractéristiques de l'«acte accompli à titre officiel» devant servir de base à la proposition d'une définition.

2. OPPOSITION ENTRE «ACTE ACCOMPLI À TITRE OFFICIEL» ET «ACTE ACCOMPLI À TITRE PRIVÉ»

27. Lors de sa soixante-cinquième session, à l'occasion de l'approbation provisoire du paragraphe 2 du projet d'article 4, la Commission a décidé d'employer l'expression «acte accompli à titre officiel» par opposition à «acte accompli à titre privé» par un chef d'État, un chef de gouvernement ou un ministre des affaires étrangères³⁷, suivant en cela l'usage adopté par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*³⁸. Par la suite, la Commission a continué d'utiliser l'expression «acte accompli à titre officiel» pour désigner les actes couverts en principe par l'immunité *ratione materiae*. C'est également la terminologie qui sera retenue dans le présent rapport.

28. L'analyse de la pratique et de la doctrine fait toutefois ressortir la diversité des termes employés pour désigner les actes accomplis par un représentant et auxquels peut s'attacher l'immunité *ratione materiae*. Ainsi, par exemple, on peut citer les expressions suivantes : «acte officiel», «acte accompli en qualité de représentant de l'État», «acte accompli au nom de l'État», «acte de fonction», «acte de gouvernement» et même «acte d'État». Ces expressions sont souvent utilisées de façon interchangeable et pourraient donc être considérées comme synonymes, même s'il faut préciser que toutes ne s'emploient pas toujours dans le même sens. Néanmoins, il n'y a pas lieu ici d'analyser en profondeur les expressions susmentionnées dans la mesure où une telle analyse ne présenterait qu'un intérêt très limité pour le sujet qui nous occupe. Au surplus, l'expression «acte accompli à titre officiel» semble être la plus répandue, en particulier dans la doctrine.

29. Cela étant, il importe de préciser que, dans certains contextes, l'emploi de l'un des termes susmentionnés doit être apprécié avec le plus grand soin dans la mesure

³⁴ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 87. Voir également *ibid.*, p. 91, par. 12 et 13.

³⁵ Voir les paragraphes 9 à 11 du commentaire relatif au projet d'article 2 e, *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 154.

³⁶ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 115, par. 152.

³⁷ Voir le commentaire relatif au projet d'article 4, en particulier les paragraphes 3 et 4, *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 52.

³⁸ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3.

où ceux-ci peuvent renvoyer à un phénomène distinct de celui qui nous intéresse ici. C'est notamment le cas de l'expression «acte de gouvernement» qui est utilisée dans certains pays de *common law*, en particulier aux États-Unis d'Amérique et au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, dans le contexte de la théorie dite de l'«acte de gouvernement» (*act-of-state doctrine*). Comme il est souvent indiqué dans la doctrine, cette institution procédurale, qui n'est pas reconnue par les autres traditions juridiques, ne coïncide pas pleinement avec l'institution de l'immunité de juridiction et ne trouve pas son fondement dans le droit international coutumier. Néanmoins, elle produit parfois un effet pratique semblable à celui de l'immunité de juridiction, ce qui explique qu'elle ait donné lieu à une certaine confusion entre les deux institutions³⁹.

30. Il convient ensuite de noter que la distinction entre «acte accompli à titre officiel» et «acte accompli à titre privé» ne coïncide ni ne se confond avec la distinction entre acte *jure imperii* et acte *jure gestionis*, caractéristique de l'immunité de l'État. Au contraire, l'«acte accompli à titre officiel» peut déborder les limites de l'acte *jure imperii*, cette expression pouvant être utilisée pour désigner certains actes *jure gestionis* accomplis par un représentant de l'État dans l'accomplissement de son mandat et dans l'exercice de fonctions étatiques.

31. Il faut souligner enfin que la distinction entre «acte accompli à titre officiel» et «acte accompli à titre privé» est également sans rapport avec la distinction entre acte licite et acte illicite. Au contraire, quand nous parlons des deux grandes catégories d'acte dans le contexte de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, les deux sont présumés – par définition – pénalement illicites, faute de quoi ils ne donneraient pas lieu à l'exercice de la juridiction pénale de l'État auquel l'immunité est opposée.

32. En tout état de cause, il convient d'attirer l'attention sur le fait que l'emploi de l'expression «acte accompli à titre officiel» prend son sens par opposition à l'expression «acte accompli à titre privé». Au-delà de cette définition négative ou exclusive, l'expression «acte accompli à titre officiel» présente toutefois des contours très flous. Le droit international contemporain n'offre aucune définition desdits actes et les droits nationaux sont sans pertinence aux fins du présent sujet dans la mesure où la notion en question peut varier sensiblement des uns aux autres. Par ailleurs, dans un projet d'articles dont l'objet est de définir le régime juridique international applicable à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, la législation nationale ne peut être retenue comme critère déterminant pour définir la portée et la signification de l'expression «acte accompli à titre officiel», celle-ci devant rester un simple instrument interprétatif de nature complémentaire.

33. En résumé, bien que l'opposition entre «acte accompli à titre officiel» et «acte accompli à titre privé» soit très utile pour savoir, en termes abstraits, quand tel ou tel acte est couvert ou non par l'immunité *ratione materiae*, l'usage alternatif des deux termes ne permet pas de

déterminer la portée et le contenu de l'élément matériel de cette catégorie d'immunité. Pour ce faire, il est nécessaire par conséquent d'aborder la question des critères d'identification de cette catégorie d'actes.

3. CRITÈRES D'IDENTIFICATION DE L'«ACTE ACCOMPLI À TITRE OFFICIEL»

34. Des considérations qui précèdent, la nécessité de définir les critères d'identification de l'«acte accompli à titre officiel» ressort avec évidence. Pour y parvenir, il importe de procéder à une analyse de la pratique, comme il a été fait dans le troisième rapport pour la notion de «représentant de l'État»⁴⁰, suivant la même structure que celle adoptée à cette occasion. Ainsi, la jurisprudence (internationale et nationale), la pratique conventionnelle et les travaux antérieurs de la Commission intéressant le sujet seront analysés successivement.

a) *Jurisprudence internationale*

35. La Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ont été appelés dans leurs décisions à faire référence, sous une dénomination ou une autre, aux «actes accomplis à titre officiel» dans le cadre de l'institution de l'immunité.

36. S'agissant tout d'abord de la Cour internationale de Justice, il convient de rappeler que la question de l'immunité des représentants de l'État a été évoquée dans les affaires relatives au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁴¹ et à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*⁴², qui mettent en cause divers actes accomplis par des hauts responsables de l'État sur la nature desquels la Cour s'est prononcée. On doit également citer l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante)]*⁴³, qui, même si elle touche exclusivement à l'immunité de l'État, prend également en considération la notion d'acte accompli à titre officiel. Enfin, les faits à l'origine de l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*⁴⁴ renvoyaient également à des actes présumés accomplis à titre officiel, même s'il est vrai que la Cour n'a pas eu à se prononcer sur ce point.

37. La première affaire a pour origine la commission par le Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo, Abdoulaye Yerodia Ndombasi, d'une série d'actes constitutifs, d'une part, d'infractions graves aux Conventions de Genève et aux Protocoles additionnels s'y rapportant et, d'autre part, de crimes contre l'humanité. Dans l'arrêt rendu en cette affaire, la Cour a admis l'immunité de juridiction pénale du Ministre des affaires

³⁹ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 93 et suiv., par. 29 à 110.

⁴⁰ Voir *supra* la note 38.

⁴¹ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177.

⁴² *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante)]*, arrêt, C.I.J. Recueil, p. 99.

⁴³ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422.

³⁹ Fox et Webb, *The Law of State Immunity*, p. 53 à 72; Carnerero Castilla, *La Inmunidad de Jurisdicción Penal de los Jefes de Estado Extranjeros*, p. 36 à 44.

étrangères aux motifs que « les immunités reconnues [...] 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 représente⁴⁵ ». Ces fonctions sont analysées en détail par la Cour et énumérées en ces termes :

[...] assure la direction de l'action diplomatique de son gouvernement et le représente généralement dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales. Les ambassadeurs et autres agents diplomatiques sont appelés à exercer leurs fonctions sous son autorité. Ses actes sont susceptibles de lier l'État qu'il représente, et un ministre des affaires étrangères est considéré, au titre des fonctions qui sont les siennes, comme doté des pleins pouvoirs pour agir au nom de l'État (voir par exemple l'alinéa a du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités). [...] c'est généralement lui qui décide des pouvoirs à conférer aux agents diplomatiques et qui contresigne leurs lettres de créance. Enfin, c'est auprès du ministère des affaires étrangères que les chargés d'affaires sont accrédités⁴⁶.

38. Comme on peut le constater, il s'agit d'activités qui correspondent à la catégorie de l'exercice de prérogatives propres à la puissance publique au plus haut niveau et qui, dès lors, constituent des exemples à prendre en compte pour définir les critères d'identification de l'acte accompli à titre officiel. Cependant, il convient de rappeler que les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, dans leur opinion individuelle commune, ont mis en doute que « les crimes internationaux graves [puissent] être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un État seul (par opposition à un individu) peut exercer ». Avant d'ajouter qu'il existe une « prise de conscience accrue du fait que les mobiles liés à l'État ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'État »⁴⁷.

39. La deuxième affaire portée devant la Cour internationale de Justice a son origine dans plusieurs procédures pénales engagées en France à la suite de la mort dans des circonstances troubles de Bernard Borrel, juge de nationalité française détaché auprès du Ministre djiboutien de la justice. Dans le cadre desdites procédures ont été ouvertes plusieurs enquêtes qui, selon le témoignage de deux fonctionnaires de Djibouti, ont révélé des indices de la participation d'Ismaël Omar Guelleh, qui était Président de la République de Djibouti à l'époque et qui a été appelé en cette qualité à témoigner dans l'affaire. Deux autres hauts fonctionnaires de Djibouti, Djama Souleiman Ali (Procureur de la République) et Hassan Said Khaireh (Chef de la sécurité nationale) ont été entendus en qualité de témoins assistés, et les tribunaux français ont décerné des mandats d'arrêt européens à l'encontre des deux hommes qui ont finalement été poursuivis et condamnés pour délit de subornation de témoins. Ce sont ces deux dernières affaires qui revêtent un grand intérêt pour le présent rapport. Bien que la Cour ne se soit pas prononcée sur la question de savoir si les deux hauts fonctionnaires bénéficiaient de l'immunité *ratione materiae*, elle a, en examinant cette possibilité, formulé plusieurs énonciations utiles pour circonscrire la notion d'« acte accompli à

titre officiel ». Elle a notamment mentionné expressément la condition selon laquelle, pour répondre à cette définition, les actes imputés devaient « [être] effectivement des actes accomplis dans le cadre [des] fonctions [desdits fonctionnaires] en tant qu'organes de l'État⁴⁸ ». Par ailleurs, la Cour s'est référée implicitement à l'attribution de l'acte à l'État comme condition pour définir cette éventuelle immunité, en affirmant que Djibouti n'avait jamais déclaré à la France que « les actes dénoncés [...] étaient des actes de l'État djiboutien, et [...] 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'exécution⁴⁹ ».

40. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, les faits de la cause étaient constitutifs d'assassinats, de privation de liberté et de privation du statut de prisonnier de guerre commis par les forces armées et autres organes du Reich allemand pendant la Seconde Guerre mondiale, en Italie et en Grèce, sur des ressortissants de ces deux pays. Appelée à se prononcer non sur l'immunité des fonctionnaires allemands mais sur celle de l'État allemand, la Cour se réfère néanmoins dans son arrêt auxdits faits pour conclure que ceux-ci doivent être considérés nécessairement comme des actes *jure imperii*, qui supposent l'exercice de la souveraineté et, partant, doivent être couverts par l'immunité de juridiction de l'État⁵⁰. Ce faisant, elle se livre à une analyse de la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* qui, sans être pertinente pour le présent sujet, contient néanmoins des arguments qui permettent de dégager des éléments caractéristiques des actes accomplis à titre officiel. Ainsi,

[...] la Cour considère que les expressions « *jure imperii* » et « *jure gestionis* » n'impliquent en rien que les actes visés soient licites, mais indiquent seulement s'ils doivent être appréciés au regard du droit régissant l'exercice du pouvoir souverain (*jus imperii*) ou du droit régissant les activités non souveraines de l'État, en particulier celles d'ordre privé et commercial (*jus gestionis*)⁵¹.

41. La qualification des actes susmentionnés comme « actes souverains » a également été maintenue par le juge Koroma⁵² et par le juge ad hoc Gaja⁵³. À l'inverse, le juge Cançado Trindade a estimé dans son opinion dissidente que la souveraineté ne pouvait être invoquée à l'égard de comportements constitutifs de crimes internationaux et

⁴⁸ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (voir *supra* la note 42), p. 243, par. 191.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 244, par. 196.

⁵⁰ *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 43), p. 125, par. 60 et 61.

⁵¹ *Ibid.*, par. 60.

⁵² *Ibid.*, opinion individuelle de M. le juge Koroma, p. 157 et 158, par. 4 : « le déploiement des forces armées d'une nation aux fins de la conduite d'un conflit armé [est] par essence un acte souverain ».

⁵³ *Ibid.*, opinion dissidente de M. le juge ad hoc Gaja, p. 313, par. 5. Le juge Gaja considère que, pour pouvoir être considérée comme acte *jure imperii*, l'activité doit « rel[ever] de l'exercice, par cet État, d'un pouvoir souverain ». Il convient de noter également que le juge ad hoc Gaja introduit une nuance intéressante en citant un commentaire qui affirme que, lorsqu'il s'agit de dommages corporels ou assimilés causés intentionnellement, la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* perd toute pertinence (*ibid.*), avant de conclure que, « quand bien même l'immunité s'appliquerait en règle générale aux réclamations portant sur des dommages causés par des activités militaires menées sur le territoire de l'État du for, elle ne s'étendrait pas à celles qui ont trait à des massacres de civils ou à des actes de torture commis sur ce même territoire » (*ibid.*, p. 319, par. 10).

⁴⁵ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir *supra* la note 38), p. 20 et 21, par. 51, et p. 21, par. 53.

⁴⁶ *Ibid.*, par. 53.

⁴⁷ *Ibid.*, opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, p. 88, par. 85.

affirmé que « [l]es crimes internationaux ne sont pas des actes d'État, pas plus qu'ils ne sont des "actes privés"; un crime est un crime, quel que soit son auteur⁵⁴ ».

42. Enfin, l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* a pour origine des actes d'extermination, de torture, de persécution et de disparition forcée qui auraient été commis par Hissène Habré durant son mandat de Président du Tchad. Cependant, la Cour s'est bornée à retenir les moyens soulevés par les parties au cours des procédures internes instruites en Belgique et au Sénégal sans se prononcer sur la nature de ces actes ni sur la possibilité qu'ils soient couverts par l'immunité⁵⁵.

43. S'agissant de la contribution de la Cour européenne des droits de l'homme au thème en question dans le présent rapport, il convient de relever tout d'abord que, dans ses arrêts, la Cour ne renvoie généralement pas à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État mais à l'immunité de juridiction civile de l'État⁵⁶, et se prononce dans toutes les affaires sur la compatibilité de cette dernière immunité avec le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme). Néanmoins, la Cour ayant été appelée à s'intéresser à des actes accomplis par des représentants de l'État, ses arrêts peuvent être utiles pour dégager les critères caractéristiques des « actes accomplis à titre officiel ».

44. L'affaire *McElhinney c. Irlande* a son origine dans un incident au cours duquel un ressortissant irlandais, après avoir franchi un point de contrôle à la frontière entre l'Irlande du Nord et la République d'Irlande, a été poursuivi en territoire irlandais par un soldat britannique qui lui aurait infligé des voies de fait, aurait porté atteinte à son intégrité physique et aurait manqué à ses devoirs de soldat britannique. En marge des autres arguments intéressants soulevés dans ledit arrêt sur la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère, il convient de souligner à ce stade que, selon la Cour, « les actes d'un soldat sur le territoire d'un État étranger » ont une relation étroite avec « la sphère centrale de souveraineté des États » et « peuvent, par nature, soulever des questions sensibles touchant aux relations diplomatiques entre États et à la sécurité nationale ». En conséquence, la Cour a qualifié les actes litigieux d'actes *jure imperii*, qui sont des actes de l'État et bénéficient de l'immunité⁵⁷.

⁵⁴ Ibid., opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, p. 245, par. 181. Voir, en général, *ibid.*, p. 244 et suiv., par. 178 et suiv.

⁵⁵ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 44), p. 432 et 433, par. 20 et 22.

⁵⁶ La Cour européenne des droits de l'homme s'est référée explicitement à la distinction entre procédures civiles et pénales dans l'arrêt rendu en l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, par. 34, 61 et 66, CEDH 2001-XI. Toutefois, cette distinction a été rejetée par les juges qui n'ont pas souscrit à la majorité de la Cour (voir l'opinion dissidente commune aux juges Rozakis et Caflish, à laquelle les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajčić ont déclaré se rallier). Cette distinction a de nouveau été évoquée par la Cour dans l'arrêt rendu en l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, par. 207, CEDH 2014. Cette distinction a également été critiquée par la juge Kalaydjieva dans son opinion dissidente. Cependant, le Gouvernement du Royaume-Uni a accepté cette distinction (voir paragraphe 179 de l'arrêt).

⁵⁷ Voir affaire *McElhinney c. Irlande* [GC], n° 31253/96, par. 38, CEDH 2001-XI (extraits), ainsi que le résumé de l'arrêt, p. 59.

45. Dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, le requérant se plaignait d'avoir été torturé et retenu par le cheik Jaber Al-Sabah Al-Saoud Al-Sabah et deux autres personnes dans un centre de détention de la sécurité koweïtienne et dans le palais du frère de l'Émir du Koweït, des véhicules officiels ayant été utilisés lors des déplacements. Si elle ne s'est pas prononcée sur l'éventuelle immunité des auteurs des tortures dans la mesure où les tribunaux britanniques ont poursuivi les trois personnes en question, rendant un jugement par défaut contre le cheik et autorisant le plaignant à agir contre les deux autres individus⁵⁸, la Cour a été néanmoins amenée à apprécier implicitement la nature des actes en question. Elle a ainsi conclu que les faits étaient constitutifs d'actes de torture interdits par une norme de *jus cogens*⁵⁹, tout en affirmant cependant qu'il n'était pas possible de trouver dans le droit international alors applicable une exception qui prive l'État du bénéfice de l'immunité de juridiction civile à l'égard desdits actes⁶⁰. S'il est vrai que la Cour ne qualifie pas expressément les actes de torture comme des actes de l'État ou comme des actes accomplis à titre officiel, il reste que l'argumentation citée équivaut à reconnaître la torture comme un acte imputable à l'État pouvant par conséquent être considéré à première vue comme un acte accompli à titre officiel par ses auteurs.

46. Dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, la Cour avait à se prononcer sur une question d'immunité en lien avec des actes de torture commis par des représentants de l'Arabie saoudite contre les requérants pendant leur détention dans ce pays⁶¹. Comme il a été indiqué dans le troisième rapport, l'arrêt rendu dans cette affaire s'avère très intéressant à plusieurs points de vue et devra faire l'objet d'une analyse continue au cours des travaux de la Commission⁶². S'agissant de la notion d'« acte accompli à titre officiel », il convient de relever les énonciations suivantes de la Cour : « l'immunité de l'État offre en principe aux employés ou agents d'un État étranger, à raison des actes accomplis pour le compte de celui-ci, une protection⁶³ ». Et plus loin : « 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 officielles⁶⁴ ». Par ailleurs, la Cour invoque la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pour affirmer que

[l]a Convention contre la torture vise les actes de torture infligés « par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ». Cette définition appuie la thèse voulant que de tels actes puissent être perpétrés « à titre officiel », pour les besoins de l'immunité de l'État⁶⁵.

⁵⁸ Voir *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (note 56 *supra*), par. 14 et 15.

⁵⁹ Ibid., par. 58 et 61.

⁶⁰ Ibid., par. 66.

⁶¹ *Jones et autres c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 56). Il convient de préciser que cette affaire a pour particularité que les faits de la cause ne renvoient pas à l'origine à l'immunité de l'État mais à l'immunité de juridiction des représentants de l'Arabie saoudite individuellement poursuivis. Il faut ajouter que les tribunaux britanniques ont été le théâtre d'un long processus au cours duquel les positions sur la question de l'immunité de juridiction civile des agents mis en cause pour avoir commis des actes de torture ont fait l'objet de recours et de revirements successifs sur le fond.

⁶² *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, par. 45 et suiv.

⁶³ *Jones et autres c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 56), par. 204.

⁶⁴ Ibid., par. 205.

⁶⁵ Ibid., par. 206.

En conséquence, nous nous trouverions face à des actes qui, du moins à première vue, peuvent être qualifiés d'actes accomplis à titre officiel.

47. Dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il est utile pour finir de mentionner un récent arrêt qui, même s'il se situe sur le plan des immunités régies par le droit interne, contient des éléments pouvant présenter un intérêt pour définir les éléments caractéristiques de l'acte accompli à titre officiel. Il s'agit de l'arrêt rendu dans l'affaire *Urechean et Pavlicenco c. République de Moldova*⁶⁶, qui porte sur des déclarations publiques faites en 2004 et 2007 dans lesquelles le Président de la République de Moldova accusait les requérants respectivement d'avoir mis en place un réseau de corruption de type mafieux et d'avoir appartenu au Comité pour la sécurité de l'État (KGB). Après avoir engagé une action en diffamation à son encontre, les requérants ont été déboutés par les tribunaux moldaves au motif que les déclarations en cause avaient été faites par le Président dans l'exercice de ses fonctions officielles et étaient par conséquent couvertes par l'immunité. Les requérants avaient fait valoir que les déclarations diffamatoires du Président n'avaient pas été faites dans l'exercice de ses fonctions mais en marge de ces dernières en sa qualité de chef politique. Si la Cour a estimé que les déclarations d'un chef d'État pouvaient dans l'abstrait être couvertes par l'immunité et n'a pas précisé si les déclarations en question constituaient des actes officiels ou des actes privés en l'espèce, elle a néanmoins attiré l'attention sur la nécessité pour les tribunaux nationaux d'apprécier si les déclarations appartiennent à l'une ou l'autre catégorie, compte tenu en particulier du fait que l'immunité conférée au Président de la République de Moldova à raison des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles est perpétuelle et survit à la cessation de ces dernières. De ce point de vue, la Cour ouvre un important débat sur la nécessité de déterminer si tel ou tel acte est officiel ou privé, y compris lorsque l'acte semble *ab initio* présenter clairement un caractère officiel. Un tel débat doit également avoir lieu dans le contexte du présent rapport.

48. En conclusion de cette partie, il convient de mentionner l'arrêt rendu le 29 octobre 1997 par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, lequel est souvent cité dans le cadre de l'immunité *ratione materiae*⁶⁷. Cet arrêt a pour origine un appel dirigé par la Croatie contre la décision du 18 juillet 1997 par laquelle la Chambre de première instance II a ordonné à un fonctionnaire croate de comparaître devant le Tribunal et d'y produire des documents officiels. La Chambre d'appel a conclu que le fonctionnaire cité à comparaître avait agi dans l'exercice de fonctions officielles de l'État, que ses actes étaient directement imputables non pas à sa personne mais à l'État (actes accomplis à titre officiel)⁶⁸ et qu'ils ne relevaient dès lors pas de la catégorie des

actes accomplis par des « personnes agissant à titre privé » (actes accomplis à titre privé)⁶⁹.

b) *Jurisprudence interne*

49. La jurisprudence interne revêt une importance particulière pour ce qui est de définir la notion d'« acte accompli à titre officiel » car ce sont les juridictions internes qui sont amenées à se prononcer sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère et donc à décider quels actes peuvent bénéficier de l'immunité *ratione materiae*. Cette jurisprudence sera analysée dans les pages qui suivent selon la même méthode que celle utilisée dans le troisième rapport, en examinant les décisions rendues aussi bien dans des procédures pénales que dans des procédures civiles et contenant des éléments pertinents pour déterminer les caractéristiques de l'« acte accompli à titre officiel ». Cette analyse vise, d'une part, à déterminer quels comportements ont, dans la pratique, fait l'objet de demandes d'immunité et peuvent donc être considérés *prima facie* comme « actes accomplis à titre officiel » et, d'autre part, à relever dans ces comportements les éléments communs pouvant être considérés comme des critères définissant cette catégorie d'actes.

50. En ce qui concerne les procédures pénales, on signalera d'abord le peu d'infractions à propos desquelles l'immunité a été invoquée. Ces infractions consistent dans bien des cas en des crimes de droit international tels que torture, massacres, génocide, exécutions extrajudiciaires, disparitions forcées, grossesse forcée, déportation, privation du statut de prisonnier de guerre, esclavage et travaux forcés, ainsi qu'actes de terrorisme⁷⁰. Elles sont parfois mention-

⁶⁹ Ibid., par. 49.

⁷⁰ Pays-Bas, *In re Rauter*, Cour de cassation spéciale, arrêt du 12 janvier 1949, ILR, vol. 16, p. 526, à la page 553 (crimes commis par les forces d'occupation allemandes au Danemark); Israël, *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Cour de district de Jérusalem, affaire 40/61, jugement du 12 décembre 1961, et Cour suprême, arrêt du 29 mai 1962, ILR, vol. 36, p. 18 et 277 (crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale, notamment crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide); Italie, *Yasser Arafat (Carnevale re. Valente – Imp. Arafat e Salah)*, Cour de cassation, arrêt du 28 juin 1985, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69 (1986) [vente d'armes et collaboration avec les Brigades rouges en relation avec des actes de terrorisme]; Nouvelle-Zélande, *R. v. Mafart and Prieur* (affaire du *Rainbow Warrior*), Haute Cour d'Auckland, 22 novembre 1985, ILR, vol. 74, p. 241 (attentat à l'explosif commis par des membres des forces armées et des services de sécurité français contre le *Rainbow Warrior*, ayant causé la perte du navire et la mort de plusieurs personnes, et qualifié d'acte terroriste); Allemagne, *Ancien ambassadeur de Syrie en République fédérale d'Allemagne*, Cour suprême fédérale d'Allemagne, Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne, arrêt du 10 juin 1997, ILR, vol. 115, p. 595 (poursuites contre un ancien ambassadeur présumé avoir stocké dans les locaux diplomatiques des armes utilisées ultérieurement pour commettre des actes terroristes); Pays-Bas, *Bouterse*, R 97/163/12 Sv et R/97/176/12 Sv, cour d'appel d'Amsterdam, 20 novembre 2000, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), p. 682 (torture, crimes contre l'humanité); France, *Khadafi*, cour d'appel de Paris, arrêt du 20 octobre 2000, RGDIP, vol. 105 (2001), p. 475, et Cour de cassation, arrêt n° 1414 du 13 mars 2001, *ibid.*, p. 474 (ordre de faire exploser un avion, ayant causé la mort de 170 personnes, considéré comme un acte de terrorisme); Sénégal, *Ministère public c. Hissène Habré*, cour d'appel de Dakar, chambre d'accusation, arrêt n° 135 du 4 juillet 2000, et *Souleymane Guengueng et al. c. Hissène Habré*, Cour de cassation, première chambre statuant en matière pénale, arrêt n° 14 du 20 mars 2001, ILR, vol. 125, p. 571 et 577 (actes de torture et crimes contre l'humanité); Belgique, *Sharon et Yaron*, cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 26 juin 2002, ILR, vol. 127, p. 110 (crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide); Suisse, *A. c. Ministère public de la Confédération* (affaire *Nezzar*), Tribunal pénal fédéral, n° BB.2011.140, arrêt du 25 juillet 2012 (torture et autres crimes contre l'humanité).

⁶⁶ *Urechean et Pavlicenco c. République de Moldova*, nos 27756/05 et 41219/07, 2 décembre 2014.

⁶⁷ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-AR108, Chambre d'appel, arrêt du 29 octobre 1997 relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, *Recueils judiciaires 1997*, vol. 1, p. 1099 et suiv.; voir sur le site www.icty.org.

⁶⁸ Ibid., par. 38.

nées *eo nomine* ou, dans d'autres affaires, regroupées sous les appellations génériques de crimes contre l'humanité, crimes de guerre et violations graves et systématiques des droits de l'homme⁷¹. Les juridictions ont également été saisies d'autres actes commis par des membres de forces armées ou de services de sécurité mais que l'on ne saurait classer dans la catégorie susmentionnée, tels que mauvais traitements, sévices, détention illicite, enlèvement, entrave à l'administration de la justice et autres actes liés au maintien de l'ordre public et à l'application de la loi⁷². Enfin, l'immunité a également été invoquée en relation avec le détournement de fonds publics, le blanchiment d'argent et d'autres actes liés à la corruption et au trafic de stupéfiants⁷³. Pour ce qui est de la jurisprudence civile, il convient de noter que, dans la plupart des cas, l'immunité est invoquée à propos d'une demande d'indemnisation découlant de l'une des infractions susmentionnées⁷⁴, même si dans cer-

⁷¹ États-Unis d'Amérique, *In re Doe*, 860 *Federal Reporter* 2d 40 (deuxième circuit, 1988) [violation des droits de l'homme à l'encontre de membres du Falun Gong].

⁷² Allemagne, *Affaire du procès des gardes frontière*, 5 STR 370/92, Cour suprême fédérale, arrêt du 3 novembre 1992, ILR, vol. 100, p. 364 (décès d'un jeune Allemand touché par les tirs des gardes frontière de la République démocratique allemande alors qu'il tentait de traverser le «mur de Berlin»); Irlande, *Norbert Schmidt v. Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, Cour suprême, arrêt du 24 avril 1997, *Irish Reports*, 1997, p. 121 (irrégularité dans la détention du requérant par des fonctionnaires de l'État); Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, [2011] EWHC 2029 (Admin.), Haute Cour de justice, arrêt du 29 juillet 2011, *Queen's Bench Division* (chambre administrative) [enlèvement et détention illicite].

⁷³ États-Unis, *United States of America v. Noriega*, cour d'appel du onzième circuit, arrêt du 7 juillet 1997 (trafic international de drogues vers les États-Unis alors que Noriega était commandant des forces armées du Panama); France, cour d'appel de Paris, arrêts des 13 juin 2013 et 16 avril 2015.

⁷⁴ États-Unis, *Republic of the Philippines v. Marcos and others*, cour d'appel du deuxième circuit, arrêt du 26 novembre 1986, 806 *Federal Reporter* 2d 344 (abus de pouvoir avec détournement d'importantes sommes appartenant à l'État et au peuple philippins); États-Unis, *Saltany v. Reagan and others*, tribunal du district de Columbia, jugement du 23 décembre 1988, 702 *Federal Supp.* 319 (bombardement d'objectifs en Libye par la force aérienne des États-Unis, ayant causé des morts, dommages personnels et dommages aux biens; les autorités britanniques avaient autorisé l'utilisation de bases se trouvant sur leur territoire aux fins de ce bombardement, ce qui a également donné lieu à des procédures); États-Unis, *Herbage v. Meese*, tribunal de district de Columbia, jugement du 20 septembre 1990, 747 *Federal Supp.* 60 (DDD 1990), ILR, vol. 98, p. 101 (extradition aux États-Unis d'un citoyen britannique, au cours de laquelle, selon le requérant, des actes illicites ont été commis par les agents de l'État); États-Unis, *Hilao et al. v. Marcos*, cour d'appel du neuvième circuit, arrêt du 16 juin 1994, 25 *Federal Reporter* 3d 1467 (torture, exécutions sommaires et disparitions aux mains d'agents du renseignement en application de la loi martiale décrétée en 1971 par le Président Marcos); États-Unis, *Lafontant v. Aristide*, tribunal du district est de New York, arrêt du 27 janvier 1994, 844 *Federal Supp.* 128 (accusation d'exécution extrajudiciaire d'un national haïtien par des agents de sécurité agissant sous les ordres du Président Aristide); Irlande, *Mc Elhinney v. Williams*, Cour suprême, 15 décembre 1995, ILR, vol. 104, p. 691 (persécution, détention et maltraitance, par un soldat britannique, d'un citoyen irlandais passant la frontière entre l'Irlande du Nord et la République d'Irlande); États-Unis, *Kadic v. Karadžić*, cour d'appel du deuxième circuit, arrêt du 13 octobre 1995, 70 *Federal Reporter* 3d 232 (enlèvement, prostitution forcée, grossesses forcées, tortures et exécutions sommaires durant la guerre civile en Bosnie, dans le cadre d'une campagne de génocide et de violations systématiques des droits de l'homme); Grèce, *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, tribunal de première instance de Leivadia, décision du 30 octobre 1997 (crimes commis par les forces d'occupation allemandes contre des civils et leurs biens dans le village de Distomo, à Voiotia, durant la Seconde Guerre mondiale); Canada, *Jaffe v. Miller and others*, cour d'appel de l'Ontario, arrêt du 17 juin 1993, 95 ILR 446 (enlèvement au Canada et transfèrement en

tains cas la demande d'immunité devant la juridiction civile s'étend également à d'autres faits sans caractère pénal, tels que le non-paiement de dettes, le non-respect d'obligations personnelles ou des blessures résultant d'accidents⁷⁵. Dans tous les cas, la question de l'immunité est liée à la qualité – réelle ou prétendue – de représentant de l'État de la personne poursuivie ou du défendeur⁷⁶.

51. La réponse des juridictions internes à la question de l'immunité varie et les décisions judiciaires examinées ne permettent pas de dégager une constante. Au contraire, elles se fondent sur des techniques juridiques et des raisonnements distincts, les juridictions tenant compte du statut de représentant de l'État, de la nature des actes à propos desquels l'immunité est demandée et, dans certains cas, de la position des instances gouvernementales de l'État du for ou de l'État de l'intéressé.

52. Dans la majorité des cas où les juridictions internes ont conclu à l'immunité *ratione materiae*, la décision se fondait sur la qualité du représentant et sur l'attribution de son acte à l'État. À cet égard, il est utile de reproduire ici ce que la Rapporteuse spéciale a dit dans son troisième rapport⁷⁷:

Floride par des fonctionnaires de cet État, la demande d'extradition ayant échoué); États-Unis, *A, B, C, D, E, F v. Jiang Zemin*, tribunal de district, district nord de l'Illinois, décision du 21 octobre 2002 (torture, génocide et atteintes au droit à la vie, à la liberté, à la sécurité des personnes et à la liberté d'opinion, de conscience et de religion, contre des adeptes du Falun Gong; les juridictions américaines ne se sont pas prononcées: elles ont accepté l'immunité suggérée par le Département d'État); Italie, *Ferrini c. Allemagne*, Cour de cassation, arrêt du 11 mars 2004, ILR, vol. 128, p. 658 (déportation en Allemagne d'un citoyen italien contraint aux travaux forcés et à qui a été refusé le statut de prisonnier de guerre); Canada, *Bouzari et al. v. Islamic Republic of Iran; Attorney-General of Canada et al., intervenors*, cour d'appel de l'Ontario, arrêt du 30 juin 2004, CanLII 871, 71 OR (3d) 675 (*Ontario Reports*, 3rd Series) [enlèvement, détention illicite, tortures et menace de mort]; États-Unis, *Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, cour d'appel des États-Unis du circuit du district de Columbia, arrêt du 15 février 2008, 515 *Federal Reporter* 3d 1279 (décès et blessures de personnes qui se trouvaient dans les locaux de l'Organisation des Nations Unies lors du bombardement de Cana, en 1996).

⁷⁵ France, *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, cour d'appel de Paris, arrêt du 3 juin 1872, *Recueil général des lois et des arrêts 1872*, II^e partie, p. 293 (non-paiement de bijoux acquis par la défenderesse); France, *Seyyid Ali Ben Hammoud, Prince Rashid c. Wiercinski*, tribunal civil de la Seine, décision du 25 juillet 1916, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 15, 1919, p. 505 (non-paiement de dettes envers un masseur); France, *Ex-Roi d'Égypte Farouk c. s.a.r.l. Christian Dior*, cour d'appel de Paris, arrêt du 11 avril 1957, *Journal du droit international* 84, n° 1 (1957), p. 716 à 718 (non-paiement de costumes achetés par le roi Farouk); France, *Ali Ali Reza c. consorts Grimpel*, cour d'appel de Paris, arrêt du 28 avril 1961, RGDIP, t. 33, n° 2 (1962), p. 418 (location d'un logement à titre personnel); États-Unis, *Chuidian v. Philippine National Bank and Another*, cour d'appel du neuvième circuit, arrêt du 29 août 1990, 912 *Federal Reporter* 2d 1095 (non-paiement d'une dette envers le requérant, dû à l'ordre donné par la Commission de la bonne gouvernance créée par le Gouvernement philippin à la fin du mandat du Président Marcos); États-Unis, *Jungquist v. Sheik Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, tribunal du district de Columbia, décision du 20 septembre 1996, 940 *Federal Supp.* 312 (1996) [lésions cérébrales permanentes subies par la fille des requérants lors d'une excursion privée où elle avait été invitée par le défendeur; non-paiement par celui-ci des frais médicaux qu'il s'était engagé à payer].

⁷⁶ Les diverses catégories de représentants de l'État attaqués devant des tribunaux étrangers au civil ou au pénal ont été examinées dans le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale, voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 94, par. 31 à 33.

⁷⁷ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 95, par. 34 et 35. Les notes du texte cité ont été conservées dans le présent rapport, bien que renumérotées et simplifiées.

34. [...] 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 »⁷⁸. 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 privés⁷⁹. 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 »⁸⁰. 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 »⁸¹. 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 »⁸².

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 »⁸³ et « en tant qu'agent ou instrument de l'État »⁸⁴. 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 »⁸⁵.

53. Dans certains cas, les juridictions internes ont fondé leur décision sur le fait que l'intéressé avait agi pour le compte de l'État mais y ont également adjoint une opinion sur la nature de l'acte, soulignant qu'il s'agissait

⁷⁸ Royaume-Uni, *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, Chambre des lords, arrêt du 14 juin 2006 (Jones n° 2) [2006] [Lord Bingham of Cornhill, par. 11 et 13].

⁷⁹ République fédérale d'Allemagne, *Affaire de l'Église de scientologie*, Cour suprême fédérale, arrêt du 26 septembre 1978, ILR, vol. 65, p. 193.

⁸⁰ Irlande, *Norbert Schmidt v. the Home Secretary of the Government of the United Kingdom* (voir *supra* la note 72).

⁸¹ 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.

⁸² 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*, n° 1 (janvier 2010), affaire n° 9, p. 41.

⁸³ États-Unis, *Ra'Ed Mohamed Ibrahim Matar et al. v. Avraham Dichter*, tribunal de district des États-Unis, district sud de New York, arrêt du 2 mai 2007, 500 *Federal Supp.* 2d 284.

⁸⁴ États-Unis, *Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya'alon* (voir *supra* la note 74).

⁸⁵ 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 *New York Miscellaneous Reports* 2d 787; *Chuidian v. Philippine National Bank and Another*, cour d'appel du neuvième circuit, arrêt du 29 août 1990 (voir *supra* la note 75); *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 *Federal Reporter* 3d 1467; *Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabet 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 *Federal Supp.* 162; et *Bawol Cabiri v. Baffour Assasie-Gyimah*, tribunal de district des États-Unis, district sud de New York, arrêt du 18 avril 1996, 921 *Federal Supp.* 1189.

d'un acte relevant de l'exercice de la puissance publique ou d'un acte souverain accompli dans l'exercice de fonctions publiques⁸⁶. Dans une procédure menée aux États-Unis, le tribunal a conclu que les fonctionnaires civils et militaires qui avaient planifié ou exécuté un bombardement en Libye avaient agi dans l'exercice de leurs fonctions officielles et sous les ordres de leur commandant en chef (le Président Reagan) et jouissaient donc de l'immunité⁸⁷. Dans une autre affaire jugée en Suisse, le tribunal a conclu que l'immunité *ratione materiae* n'était reconnue que pour les « actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles »⁸⁸.

54. Dans un petit nombre de cas, les juridictions internes se sont prononcées sur le sens de l'expression « acte souverain de l'État », établissant même un lien avec la notion d'*acta jure imperii*. Ainsi, en Allemagne, la Cour suprême fédérale a conclu que « conformément au droit public allemand, l'exercice du pouvoir de police, qui relève sans conteste de l'activité souveraine de l'État et intrinsèquement de l'autorité de celui-ci, doit être considéré comme un *acta iure imperii* et ne peut donc être exclu de l'immunité »⁸⁹. En Allemagne également, la Cour constitutionnelle a considéré comme acte relevant de la « sphère de l'autorité de l'État » les transactions relatives aux relations extérieures et à l'autorité militaire, les actes du pouvoir législatif, l'exercice de la force publique et l'administration de la justice⁹⁰. De même, un tribunal des États-Unis a considéré comme « actes strictement politiques ou publics » les actes administratifs internes tels que l'expulsion d'étrangers, les actes législatifs tels que les nationalisations, les actes liés aux forces armées, les actes liés à l'activité diplomatique et les prêts publics⁹¹. Pour leur part, les juridictions

⁸⁶ Dans son arrêt du 20 octobre 2000 en l'affaire *Kadhafi* (voir *supra* la note 70), la cour d'appel de Paris, renvoyant aux « actes de la puissance publique ou de l'administration publique », a considéré que les faits en cause étaient des crimes internationaux et ne relevaient donc pas de la catégorie des « fonctions d'un chef d'État ». Elle a donc conclu que ces actes donnaient lieu à une exception à l'immunité. Ultérieurement, la Cour de cassation a, dans son arrêt du 13 mars 2001, accordé l'immunité, considérant que l'exception en question n'existait pas. Elle ne s'est cependant pas prononcée sur la qualification des actes réalisée préalablement par la cour d'appel. Les expressions « acte de la puissance publique » et « actes relevant de la souveraineté de l'État » sont également utilisées dans l'affaire relative au navire *Erika* et à la Malta Maritime Authority (sont donnés en exemple de l'exercice de la fonction publique l'attribution d'un pavillon à un navire, la délivrance et le maintien du permis de navigation – actes administratifs propres à la puissance publique – ainsi que l'obligation de superviser les navires battant pavillon national).

⁸⁷ États-Unis, *Saltany et al. v. Reagan et al.* (voir *supra* la note 74).

⁸⁸ Le Tribunal pénal fédéral suisse a utilisé l'expression « actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles » dans l'affaire *Nezzar* (voir *supra* la note 70).

⁸⁹ République fédérale d'Allemagne, *Affaire de l'Église de scientologie* (voir *supra* la note 79). En l'affaire *Propend Finance Ltd. v. Sing et al.* (Royaume-Uni, Angleterre, cour d'appel, 1997, ILR, vol. 111, p. 611), la cour d'appel du Royaume-Uni s'est prononcée de manière analogue, jugeant que l'exercice de la force publique était essentiellement une forme d'activité gouvernementale. Une juridiction américaine a également estimé que les actes de la police, même monstrueux, étaient des actes officiels : *Saudi Arabia v. Nelson*, Cour suprême des États-Unis, 23 mars 1993, ILR, vol. 100, p. 544.

⁹⁰ République fédérale d'Allemagne, *Empire d'Iran*, Cour constitutionnelle, 30 avril 1963, ILR, vol. 45, p. 57. Les actes d'un membre des forces armées ont également été qualifiés d'acte officiel dans l'affaire *Lozano c. Italie* [Italie, n° 31171/2008, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, vol. 1085 (IT 2008), arrêt du 24 juillet 2008].

⁹¹ États-Unis, *Victory v. Comisaria*, US 336 *Federal Reporter* 2d 354 (deuxième circuit, 1964); ILR, vol. 35, p. 110.

françaises ont considéré comme actes de souveraineté sans équivoque les actes liés à l'administration de la justice⁹² et certains actes administratifs liés au pavillon d'un navire⁹³. D'autres juridictions ont considéré comme relevant de l'exercice de la souveraineté les actes liés aux politiques de colonisation israéliennes dans les territoires occupés⁹⁴, l'expulsion d'étrangers⁹⁵, la confiscation de biens par les forces de police⁹⁶, l'établissement de rapports sur l'activité du personnel en service dans une base militaire à l'étranger⁹⁷ et même le recrutement de voyous pour effrayer les membres d'un groupe religieux⁹⁸.

55. *A contrario*, dans plusieurs affaires, les juridictions internes ont conclu que l'acte en question sortait du cadre des fonctions officielles ou des fonctions de l'État et ne pouvait donc bénéficier de l'immunité. Ils ont notamment conclu que l'assassinat d'un opposant politique ne constituait pas un acte officiel⁹⁹, pas plus que les actes liés au trafic de stupéfiants¹⁰⁰. De manière plus générale, un tribunal des États-Unis a estimé que « quand les pouvoirs des fonctionnaires sont limités par la loi, les actes qu'ils accomplissent en dehors de ces limites doivent être considérés comme des actes personnels et non des actes souverains. Le fonctionnaire ne s'acquitte pas de tâches pour lesquelles il a été habilité par le souverain ». Selon ce tribunal, « la loi sur l'immunité souveraine étrangère [*Foreign Sovereign Immunity Act*] n'"immunise" pas le comportement illicite des fonctionnaires du gouvernement » et, par conséquent, « un fonctionnaire agissant sous l'apparence de l'autorité (*under colour of authority*), mais non en vertu d'un mandat officiel, peut enfreindre le droit international et ne pas avoir droit à l'immunité en vertu de cette loi¹⁰¹ ». Un tribunal des États-Unis a été encore plus catégorique en jugeant que les actes *ultra*

vires ne pouvaient bénéficier de l'immunité souveraine parce que leurs auteurs avaient outrepassé leurs pouvoirs en portant atteinte aux droits de l'homme des requérants : si les fonctionnaires accomplissent des actes non couverts officiellement par l'État, c'est-à-dire s'il ne s'agit pas de « fonctionnaires agissant à titre officiel dans les limites de leurs pouvoirs », ils ne peuvent bénéficier de l'immunité¹⁰². Dans tous les cas, il convient d'établir une distinction entre ces actes *ultra vires* et les actes illicites, concernant lesquels plusieurs tribunaux ont jugé que l'illicéité n'annulait pas le bénéfice de l'immunité¹⁰³, même s'ils étaient contraires au droit international¹⁰⁴.

56. Cependant, il convient de souligner que les arguments mentionnés ci-dessus n'ont pas toujours été appliqués de manière uniforme pour la même catégorie d'infractions pénales. Au contraire, une même infraction a parfois donné lieu à une reconnaissance de l'immunité *ratione materiae* alors que, dans d'autres cas, les juges ont conclu qu'elle ne présentait pas les conditions nécessaires. Cette contradiction a même été constatée entre des décisions de juridictions d'un même État. Un exemple frappant de cette divergence dans la jurisprudence est la position des juridictions britanniques face à la torture. Ainsi, en l'affaire *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3) (Pinochet n° 3)*, la Chambre des lords a considéré que l'ex-Président du Chili ne pouvait bénéficier de l'immunité *ratione materiae*, estimant que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants imposait aux États parties l'obligation de poursuivre les auteurs d'actes de torture et que ceux-ci ne pouvaient donc bénéficier d'aucune forme d'immunité¹⁰⁵. On ne saurait dire, toutefois, que la Cour s'est prononcée définitivement sur le caractère de la torture comme « acte accompli à titre officiel » puisque, des sept lords chargés de cette affaire, seuls deux ont conclu qu'il ne s'agissait pas d'un acte officiel, les autres jugeant que les actes attribués au général Pinochet revêtaient un certain caractère officiel, quatre d'entre eux concluant cependant qu'ils constituaient des actes criminels¹⁰⁶. Cependant, en l'affaire *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, cette même

⁹² France: *M^{me} Lydienne X...*, affaire n° 12-81.676, Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 19 mars 2013, *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, n° 3 (mars 2013), p. 123 ; et *M. Michel X...*, affaire n° 13.80.158, Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 17 juin 2014, disponible sur www.legifrance.gouv.fr. Les tribunaux suisses ont conclu de même dans *A c. B* (Suisse, ATF 130 III 136, tribunal fédéral, 2003), portant sur un mandat d'arrêt international délivré par un juge espagnol.

⁹³ France, *Agent judiciaire du trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X* (voir *supra* la note 81).

⁹⁴ États-Unis, *Doe I v. Israel*, tribunal de district des États-Unis, district de Columbia, 2005, 400 *Federal Supp.* 2d 86, 106 (DDC 2005).

⁹⁵ États-Unis, *Rukmini S. Kline v. Yasuyuki Kaneko*, tribunal de district des États-Unis, district sud de New York, décision du 3 mai 1988, 685 *Federal Supp.* 386 (SDNY 1988) ; ILR, vol. 101, p. 497.

⁹⁶ États-Unis, *First Merchants v. Argentina*, tribunal de district des États-Unis, district sud de Floride, décision du 31 janvier 2002, 190 *Federal Supp.* 2d 1336 (SD Fla 2002).

⁹⁷ Royaume-Uni, *Holland v. Lampen-Wolfe*, Chambre des lords, 20 juillet 2000, [2000] 1 WLR 1573, ILR, vol. 119, p. 367.

⁹⁸ États-Unis, *Youming Jin v. Ministry of State Security*, tribunal de district des États-Unis, district de Columbia, décision du 3 juin 2008, 557 *Federal Supp.* 2d 131 (DDC 2008).

⁹⁹ États-Unis, *Letelier v. Chile*, cour d'appel du deuxième circuit, arrêt du 20 novembre 1984, 748 *Federal Reporter* 2d 790 ; ILR, vol. 79, p. 561.

¹⁰⁰ États-Unis, *Jimenez v. Aristeguieta*, cour d'appel du cinquième circuit, arrêt du 12 décembre 1962, 311 *Federal Reporter* 2d 547 ; *United States of America v. Noriega* (voir *supra* la note 73).

¹⁰¹ États-Unis, *Hilao et al. v. Marcos* (voir *supra* la note 74). Le tribunal a estimé que les actes de torture, exécutions et disparitions étaient des actes commis par Marcos ne relevant d'aucun mandat officiel et ne pouvaient non plus être attribués à une agence ou un organe d'un État étranger.

¹⁰² États-Unis, *Jane Doe I*, et al. v. *Liu Qi*, et al., *Plaintiff A.*, et al. v. *Xia Deren*, et al., tribunal de district des États-Unis, district nord de Californie, décision du 8 décembre 2004 (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW), 349 *Federal Supp.* 2d 1258.

¹⁰³ Canada, *Jaffe v. Miller and others* (voir *supra* la note 74) ; États-Unis, *Republic of Argentina v. Amerada Hess*, Cour suprême, arrêt du 23 janvier 1989, 488 U.S. 248 (1989), ILR, vol. 81, p. 658 ; Irlande, *McElhinney v. Williams* (voir *supra* la note 74).

¹⁰⁴ Royaume-Uni, *I Congreso del Partido*, Chambre des lords, 16 juillet 1981, [1983] 1 AC 244, ILR, vol. 64, p. 307. En l'affaire *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia* (voir *supra* la note 78), Lord Hoffman a rejeté l'argument selon lequel un acte contraire au *jus cogens* ne pouvait être un acte officiel.

¹⁰⁵ Royaume-Uni, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (n° 3)*, Chambre des lords, 24 mars 1999, UKHL 17, [2000] 1 A.C. 147. La décision a été adoptée par six voix contre une ; seul Lord Goff a estimé qu'il s'agissait d'actes officiels tombant sous le coup de l'immunité.

¹⁰⁶ Seuls Lord Brown-Wilkinson et Lord Hutton ont estimé que la torture ne pouvait être « une fonction publique » ou « une fonction gouvernementale ». En revanche, Lord Goff, qui a voté contre l'arrêt, a conclu qu'il s'agissait d'une « fonction gouvernementale ». Ont également exprimé une position semblable Lord Hope (« acte criminel mais gouvernemental »), Lord Saville (qui a parlé de « torture officielle »), Lord Millet (« actes publics et officiels ») et Lord Phillips (« acte criminel et officiel »).

Chambre des lords a reconnu l'immunité *ratione materiae* de plusieurs citoyens saoudiens, considérant que tous avaient agi ou dit agir en tant qu'employés ou agents de l'Arabie saoudite et qu'en conséquence tous leurs actes – y compris les actes de torture – pouvaient être attribués à cet État et bénéficiaient de l'immunité¹⁰⁷. Enfin, récemment, en l'affaire *FF v. Director of Public Prosecution* (dite du *Prince Nasser*), une cour britannique, se fondant sur les mêmes principes que les juges en l'affaire *Pinochet n° 3*, a conclu que le Prince Nasser bin Hamad Al Khalifa, fils du Roi de Bahreïn et commandant de la Garde royale, ne bénéficiait pas de l'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne le crime de torture¹⁰⁸. Les juridictions britanniques semblent avoir résolu ces affaires de manières différentes, se concentrant sur l'aspect pénal de la procédure dans les affaires *Pinochet* et *Prince Nasser* et sur l'aspect civil dans l'affaire *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*.

57. Il ressort de ces affaires que la torture soulève des problèmes particuliers, qui se sont posés également à d'autres juridictions. Ainsi, la justice belge a considéré que la torture ne pouvait être considérée comme relevant de l'exercice normal des fonctions d'un chef d'État, à qui il incombe notamment d'assurer la protection des citoyens de son pays¹⁰⁹. Une juridiction néerlandaise s'est prononcée de manière analogue¹¹⁰. On constate une divergence générale dans la qualification de certains comportements comme actes accomplis à titre officiel en ce qui concerne les crimes de droit international. Dans plusieurs cas, les juridictions ont considéré que les crimes de droit international ne relevaient pas des fonctions de l'État et n'ont donc pas reconnu l'immunité. Dans d'autres cas, en revanche, elles ont estimé qu'il s'agissait sans conteste d'actes à caractère officiel, bien qu'illicites et abusifs, et ont accordé l'immunité. Ainsi, un tribunal grec a estimé que les crimes commis par les forces armées étaient attribuables à l'État aux fins de sa responsabilité internationale mais ne pouvaient être considérés comme actes souverains aux fins de l'immunité de l'État¹¹¹. Enfin, il convient de signaler que, dans certains cas, le juge a considéré les crimes de droit international comme exceptions à l'immunité, utilisant à cet effet divers arguments¹¹².

¹⁰⁷ Royaume-Uni, *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia* (voir *supra* la note 78).

¹⁰⁸ Royaume-Uni, *FF v. Director of Public Prosecution* (affaire du *Prince Nasser*), Haute Cour de justice, *Queen's Bench Division, Divisional Court*, arrêt du 7 octobre 2014, [2014] EWHC 3419 (Adm.). L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait qu'il a été rendu en tant que *consent order*, c'est-à-dire sur la base d'un accord entre les requérants et le ministère public (*Director of Public Prosecution*), dans lequel ce dernier admet que les actes de torture attribués au Prince Nasser ne bénéficiaient pas de l'immunité *ratione materiae*.

¹⁰⁹ Belgique, *Pinochet*, ordonnance du juge d'instruction du tribunal de première instance de Bruxelles en l'affaire *Pinochet*, 6 novembre 1998, *Journal des Tribunaux*, n° 118 (1999), p. 308.

¹¹⁰ Pays-Bas, *Bouterse* (voir *supra* la note 70).

¹¹¹ Grèce, *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne* (voir *supra* la note 74).

¹¹² En l'affaire *Bouzari et al. v. Islamic Republic of Iran* (voir *supra* la note 74), la cour d'appel de l'Ontario a analysé la torture de la perspective d'une exception à l'immunité, concluant cependant qu'il n'était pas possible d'identifier cette exception. En l'affaire *Ferrini c. Allemagne* (voir *supra* la note 74), la cour d'appel de Florence a estimé que l'«immunité fonctionnelle» ne pouvait être invoquée en ce qui concerne les actes constitutifs de crimes de droit international. En Suisse, en l'affaire *Nezzar* (voir *supra* la note 70), le Tribunal pénal fédéral a souligné qu'on saurait difficilement concevoir qu'une conduite portant atteinte

58. En revanche, on soulignera qu'en général les juridictions internes ont refusé l'immunité dans les affaires liées à la corruption, qu'il s'agisse de détournement de fonds publics, de blanchiment de capitaux ou d'une autre forme de corruption. Il convient de mentionner à cet égard l'affaire *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, dans laquelle les juridictions françaises ont eu l'occasion de se prononcer à deux reprises sur l'immunité, affirmant que les actes de détournement de fonds publics et de blanchiment de capitaux s'éloignent de l'exercice des fonctions de l'État protégées par la coutume internationale au nom des principes de souveraineté et d'immunité diplomatique¹¹³ et que les actes attribués à M. Nguema Obiang Mangue, par leur nature, ne participent pas de l'exercice de la souveraineté ni des pouvoirs publics, pas plus qu'ils ne relèvent de l'intérêt général¹¹⁴. Suivant la même logique, les tribunaux n'ont pas admis que des actes accomplis par des représentants de l'État puissent bénéficier de l'immunité s'ils conservaient un lien étroit avec une activité privée et visaient l'enrichissement personnel de l'intéressé et non le bénéfice du souverain¹¹⁵.

59. Dans certains cas, le sujet a été présenté devant les juridictions internes sous le couvert de la «doctrine du fait de l'État», qui, comme il a été dit précédemment, se confond parfois dans la pratique avec l'immunité au sens strict. Dans une affaire jugée par la Cour suprême fédérale allemande, les accusés ont invoqué la «doctrine du fait de l'État», soutenant qu'ils ne pouvaient être poursuivis, dans la mesure où ils avaient agi sur les ordres d'un État étranger et pour défendre les intérêts de celui-ci¹¹⁶. Une juridiction d'un autre pays a considéré qu'en vertu de la doctrine du fait de l'État les «tribunaux s'abstenaient généralement de

aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique international puisse être protégée par des normes de ce même ordre juridique.

¹¹³ France, Cour d'appel de Paris, *Pôle 7*, deuxième chambre d'instruction, arrêt du 13 juin 2013.

¹¹⁴ France, Cour d'appel de Paris, *Pôle 7*, deuxième chambre d'instruction, demande d'annulation, arrêt du 16 avril 2015. La déclaration citée est une réitération des arguments et déclarations de l'arrêt du 13 juin 2013.

¹¹⁵ États-Unis: *United States of America v. Noriega* (voir *supra* la note 73); *Jungquist v. Sheik Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, tribunal de district du district de Columbia, décision du 20 septembre 1996 (voir *supra* la note 75). France: *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne* (ibid.); *Seyyid Ali Ben Hammoud, Prince Rashid c. Wiercinski* (ibid.); *Ex-Roi d'Égypte Farouk c. s.a.r.l. Christian Dior* (ibid.); *Ali Ali Reza c. consorts Grimpel* (ibid.). États-Unis, *Trajano v. Marcos*, cour d'appel du neuvième circuit, 1992, 978 *Federal Reporter* 2d 493, ILR, vol. 103, p. 521; *Doe v. Zedillo Ponce de León*, cour d'appel du deuxième circuit, n° 13-3122, 16 août 2013; *Jimenez v. Aristeguieta*, cour d'appel du cinquième circuit (1962), ILR, vol. 32, p. 353; *Jean-Juste v. Duvalier* (1988), n° 86-0459 Civ, tribunal de district des États-Unis, district sud de Floride, 82 AJIL 594. Suisse, *Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal fédéral, arrêt du 22 décembre 2005, *Schweizerisches Bundesgericht*, 132 II 81. États-Unis: *Republic of the Philippines v. Marcos and others* (voir *supra* la note 74); *Republic of the Philippines v. Marcos et al.* (n° 2) [1987, 1988], ILR, vol. 81, p. 608. Royaume-Uni, *Republic of Haiti v. Duvalier*, [1990] 1 QB 2002, ILR, vol. 107, p. 490. États-Unis, *Islamic Republic of Iran v. Pahlavi* (1984), ILR vol. 81, p. 557: en l'espèce, c'est le Gouvernement des États-Unis qui a indiqué au tribunal que la plainte n'était susceptible d'être bloquée ni par l'application du principe de l'immunité souveraine ni par celui du fait de l'État.

¹¹⁶ Allemagne, *Affaire du procès des gardes frontière* (voir *supra* la note 72). L'État étranger auquel se référaient les accusés était la République démocratique allemande (RDA), qui avait disparu au moment où a commencé la procédure pénale. Pour sa part, la Cour suprême a estimé que ladite doctrine ne s'appliquait pas en l'espèce et la demande n'a pas été examinée au simple motif que la RDA n'existait plus (p. 272 et 273).

juger les actes d'un État étranger commis sur leur propre territoire», concluant cependant qu'on ne pouvait en aucun cas déduire de cette doctrine que même les actes d'un représentant de l'État portant atteinte aux règles fondamentales du pays et fermement rejetés par ses autorités pouvaient être considérés à juste titre comme un fait de l'État¹¹⁷. Dans d'autres cas, le tribunal a considéré que la doctrine du «fait de l'État» en tant que moyen d'exonérer la responsabilité du fonctionnaire ne pouvait en aucun cas s'appliquer aux crimes de droit international¹¹⁸.

60. Enfin, il convient de souligner que, dans plusieurs cas, les juridictions des États-Unis ont accordé ou refusé l'immunité sans examiner les actes commis par le représentant de l'État, sur la seule base d'une «proposition» d'immunité faite par les autorités américaines en application de règles de *common law*¹¹⁹. Dans d'autres cas, les tribunaux se sont prononcés sur l'immunité pour des raisons distinctes, telles que la disparition de l'État que seraient les fonctionnaires ou le refus de considérer le pays en question comme un État¹²⁰. Ces affaires ne sont donc pas pertinentes aux fins de définir les critères définissant un «acte accompli à titre officiel».

c) *La pratique conventionnelle*

61. Divers traités multilatéraux font référence, avec des libellés distincts et selon des points de vue distincts, aux «actes accomplis à titre officiel». Un premier groupe d'instruments comprend diverses conventions établies sous les auspices des Nations Unies et se rapportant directement ou indirectement aux immunités. Un deuxième groupe englobe des traités à caractère universel ou régional énonçant des règles de droit pénal international, qui décrivent des comportements interdits par le droit international et, dans certains cas, introduisent dans la définition même de l'acte un élément relatif à son caractère officiel.

62. Dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, qui fait partie du premier groupe, l'immunité

¹¹⁷ États-Unis, *Kadic v. Karadžić* (voir *supra* la note 74). Le défendeur avait invoqué la «doctrine du fait de l'État» et la «question politique» afin d'obtenir le non-lieu.

¹¹⁸ Israël, *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann* (voir *supra* la note 70). Cette affirmation est en outre étroitement liée au procès de Nuremberg, aux arrêts rendus par le tribunal en question et aux Principes de Nuremberg approuvés par l'Assemblée générale.

¹¹⁹ États-Unis: *Lafontant v. Aristide* (voir *supra* la note 74); *A, B, C, D, E, F v. Jiang Zemin*, tribunal de district, district nord de l'Illinois, décision du 21 octobre 2002 (ibid.): l'intérêt de cette affaire est que, à la fin du mandat de Jiang Zemin en tant que Président en 2003, un groupe de sénateurs du Parti démocrate ont tenté de faire réexaminer l'affaire sans succès, le Département d'État maintenant sa proposition concernant l'immunité. De même, en l'affaire *Republic of the Philippines v. Marcos and others* (ibid.), le tribunal ne s'est pas prononcé sur les faits, se bornant à affirmer que l'immunité tombait lorsque le défendeur n'était plus chef d'État et que c'était le Gouvernement même de cet État qui le demandait. En l'affaire *Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya'alon* (ibid.), le tribunal a tenu compte d'une lettre que lui avait adressée l'Ambassadeur d'Israël à Washington, dans laquelle il confirmait que les actes accomplis par le fonctionnaire l'avaient été dans l'exercice de ses fonctions.

¹²⁰ La disparition de l'État a été prise en compte dans l'*Affaire du procès des gardes frontière* (voir *supra* la note 72). Par ailleurs, l'argument selon lequel l'Organisation de libération de la Palestine (OLP) ne pouvait être considérée comme un État a amené la Cour de cassation italienne à ne pas se prononcer sur l'immunité en l'affaire *Yasser Arafat* (voir *supra* la note 70).

de juridiction des agents diplomatiques est considérée comme une immunité *ratione personae* s'appliquant pendant toute la durée de leur mandat aux actes qu'ils accomplissent tant à titre officiel qu'à titre privé, qui n'appelle donc pas de définition de l'acte accompli à titre officiel¹²¹. On y trouve cependant des règles sur les immunités du personnel administratif et technique et des agents de service des missions diplomatiques combinant les éléments caractéristiques de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*¹²². Enfin, elle contient certaines dispositions sur l'immunité *ratione materiae* au sens strict. Compte tenu de ce qui précède, il convient d'appeler l'attention sur diverses dispositions de la Convention qui aideront à cerner la notion d'«acte accompli à titre officiel» aux fins du présent rapport :

a) bien que l'immunité de juridiction des agents diplomatiques y soit entendue comme une immunité *ratione personae* et donc comme une immunité pleine, la Convention prévoit certaines exceptions à l'immunité de juridiction civile et administrative, qui ne s'applique pas lorsqu'il s'agit :

[d'actions réelles] concernant un immeuble privé situé sur le territoire de l'État accréditaire, à moins que l'agent diplomatique ne le possède pour le compte de l'État accréditant aux fins de la mission ;

[...] d'une action concernant une succession, dans laquelle l'agent diplomatique figure comme exécuteur testamentaire, administrateur, héritier ou légataire, à titre privé et non pas au nom de l'État accréditant ;

[...] d'une action concernant une activité professionnelle ou commerciale, quelle qu'elle soit, exercée par l'agent diplomatique dans l'État accréditaire en dehors de ses fonctions officielles¹²³.

Ces actes constituent donc des exceptions à l'immunité *ratione personae*, justifiées par le fait que l'agent diplomatique les accomplit à titre privé et pour son propre bénéfice. Selon la même logique, ces actes ne sauraient être considérés comme «actes accomplis à titre officiel» aux fins de l'immunité *ratione materiae* des agents diplomatiques, également prévue par la Convention. De plus, cette disposition doit être lue de pair avec l'interdiction énoncée à l'article 42, selon lequel les agents diplomatiques ne peuvent exercer «dans l'État accréditaire une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel» ;

b) les membres du personnel administratif et technique de la mission bénéficient d'une immunité limitée car l'immunité de juridiction civile et administrative «ne s'applique pas aux actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions¹²⁴» ;

c) les membres du personnel de service ne «bénéficient de l'immunité [que] pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions¹²⁵» ;

¹²¹ Art. 31.

¹²² Voir en général l'article 37.

¹²³ Art. 31, par. 1.

¹²⁴ Art. 37, par. 2. On notera que l'immunité s'applique uniquement au personnel administratif et technique qui n'a pas la nationalité de l'État accréditaire ou n'y a pas sa résidence permanente.

¹²⁵ Art. 37, par. 3. On notera que l'immunité s'applique uniquement au personnel administratif et technique qui n'a pas la nationalité de l'État accréditaire ou n'y a pas sa résidence permanente.

d) un agent diplomatique qui a la nationalité de l'État accréditaire ou y a sa résidence permanente ne bénéficie de l'immunité «que pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions¹²⁶», l'objectif étant, comme l'a alors indiqué la Commission, qu'il «bénéficie d'un minimum d'immunité pour pouvoir utilement remplir ses fonctions¹²⁷». Il est évident qu'il s'agit ici d'une immunité *ratione materiae* et que les actes visés sont «accomplis à titre officiel» ;

e) l'immunité prend fin avec le mandat de l'agent diplomatique, des membres du personnel administratif et technique et des agents de service, la Convention disposant toutefois qu'elle «subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par ce[s] personne[s] dans l'exercice de [leurs] fonctions comme membre[s] de la mission¹²⁸». Il s'agit ici d'une immunité *ratione materiae* s'appliquant uniquement aux actes relevant de l'exercice des fonctions du personnel de la mission, qui seront donc considérés comme des «actes accomplis à titre officiel» aux fins du présent rapport.

63. Il peut donc être conclu que, conformément à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, un «acte accompli à titre officiel» s'entend d'un acte accompli dans «l'exercice des fonctions» des membres de la mission. Cependant, la Convention ne détermine pas quels actes concrets doivent être considérés comme «accomplis à titre officiel» si ce n'est *a contrario*, en définissant dans l'article 31, paragraphe 1, et l'article 42, les actes considérés comme privés. Dans tous les autres cas, l'«acte accompli à titre officiel» se définit par un renvoi aux fonctions de la mission et de ses fonctionnaires, de sorte que la catégorie dont relève tel ou tel acte doit être déterminée au cas par cas. La Convention n'établit pas de règles précises à cette fin, sauf au paragraphe 1 de son article 3, où il est fait référence aux fonctions de la mission diplomatique et aux activités de ses membres. On notera que la Convention demeure obscure en ce qui concerne les fonctions spécifiques des membres de la mission et ne propose pas d'éléments permettant de les déterminer de manière générale, se limitant à de vagues mentions telles que le «service administratif et technique de la mission» et «le service domestique de la mission»¹²⁹. En revanche, elle définit de manière plus précise les fonctions de la mission diplomatique, qu'elle énumère comme suit :

- a) représenter l'État accréditant auprès de l'État accréditaire ;
- b) protéger dans l'État accréditaire les intérêts de l'État accréditant et de ses ressortissants, dans les limites admises par le droit international ;
- c) négocier avec le gouvernement de l'État accréditaire ;
- d) s'informer par tous les moyens licites des conditions et de l'évolution des événements dans l'État accréditaire et faire rapport à ce sujet au gouvernement de l'État accréditant ;
- e) promouvoir des relations amicales et développer les relations économiques, culturelles et scientifiques entre l'État accréditant et l'État accréditaire.

¹²⁶ Art. 38, par. 1.

¹²⁷ Paragraphe 3 du commentaire relatif au projet d'article 37, *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 106.

¹²⁸ Art. 39, par. 2a.

¹²⁹ Article premier, paragraphes f et g.

S'y ajoute la possibilité d'exercer des fonctions consulaires¹³⁰. Cette énumération ménage la possibilité d'inclure dans la catégorie des «actes accomplis à titre officiel» des actes à caractère très divers mais il ne fait aucun doute que ces actes doivent être nécessaires à l'exercice des fonctions susmentionnées, dont le caractère public et officiel est sans équivoque, et que s'ils sont accomplis par des agents diplomatiques, ils sont étroitement liés à la notion de souveraineté et à l'exercice des prérogatives de la puissance publique.

64. La Convention sur les missions spéciales¹³¹ et la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel¹³² suivent un modèle similaire à celui examiné plus haut. Quant à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, elle insiste plus encore sur le lien entre l'immunité et l'exercice de fonctions spécifiques pour le compte de l'État, puisqu'elle ne prévoit l'immunité que pour les «actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires¹³³». De plus, l'immunité de juridiction est exclue en cas de poursuites «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'envoi¹³⁴». Même si on ne trouve pas non plus dans cette convention

¹³⁰ Art. 3, par. 1 et 2.

¹³¹ Dans la Convention sur les missions spéciales, le «caractère officiel de l'acte» suppose qu'il soit accompli dans l'exercice des fonctions de la mission et de ses membres et est sujet aux restrictions susmentionnées, interdisant notamment aux représentants de l'État et aux membres du personnel diplomatique d'exercer «dans l'État de réception une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel» (art. 48). De même, elle n'accorde l'immunité aux représentants de l'État d'envoi et aux membres du personnel diplomatique de la mission ressortissants de l'État de réception ou y ayant leur résidence permanente que pour les «actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions» (art. 40, par. 1). Toutefois, comme la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention sur les missions spéciales ne comporte pas non plus de liste d'«actes officiels», et les fonctions des missions spéciales y sont définies de manière plus générale et moins précise que celles des missions diplomatiques, puisqu'on y indique simplement que la mission spéciale a «un caractère représentatif de l'État, [étant] 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 déterminée» (article premier, paragraphe a). Il faut donc également conclure de cette convention que les «actes accomplis à titre officiel» doivent être déterminés au cas par cas selon leur caractère officiel et fonctionnel qui, par la nature même des missions spéciales, sera défini de manière moins précise, même s'il subsiste un lien entre ces actes et l'exercice de fonctions publiques et la souveraineté de l'État.

¹³² La Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel reposant sur les mêmes éléments que ceux mentionnés plus haut, on peut en conclure que l'immunité *ratione materiae* n'est accordée que si les actes officiels visés sont accomplis dans le cadre de l'exercice des fonctions de la mission ou délégation concernée (art. 30, art. 36, par. 2 et 3 ; art. 60 ; et art. 66, par. 2 et 3). Le caractère officiel et fonctionnel des actes susceptibles d'être couverts par ladite immunité est également renforcé dans cette convention par le fait qu'elle interdit au chef de mission et aux autres membres du personnel diplomatique d'exercer «dans l'État hôte une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel» (art. 39, par. 1). Dans le même temps, elle dispose que les ressortissants de l'État hôte ou les personnes qui y ont leur résidence permanente ne bénéficient de l'immunité que «pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions» (art. 37, par. 1 ; également art. 36). Toutefois, tout comme la Convention sur les missions spéciales, cette convention ne contient pas non plus de liste d'«actes accomplis à titre officiel», qu'il faut donc déterminer au cas par cas selon leur caractère officiel et fonctionnel.

¹³³ Art. 43, par. 1.

¹³⁴ Art. 43, par. 2a.

une liste des actes considérés comme «accomplis à titre officiel» et que ceux-ci doivent donc à nouveau être déterminés au cas par cas à l'aide de la liste des fonctions consulaires figurant à l'article 5¹³⁵, il n'en reste pas moins que cette énumération plus précise des fonctions consulaires permet de qualifier avec plus de certitude certains actes d'«actes accomplis à titre officiel». En tout cas, il ne fait aucun doute que ces fonctions constituent une manifestation de la puissance publique et sont liées à la souveraineté de l'État. Enfin, il faut souligner que la Convention ne reconnaît pas l'immunité de juridiction pénale des fonctionnaires consulaires¹³⁶, ce qui n'empêche pas d'utiliser les éléments susmentionnés comme critères indicatifs pour définir la notion d'«acte accompli à titre officiel».

¹³⁵ Aux termes de l'article 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, les fonctions consulaires sont les suivantes : «a) protéger dans l'État de résidence les intérêts de l'État d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international; b) favoriser le développement de relations commerciales, économiques, culturelles et scientifiques entre l'État d'envoi et l'État de résidence et promouvoir de toute autre manière des relations amicales entre eux dans le cadre des dispositions de la présente Convention; c) s'informer, par tous les moyens licites, des conditions et de l'évolution de la vie commerciale, économique, culturelle et scientifique de l'État de résidence, faire rapport à ce sujet au gouvernement de l'État d'envoi et donner des renseignements aux personnes intéressées; d) délivrer des passeports et des documents de voyage aux ressortissants de l'État d'envoi, ainsi que des visas et documents appropriés aux personnes qui désirent se rendre dans l'État d'envoi; e) prêter secours et assistance aux ressortissants, personnes physiques et morales, de l'État d'envoi; f) agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'État de résidence ne s'y opposent pas; g) sauvegarder les intérêts des ressortissants, personnes physiques et morales, de l'État d'envoi, dans les successions sur le territoire de l'État de résidence conformément aux lois et règlements de l'État de résidence; h) sauvegarder, dans les limites fixées par les lois et règlements de l'État de résidence, les intérêts des mineurs et des incapables, ressortissants de l'État d'envoi, particulièrement lorsque l'institution d'une tutelle ou d'une curatelle à leur égard est requise; i) sous réserve des pratiques et procédures en vigueur dans l'État de résidence, représenter les ressortissants de l'État d'envoi ou prendre des dispositions afin d'assurer leur représentation appropriée devant les tribunaux ou les autres autorités de l'État de résidence pour demander, conformément aux lois et règlements de l'État de résidence, l'adoption de mesures provisoires en vue de la sauvegarde des droits et intérêts de ces ressortissants lorsque, en raison de leur absence ou pour toute autre cause, ils ne peuvent défendre en temps utile leurs droits et intérêts; j) transmettre des actes judiciaires et extrajudiciaires ou exécuter des commissions rogatoires conformément aux accords internationaux en vigueur ou, à défaut de tels accords, de toute manière compatible avec les lois et règlements de l'État de résidence; k) exercer les droits de contrôle et d'inspection prévus par les lois et règlements de l'État d'envoi sur les navires de mer et sur les bateaux fluviaux ayant la nationalité de l'État d'envoi et sur les avions immatriculés dans cet État, ainsi que sur leurs équipages; l) prêter assistance aux navires, bateaux et avions mentionnés à l'alinéa k du présent article, ainsi qu'à leurs équipages, recevoir les déclarations sur le voyage de ces navires et bateaux, examiner et viser les papiers de bord et, sans préjudice des pouvoirs des autorités de l'État de résidence, faire des enquêtes concernant les incidents survenus au cours de la traversée et régler, pour autant que les lois et règlements de l'État d'envoi l'autorisent, les contestations de toute nature entre le capitaine, les officiers et les marins; m) exercer toutes autres fonctions confiées à un poste consulaire par l'État d'envoi que n'interdisent pas les lois et règlements de l'État de résidence ou auxquelles l'État de résidence ne s'oppose pas ou qui sont mentionnées dans les accords internationaux en vigueur entre l'État d'envoi et l'État de résidence.»

¹³⁶ La Convention dispose cependant 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 consulaires» (art. 41, par. 3). Cette mention figure également dans la Convention pour ce qui est de soumettre à la juridiction pénale les «fonctionnaires consulaires honoraires» (voir art. 63).

65. Pour conclure l'examen de ce premier groupe de conventions multilatérales, on notera que la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens peut également contribuer à définir la notion d'«acte accompli à titre officiel», d'autant que, comme la Commission l'avait fait observer à l'époque, la mention de «l'État et ses divers organes de gouvernement» [art. 2, par. 1 b i)] et des «représentants de l'État agissant à ce titre» [art. 2, par. 1 b iv)] doit s'entendre dans la perspective de l'immunité *ratione materiae*¹³⁷. Cependant, aux fins du présent rapport, les dispositions de la Convention doivent être analysées de manière nuancée et il convient de noter en particulier : a) que cette convention ne s'applique pas à la juridiction pénale¹³⁸; et b) que la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, qui la sous-tend, n'équivaut pas à la distinction entre «acte accompli à titre officiel» et «acte accompli à titre privé» examinée dans le présent rapport. En tout état de cause, la Convention comporte un élément intéressant la présente étude dans la mesure où, aux fins de conclure à l'immunité de l'État, elle insiste sur l'attribution des actes des fonctionnaires à l'État dont ils relèvent et introduit la nécessité d'établir le lien entre l'acte visé et l'exercice de la souveraineté de l'État pour conclure qu'il bénéficie de l'immunité.

66. Du point de vue du droit international pénal, il convient de mentionner en premier lieu la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui inclut le caractère officiel de l'acte à la définition même de la torture, disposant que la «douleur ou [l]es souffrances» endurées par la victime doivent être «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, *in fine*). Au paragraphe 3 de l'article 2, il est précisé que l'ordre d'un supérieur s'entend de tout ordre émanant d'un «supérieur ou d'une autorité publique». Enfin, à propos de l'obligation pour l'État de pénaliser le crime de torture dans son droit interne, il est à nouveau fait mention expresse de tout «agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel» parmi les éléments constitutifs de la torture (art. 16, par. 1)¹³⁹. Interprétant ces dispositions, le Comité contre la torture a indiqué dans ses observations générales¹⁴⁰ que

¹³⁷ On notera à cet égard que les commentaires de la Commission sur les articles 2 (par. 6, 8 et 17) et 3 (par. 1) du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adopté en seconde lecture en 1991, revêtent un intérêt à cet égard, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 14 et suiv. L'Assemblée générale a adopté la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens dans sa résolution 59/38, en date du 2 décembre 2004.

¹³⁸ À cet égard, voir le commentaire de la Commission sur le projet d'article 3 provisoirement adopté en 2013, en particulier le paragraphe 4 et la note 267, *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 48.

¹³⁹ Outre ces mentions expresses des fonctionnaires et des autorités publiques, il est fait mention, au paragraphe 1 de l'article 10, à propos des mesures de formation visant à prévenir la torture, des catégories de personnes suivantes : «[le] personnel civil ou militaire chargé de l'application des lois, [le] personnel médical, [l]es agents de la fonction publique et [l]es 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».

¹⁴⁰ Aux paragraphes 3 et 8 b de son observation générale n° 1 (1997) sur l'application de l'article 3, le Comité contre la torture parle d'«agent de la fonction publique ou [de] toute autre personne agissant à titre officiel» [voir le rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément*

l'interdiction visait les actes accomplis par « quiconque agi[ssait], de droit ou de fait, au nom de l'État¹⁴¹ », par « ses agents et quiconque agit à sa demande¹⁴² » et par « les autorités de l'État ou toute autre personne agissant à titre officiel¹⁴³ », affirmant que ces agents « agiss[ai]ent à titre officiel en ce sens qu'ils se substitu[ai]ent à l'État en s'acquittant des obligations qui lui incomb[ai]ent¹⁴⁴ ». On ajoutera que le Comité emploie le mot « agents » de l'État¹⁴⁵ dans son observation générale n° 3 en se référant à l'immunité de certaines personnes pour souligner son incompatibilité avec la Convention. La torture comporte donc de prime abord un élément de caractère officiel indéniable.

67. La Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture établit également le caractère officiel des actes visés et le lien avec l'État, bien qu'elle ne mentionne pas la participation du fonctionnaire comme élément de l'infraction¹⁴⁶. La participation du fonctionnaire figure toutefois dans la liste des personnes pouvant être coupables du crime de torture :

a. Les employés ou fonctionnaires publics qui, agissant en cette qualité, ordonnent, prônent, encouragent l'emploi de la torture ou l'utilisent directement, ou n'ont pas empêché son emploi quand ils pouvaient le faire.

b. Les personnes qui, à l'instigation des fonctionnaires ou employés publics visés à l'alinéa a ci-dessus ordonnent, prônent, encouragent l'emploi de la torture, s'en font les complices ou y ont recours elles-mêmes directement¹⁴⁷.

68. La condition de ce lien entre torture et fonctionnaire de l'État semble absente du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la torture y étant considérée comme un crime contre l'humanité¹⁴⁸ et un crime de guerre¹⁴⁹ sans aucune indication quant aux personnes susceptibles de le commettre. On pourrait en déduire que le lien avec l'État et le caractère officiel de l'acte a disparu¹⁵⁰. Il convient cependant de nuancer cette conclusion. On rappellera que la torture en tant que crime contre l'humanité doit « [être]

commis[e] dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile¹⁵¹ » et, en tant que crime de guerre, s'inscrire « dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou [faire] partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle¹⁵² ». L'incidence de ces deux dispositions est analysée ci-après¹⁵³.

69. Il convient également de mentionner la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, où les disparitions forcées, selon le modèle précédent, sont définies comme suit :

[L]arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi¹⁵⁴.

70. Le « caractère officiel » du comportement criminel apparaît également dans la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, dans laquelle ce crime est défini comme

la privation de liberté d'une ou de plusieurs personnes sous quelque forme que ce soit, causée par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivie du déni de la reconnaissance de cette privation de liberté ou d'information sur le lieu où se trouve cette personne, ce qui, en conséquence, entrave l'exercice des recours juridiques et des garanties pertinentes d'une procédure régulière¹⁵⁵.

71. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne fait pas du caractère officiel de l'auteur un des éléments du crime de génocide. Néanmoins, son article IV porte expressément que le génocide peut être commis par « des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers ». On peut en conclure que, dans certaines circonstances, ce crime peut être considéré comme un « acte accompli à titre officiel ». On retiendra cependant que, ainsi qu'il ressort des travaux de la Commission, le génocide suppose l'accomplissement d'une série d'actes qui peuvent difficilement se produire sans la participation, l'appui ou le consentement de l'État¹⁵⁶.

72. Pour ce qui est de savoir si telle ou telle infraction peut être considérée comme un « acte accompli à titre officiel », il est également utile de se reporter à l'analyse du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Comme cela a été mentionné précédemment, les auteurs du Statut ont décidé que, pour qu'un crime soit qualifié de crime contre l'humanité, il devait avoir été commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre [une] population civile ». Ce type d'attaque est défini comme « le comportement qui consiste en la commission multiple [de crimes contre l'humanité] à l'encontre d'une population civile [...], en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une

n° 44 (A/53/44 et Corr.1), annexe IX]. Dans l'observation générale n° 2 (2008) sur l'application de l'article 2, il est fait mention des « fonctionnaires [...] ainsi que de toute personne agissant à titre officiel » (par. 15) et des « agents » (par. 18) [voir *ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 44 (A/63/44)*, annexe VI]. Dans l'observation générale n° 3 (2012) sur l'application de l'article 14, il est fait mention des « autorités de l'État ou toute autre personne agissant à titre officiel » (par. 7) et des « agents de l'État » (par. 18) [voir *ibid.*, *soixante-huitième session, Supplément n° 44 (A/68/44)*, annexe X].

¹⁴¹ Observation générale n° 2 (voir note précédente), par. 7.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*, par. 18, et observation générale n° 3 (voir *supra* la note 140), par. 7.

¹⁴⁴ Observation générale n° 2 (voir *supra* la note 140), par. 17.

¹⁴⁵ Observation générale n° 3 (voir *supra* la note 140), par. 42.

¹⁴⁶ Voir art. 2.

¹⁴⁷ Voir art. 3.

¹⁴⁸ Voir art. 7, par. 1 f.

¹⁴⁹ Voir art. 8, par. 2 a ii) et c i).

¹⁵⁰ De même, la partie consacrée aux Éléments des crimes relatifs à ces crimes de torture ne contient aucune référence au caractère officiel de ses auteurs ; voir *Documents officiels de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session, New York, 3-10 septembre 2002* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.03.V.2 et rectificatif), deuxième partie, B, et *Documents officiels de la Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai-11 juin 2010* (publication de la Cour pénale internationale, RC/9/11), résolution RC/Res.5.

¹⁵¹ Voir le chapeau (par. 1) de l'article 7 du Statut de Rome ; article 7, paragraphe 2 a ; et paragraphe 3 de l'introduction de l'article 7 dans les Éléments des crimes (voir note précédente).

¹⁵² Voir Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 8, par. 1.

¹⁵³ Voir par. 72 *infra*.

¹⁵⁴ Art. 2.

¹⁵⁵ Art. II.

¹⁵⁶ Voir les paragraphes 91 et 93 ci-dessous.

organisation ayant pour but une telle attaque»¹⁵⁷; pour qu'il y ait «“politique ayant pour but une telle attaque”, il faut que l'État ou l'organisation favorise ou encourage activement une telle attaque contre une population civile¹⁵⁸». Partant, n'importe lequel des crimes mentionnés à l'article 7, paragraphe 1, du Statut de Rome peut être considéré comme un «acte accompli à titre officiel» au sens du présent rapport.

73. C'est cependant le crime d'agression tel qu'il est défini à l'article 8 *bis* du Statut de Rome qui revêt le plus manifestement un caractère officiel. Au sens de cet article en effet, le crime d'agression peut uniquement être le fait d'un dirigeant, en ce qu'il ne peut être commis que par une personne «effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État» et suppose de la part de l'auteur une série d'actes considérés comme des «acte[s] d'agression»¹⁵⁹, cette expression s'entendant de «l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies¹⁶⁰». Force est donc de conclure que le crime d'agression tel qu'il est défini dans le Statut de Rome doit être considéré comme un «acte accompli à titre officiel».

74. Il convient enfin de se référer aux différentes conventions internationales et régionales contre la corruption, à commencer par la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui définit les divers actes de corruption pouvant être commis par des agents publics. Si ces actes sont tous directement liés aux fonctions officielles exercées par leur auteur, ils sont néanmoins commis au fait d'obtenir «un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité¹⁶¹». On retiendra que la Convention aborde également la question de l'immunité de l'agent public (quoique du point de vue du droit interne), imposant à l'État partie l'obligation de

prend[re] les mesures nécessaires pour établir ou maintenir, conformément à son système juridique et à ses principes constitutionnels, un équilibre approprié entre toutes immunités ou tous privilèges de juridiction accordés à ses agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, et la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à la [...] Convention¹⁶².

75. La Convention interaméricaine contre la corruption traite également des actes de corruption commis «par un fonctionnaire ou par toute personne exerçant une fonction publique» en relation avec les fonctions qui lui ont été

¹⁵⁷ Voir le chapeau (par. 1) de l'article 7; et l'article 7, paragraphe 2 *a*.

¹⁵⁸ Paragraphe 3 de l'introduction de l'article 7 des Éléments des crimes (voir *supra* la note 150).

¹⁵⁹ Art. 8 *bis*, par. 1. Voir aussi Éléments des crimes (voir *supra* la note 150), concernant le crime d'agression, par. 2 (voir *supra* la note 150).

¹⁶⁰ Art. 8 *bis*, par. 2. Cette définition est reprise dans les Éléments des crimes (voir *supra* la note 150), où il est prévu que «l'acte d'agression» doit avoir été commis (voir par. 3).

¹⁶¹ Art. 15 *a*. Les actes de corruption définis par la Convention sont : i) la corruption d'agents publics nationaux (art. 15); ii) la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques (art. 16); iii) la soustraction, le détournement ou tout autre usage illicite de biens par un agent public (art. 17); iv) le trafic d'influence (art. 18); v) l'abus de fonctions (art. 19); vi) l'enrichissement illicite (art. 20); vii) la corruption dans le secteur privé (art. 21).

¹⁶² Art. 30, par. 2.

confiées par l'État. Ici encore, il est prévu que l'auteur de l'acte doit agir dans un but précis, à savoir se procurer «tout objet d'une valeur pécuniaire quelconque ou tout autre bénéfice tels que dons, faveurs, promesses ou avantages pour soi-même, ou pour toute personne physique ou morale» ou, simplement, «obtenir des bénéfices de façon illicite pour lui-même ou pour un tiers»¹⁶³. On retiendra par ailleurs qu'aux termes exprès de la Convention, le fait que les biens obtenus ou découlant d'un acte de corruption aient été destinés à des fins politiques ou qu'un acte de corruption ait été commis pour des motifs ou à des fins politiques ne suffit pas en soi à faire de cet acte «une infraction politique ou une infraction de droit commun connexe à une infraction politique¹⁶⁴».

76. La Convention pénale sur la corruption adoptée par le Conseil de l'Europe définit également une série de comportements qui constituent des actes de corruption, doivent être érigés en infractions pénales par les États et sont commis par des «agents publics» nationaux ou étrangers, des membres d'assemblées nationales, étrangères ou internationales ou des juges ou des fonctionnaires de tribunaux internationaux. Comme les deux conventions susmentionnées, elle prévoit que l'auteur d'un acte de corruption doit avoir usé de sa qualité officielle à des fins précises, à savoir pour obtenir «tout avantage indu pour lui-même ou quelqu'un d'autre¹⁶⁵». Elle aborde également la question de l'immunité, quoique dans la perspective du droit international, portant que «[s]es dispositions [...] ne portent pas atteinte aux dispositions de tout traité, protocole ou statut, ainsi que de leurs textes d'application, en ce qui concerne la levée de l'immunité¹⁶⁶». Ce principe obscur a été interprété par le Conseil de l'Europe comme une reconnaissance de l'obligation faite aux États parties de respecter les règles de droit (conventionnelles ou coutumières) relatives aux privilèges et immunités dans l'exercice de leur compétence à l'égard des infractions visées par la Convention, en particulier en ce qui concerne «le personnel des organisations publiques internationales et supranationales [...], les membres d'assemblées parlementaires internationales [...] ainsi que les juges et agents de cours internationales¹⁶⁷».

77. Enfin, la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption envisage également que l'agent public puisse se rendre coupable d'actes de corruption liés à l'exercice de ses fonctions en vue d'obtenir «des avantages illicites pour lui-même ou pour un tiers¹⁶⁸».

d) *Autres travaux menés par la Commission*

78. Ainsi que la Rapporteuse spéciale l'a mentionné dans son troisième rapport, la Commission s'est déjà penchée

¹⁶³ Article VI, où sont définis les actes de corruption. Ces mêmes fins sont mentionnées à l'article XI (Développement progressif), où sont définis les comportements revêtant le caractère d'infractions. Voir aussi les articles VIII (Corruption transnationale) et IX (Enrichissement illicite).

¹⁶⁴ Art. XVII.

¹⁶⁵ Art. 2 à 6 et 9 à 11.

¹⁶⁶ Art. 16.

¹⁶⁷ Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption, par. 77; disponible à l'adresse suivante: www.coe.int/fr/web/conventions/home, à la rubrique «Liste complète».

¹⁶⁸ Art. 4, par. 1 *c*.

sur des questions liées à l'immunité dans certains de ses travaux, lesquels peuvent donc être utiles aux fins de la définition de la notion d'«acte accompli à titre officiel». On citera, avant tout, l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, ainsi que les travaux qui ont abouti à l'adoption des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal (Principes de Nuremberg)¹⁶⁹, du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954¹⁷⁰, du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996¹⁷¹ et du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales¹⁷².

79. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁷³ est sans aucun doute particulièrement pertinent aux fins du présent rapport. De fait, en partant du principe que, pour être considéré comme tel, un «acte accompli à titre officiel» doit présenter un lien avec l'exercice de fonctions ou d'activités de l'État, il convient de tenir dûment compte des dispositions des articles 4 à 11 dudit projet, relatifs à l'attribution d'un acte à l'État, qui concernent tant la notion d'agent de l'État que celle d'«acte accompli à titre officiel». La définition d'«agent de l'État» ayant déjà fait l'objet d'un examen dans le troisième rapport¹⁷⁴, le présent rapport se concentrera sur les critères permettant de déterminer ce qui constitue un «acte accompli à titre officiel», à savoir le fait que l'acte a été exécuté au nom de l'État et dans l'exercice de «prérogatives de puissance publique¹⁷⁵» ou de «fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres¹⁷⁶».

80. Les commentaires du projet d'articles sont également utiles pour ce qui est de savoir comment déterminer qu'un acte est attribuable à l'État et qu'une personne a agi pour le compte de l'État. De fait, le commentaire introductif au chapitre II de la première partie pose la règle générale applicable en matière d'attribution de la responsabilité, à savoir que «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'État¹⁷⁷». De surcroît, ce qui compte n'est pas la fonction qu'exerce l'agent au sein de l'appareil d'État, mais le fait que celui-ci assume «des fonctions publiques» et exerce «des prérogatives de puissance

publique»¹⁷⁸. Comme la Commission l'a indiqué dans son commentaire de l'article 7, la question essentielle qui se pose est celle de savoir «si l'organe en question a agi ou non en sa qualité officielle¹⁷⁹». D'après la Commission, il suffit que la personne concernée ait «[agi] [...] à titre apparemment officiel, ou en se prévalant d'une compétence¹⁸⁰» pour que ses actes soient attribuables à l'État.

81. On retiendra que la Commission a estimé que pour que le comportement soit attribué à l'État, il fallait nécessairement que le représentant de l'État ait agi en qualité d'organe de l'État, quelles qu'aient pu être ses motivations propres. En outre, aux termes de l'article 7, «[l]e comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions». On ne saurait donc considérer que l'acte accompli par une personne ou un organe habilité à exercer des prérogatives de puissance publique ne relève pas de la responsabilité de l'État au seul motif qu'il est *ultra vires*. Toutefois, comme la Commission l'a fait observer, «[i]l faut distinguer, d'une part, les cas où les fonctionnaires ont agi en leur qualité en tant que telle, bien que de manière illicite ou en violation des instructions reçues, et, d'autre part, les cas où leur comportement est si éloigné du champ de leurs fonctions officielles qu'il devrait être assimilé à celui de personnes privées, non attribuable à l'État¹⁸¹».

82. Il convient par ailleurs de souligner que le projet d'articles porte également sur une série de comportements qui sont le fait de personnes n'étant ni des organes, ni des agents de l'État et dont on peut donc a priori difficilement estimer qu'elles ont agi dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Il s'agit notamment : a) du comportement sous la direction et le contrôle de l'État (art. 8) ; b) du comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles (art. 9) ; et c) du comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien (art. 11). À ces trois catégories viennent s'ajouter les actes accomplis par un mouvement insurrectionnel, qui, dans certaines circonstances, sont attribuables à l'État à titre rétroactif. En fin de compte, le projet d'articles vise à définir le plus largement possible les actes qui, directement ou indirectement, peuvent relever de la responsabilité de l'État, l'objectif étant d'éviter que l'État ne recoure à des moyens frauduleux pour se soustraire à la responsabilité d'actes qui ont sans aucun doute été accomplis à son bénéfice, voire sous son contrôle ou avec son consentement implicite.

83. Cela étant, si la Commission a souligné que, du point de vue du droit international, il importait principalement que l'acte accompli soit considéré comme un acte officiel

¹⁶⁹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316), p. 12 à 16, par. 95 à 127.

¹⁷⁰ Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693), p. 9.

¹⁷¹ Annuaire... 1996, vol. II (2^e partie), p. 17 et suiv., par. 50.

¹⁷² Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 38 à 106, par. 87 et 88. Voir également la résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, annexe.

¹⁷³ Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans l'*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir également la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

¹⁷⁴ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/673, p. 107 et 108, par. 106 à 110.

¹⁷⁵ Art. 5.

¹⁷⁶ Art. 4, par. 1.

¹⁷⁷ Paragraphe 2 du commentaire introductif à la première partie, chapitre II, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 40.

¹⁷⁸ Par. 6, *ibid.*

¹⁷⁹ Par. 7, *ibid.*, p. 48.

¹⁸⁰ Paragraphe 13 du commentaire relatif au projet d'article 4, *ibid.*, p. 44.

¹⁸¹ Projet d'article 7 et paragraphe 7 du commentaire y relatif, *ibid.*, p. 48. Comme la Commission l'a fait observer, pour reprendre les termes employés par le Tribunal des différends irano-américains, la question est de savoir si le comportement a été «mené par des personnes bénéficiant de prérogatives publiques» [*Petrolane, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 27 (1991), p. 64, à la page 92].

de «puissance publique», elle n'a pas défini cette dernière notion. Au contraire, considérant le champ de l'exercice de la puissance publique, elle a fait observer dans son commentaire de l'article 5 que le terme «publique» était nécessairement imprécis. Néanmoins, dans les commentaires des articles, elle a donné quelques exemples isolés de ce que l'on pouvait entendre par puissance publique, à savoir les fonctions de police¹⁸², un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire¹⁸³ ou des pouvoirs ayant trait au contrôle de l'immigration ou à la mise en quarantaine¹⁸⁴. L'absence de définition des «prérogatives de puissance publique» peut s'expliquer par le fait que les cas se présentant dans la pratique sont très divers et appellent donc une analyse individuelle. À cet égard, «[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'État¹⁸⁵». 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.

84. Il convient à cet égard de rappeler que, d'après la Commission,

peu importe, aux fins de l'attribution, que le comportement d'un organe de l'État soit qualifié de «commercial» ou de *acta jure gestionis*. [...] [L]a non-exécution d'un contrat par un État ne constitue pas en soi une violation du droit international. [...] La conclusion ou la non-exécution d'un contrat par un organe de l'État n'en demeure pas moins un fait de cet État aux fins de l'article 4, et peut dans certaines circonstances constituer un fait internationalement illicite¹⁸⁶.

85. Pour conclure cette analyse du projet d'articles, on retiendra que, aux termes de l'article 58, «[I]es [...] articles [sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite] sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État». Ainsi la Commission reconnaît-elle que deux formes distinctes de responsabilité peuvent découler d'un même acte, à savoir la responsabilité de l'État et la responsabilité individuelle. Ce point sera examiné plus avant dans le présent rapport¹⁸⁷.

86. Bien que le projet d'articles relatifs à la responsabilité des organisations internationales ne traite pas expressément des «actes accomplis à titre officiel» par «un agent de l'État», son élaboration a néanmoins donné lieu

¹⁸² Voir paragraphe 6 du commentaire introductif à la première partie, chapitre II, paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 5, et paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 9, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 40, 45 et 52, respectivement.

¹⁸³ Paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 5, *ibid.*, p. 44.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 5, *ibid.*, p. 45. La Commission a estimé que «ce qui [était] considéré comme "public" rel[evait] de chaque société, de son histoire et de ses traditions» (*ibid.*).

¹⁸⁶ Paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 4, *ibid.*, p. 42.

¹⁸⁷ Voir *infra*, par. 98 à 101.

à l'examen de certaines notions présentant un intérêt aux fins du présent rapport, notamment celles de «contrôle effectif», d'«acte accompli en service» et d'«acte accompli dans l'exercice de fonctions officielles». La notion de «contrôle effectif» a surtout été examinée dans le contexte des opérations de maintien de la paix, la Commission ayant à cet égard conclu ce qui suit :

L'attribution du comportement à l'État fournisseur de contingents est manifestement liée au fait que cet État conserve certains pouvoirs sur son contingent national et donc au contrôle que ledit État possède sur les questions correspondantes.

[...] [L]orsqu'un organe ou un agent est mis à la disposition d'une organisation internationale, il apparaît que la question décisive en ce qui concerne l'attribution d'un comportement déterminé est de savoir qui exerce effectivement un contrôle sur le comportement en question¹⁸⁸.

87. La Commission a estimé qu'«agent de l'État» s'entendait d'un organe ou d'une personne agissant dans l'exercice des fonctions qui lui ont été confiées, la notion d'«exercice de prérogatives de puissance publique» n'étant pas applicable dans ce contexte¹⁸⁹. Dans le commentaire de l'article 8, qui concerne l'attribution d'un acte *ultra vires* à l'organisation, elle parle donc de comportement «lié aux fonctions officielles» et de comportement «en service» :

La pratique des organisations internationales confirme que le comportement *ultra vires* d'un organe ou d'un agent est attribuable à l'organisation lorsqu'il est lié aux fonctions officielles de l'organe ou agent en question. [...] Alors que le comportement «hors service» d'un membre d'un contingent national ne serait pas attribuable à l'organisation, un comportement «en service» peut lui être attribué¹⁹⁰.

88. Enfin, on retiendra que, comme pour les articles sur la responsabilité de l'État, les articles sur la responsabilité des organisations internationales sont «sans préjudice» de toute question relative à la responsabilité individuelle (art. 66); partant, il est clairement possible qu'un même acte engage deux formes distinctes de responsabilité¹⁹¹.

89. Dans les Principes de Nuremberg¹⁹², la Commission ne s'est penchée ni sur le caractère officiel des infractions visées par lesdits principes, ni sur leur attribution à l'État, s'attachant principalement à définir les crimes de droit international et à poser le principe de la responsabilité internationale des auteurs. Cela ne signifie pas toutefois qu'elle n'a pas tenu compte du lien entre l'État et les crimes visés. Au contraire, il ressort de l'analyse de ses travaux que les Principes de Nuremberg doivent être interprétés à la lumière des faits auxquels ils s'appliquent, et en particulier eu égard à l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, portant création du Tribunal militaire international (le Tribunal de Nuremberg), et aux jugements prononcés par ce dernier. À cet égard, on retiendra ce qui suit :

¹⁸⁸ Voir les paragraphes 7 et 8 du commentaire relatif à l'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 56 et 57.

¹⁸⁹ Paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article 7, *ibid.*, p. 56.

¹⁹⁰ Paragraphe 9 du commentaire relatif à l'article 8, *ibid.*, p. 60 et 61.

¹⁹¹ L'article 66 est libellé dans les mêmes termes que l'article 58 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, à la seule différence qu'il concerne aussi la responsabilité «d'une organisation internationale».

¹⁹² Voir *supra* la note 169.

a) les crimes énumérés au principe VI (crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité) sont définis de telle manière que leurs éléments constitutifs sont clairement liés aux actions de l'État¹⁹³ ;

b) peut être considéré comme responsable d'un crime la personne ayant agi « en qualité de chef d'État ou de gouvernant », c'est-à-dire en qualité d'agent de l'État au sens du présent rapport¹⁹⁴ ;

c) la Commission envisage aussi que l'auteur « a[iti] agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique », auquel cas, conformément aux règles d'attribution établies dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la responsabilité de l'État est également engagée¹⁹⁵.

En conséquence, il paraît possible de conclure que, à certaines exceptions près, les crimes visés par les Principes de Nuremberg peuvent être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel », même si lesdits principes consacrent la responsabilité individuelle de l'auteur¹⁹⁶.

90. Pour conclure l'analyse des travaux de la Commission, il convient d'examiner la manière dont celle-ci a abordé la notion d'« acte accompli à titre officiel » dans les projets de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954 et de 1996. Comme elle l'avait fait lors de la formulation des Principes de Nuremberg, la Commission s'est abstenue de préciser si tel ou tel crime devait être considéré comme un « acte accompli à titre

¹⁹³ Le principe VI est libellé comme suit : « Les crimes énumérés ci-après sont punis en tant que crimes de droit international :

« a) Crimes contre la paix :

« i) Projeter, préparer, déclencher ou poursuivre une guerre d'agression ou une guerre faite en violation de traités, accords et engagements internationaux ;

« ii) Participer à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa i.

« b) Crimes de guerre :

« Les violations des lois et coutumes de la guerre, qui comprennent, sans y être limitées, les assassinats, les mauvais traitements ou la déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction perverse des villes ou villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires.

« c) Crimes contre l'humanité :

« L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes. »

¹⁹⁴ Voir principe III. Il convient de rappeler que, dans le commentaire relatif à ce principe, la Commission a souligné qu'elle se référait à une personne agissant au titre d'une qualité officielle, sur la base des références faites par le Tribunal de Nuremberg aux « représentants d'un État » et aux personnes « allégu[ant] [un] mandat [...] reçu de l'État », *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 13, par. 103 et 104.

¹⁹⁵ Principe IV.

¹⁹⁶ On retiendra que le Tribunal de Nuremberg avait rejeté l'argument formulé par la défense, qui avait avancé que les actes jugés étaient uniquement des « actes de l'État » et ne pouvaient donc engager la responsabilité individuelle de leurs auteurs ; commentaire relatif au principe IV, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 13, par. 105 et 106.

officiel ». Les commentaires qu'elle a formulés au sujet de certains articles et les projets de code lui-même permettent néanmoins de tirer sur ce point des conclusions fort utiles.

91. L'article 2 du projet de code de 1954 répertorie les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹⁹⁷. Les paragraphes 1 à 9 de l'article 2 portent exclusivement sur des comportements étant le fait des « autorités d'un État », tandis que les paragraphes 10 et 11 concernent des actes pouvant avoir été commis « par les autorités d'un État ou par des particuliers ». Toutefois, comme l'affirmera plus tard M. Doudou Thiam, Rapporteur spécial, au sujet de cette dernière catégorie de crimes,

la participation de particuliers [aux crimes prévus aux paragraphes 10 et 11], théoriquement inimaginable, paraît impossible en fait. Le génocide procède d'une entreprise systématique et, à une grande échelle, de destruction d'une ethnie, d'un groupe national ou religieux. Dans le monde contemporain, des particuliers pourraient difficilement réaliser seuls une telle entreprise. Cela est vrai du reste de l'ensemble des crimes contre l'humanité, qui exigent une mobilisation des moyens de destruction que seul l'exercice du pouvoir peut procurer à leurs auteurs. Certains de ces crimes – l'apartheid par exemple – ne peuvent être que le fait d'un État. Bref, il paraît contestable que des particuliers puissent être les auteurs principaux de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹⁹⁸.

92. Le projet de code de 1996 pose le principe de la responsabilité individuelle des auteurs de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, notamment le crime d'agression (art. 16), le crime de génocide (art. 17), les crimes contre l'humanité (art. 18), les crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé (art. 19) et les crimes de guerre (art. 20). Si le fait d'avoir agi à titre officiel n'entre pas dans la définition desdits crimes, le projet contient néanmoins plusieurs dispositions utiles aux fins du présent rapport :

a) premièrement, les articles 5, 6 et 7 tiennent compte du caractère officiel de l'acte en ce qu'ils mentionnent, respectivement, les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique, la responsabilité du supérieur hiérarchique, et le fait que la qualité officielle de l'auteur du crime ne l'exonère pas de sa responsabilité ;

b) deuxièmement, il ressort de l'article 2, paragraphe 2, lu à la lumière de l'article 16, que l'agression ne peut être commise que par des individus qui sont des agents de l'État et se servent de leur pouvoir de commandement et des moyens qu'il procure pour commettre ce crime¹⁹⁹. Ce n'est pas le cas des autres crimes, qui peuvent, en principe, être commis tant par des personnes privées que par des agents de l'État au sens large ;

c) troisièmement, les crimes contre l'humanité sont définis comme des crimes commis d'une manière systématique ou sur une grande échelle et « à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe ».

¹⁹⁷ Le texte intégral du projet de code adopté par la Commission à sa sixième session, en 1954, est reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 8.

¹⁹⁸ Voir *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/387, p. 65 et 66, par. 13.

¹⁹⁹ Paragraphe 5 du commentaire relatif à l'article 2, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 20. Voir aussi le commentaire de l'article 16, *ibid.*, p. 45 et 46.

93. On retiendra de surcroît que le Rapporteur spécial et la Commission ont appelé l'attention sur le fait que si, en théorie, ces crimes pouvaient être commis par des particuliers, en pratique, ils requéraient la participation de personnes investies de fonctions officielles. Ainsi la Commission a-t-elle souligné dans son commentaire de l'article 5 que, «[p]ar leur nature même, les crimes de droit international requ[é]raient souvent la participation directe ou indirecte de plusieurs individus dont certains au moins occupent des postes d'autorité gouvernementale ou de commandement militaire²⁰⁰». Pour sa part, dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial, M. Doudou Thiam, a fait observer que les crimes mettant en cause l'indépendance, la sauvegarde ou l'intégrité territoriale d'un État

impliquent [...] des moyens d'une ampleur telle que seules des entités étatiques pourraient les mettre en œuvre. Par ailleurs, on ne voit pas comment l'agression, l'annexion d'un territoire, la domination coloniale pourraient être le fait de particuliers. Les auteurs de ces crimes ne peuvent être que des individus investis d'un pouvoir de *commandement*. Il s'agit des *autorités* d'un État, de personnes qui, placées à un niveau élevé dans une hiérarchie politique, administrative ou militaire, donnent ou reçoivent des ordres, font exécuter ou exécutent eux-mêmes des décisions gouvernementales. Il s'agit d'*individus-organes*, et les infractions qu'ils commettent s'analysent souvent en abus de souveraineté ou en détournement de pouvoirs. Des particuliers ne peuvent donc être les auteurs de ces crimes²⁰¹.

94. Enfin, on retiendra les dispositions de l'article 4 (Responsabilité des États), aux termes duquel «[l]e fait que le présent Code prévoit la responsabilité des individus pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est sans préjudice de toute question de responsabilité des États en droit international». Cet article pose de nouveau le principe, évoqué plus haut dans le présent rapport, selon lequel deux formes de responsabilité peuvent découler d'un même acte. De fait, dans son commentaire de l'article, la Commission a souligné qu'«un individu p[ouvai]t fort bien – et c'est même l'hypothèse la plus probable – commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité en tant qu'«agent de l'État», «pour le compte de l'État», «au nom de l'État» ou même sur la base d'un rapport de fait avec l'État, sans être légalement investi d'aucun pouvoir²⁰²». Ce commentaire doit être lu à la lumière de celui de l'article 2, où, tout en reconnaissant que le champ d'application du code *ratione personae* est limité aux personnes physiques, la Commission souligne néanmoins qu'«[i]l est vrai que le fait dont un individu est responsable pourrait aussi être attribuable à un État si l'individu l'avait commis «en qualité d'agent de l'État», «pour le compte de l'État», «au nom de l'État», ou en tant qu'agent de fait, sans pouvoir légal²⁰³».

²⁰⁰ Paragraphe 1 du commentaire relatif à l'article 5, *ibid.*, p. 24.

²⁰¹ Voir *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/387, p. 65, par. 12.

²⁰² Paragraphe 1 du commentaire relatif à l'article 4, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 23.

²⁰³ Paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article 2, *ibid.*, p. 19. Le lien entre la responsabilité individuelle de l'auteur direct de l'acte et la responsabilité éventuelle de l'État avait déjà été établi plusieurs années auparavant. Le document analytique élaboré conformément à la demande figurant au paragraphe 256 du rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session (A/CN.4/365, voir en particulier les paragraphes 117 à 125) présente l'opinion de représentants de plusieurs États, qui, s'ils ont reconnu le principe de la responsabilité individuelle, ont néanmoins estimé qu'il ne fallait pas négliger la question de la responsabilité de l'État. Certains ont même proposé que le futur code prévoie expressément que la reconnaissance de la responsabilité individuelle n'exonérerait pas l'État de sa responsabilité en droit international.

4. LES CARACTÉRISTIQUES DE L'«ACTE ACCOMPLI À TITRE OFFICIEL»

95. On peut déduire de l'analyse présentée dans les pages précédentes que l'«acte accompli à titre officiel» possède les caractéristiques suivantes :

- a) c'est un acte de nature pénale ;
- b) c'est un acte accompli pour le compte de l'État ;
- c) c'est un acte qui suppose l'exercice de la souveraineté et de prérogatives de puissance publique.

Chacune de ces caractéristiques sera examinée en détail dans les pages suivantes.

a) *La nature pénale de l'acte*

96. En définissant le champ d'application du présent sujet, la Commission a précisé que celui-ci portait sur l'immunité de juridiction pénale. Par ailleurs, les projets d'articles 3 et 5, qu'elle a approuvés à titre provisoire, prévoient expressément que les représentants de l'État «bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère²⁰⁴». En d'autres termes, les actes accomplis à titre officiel envisagés dans le présent rapport doivent revêtir un caractère pénal. Il découle de là certaines caractéristiques qui doivent être analysées afin de déterminer si elles ont une quelconque influence aux fins du présent rapport.

97. Une infraction se définit principalement par son caractère personnel et par l'existence d'un lien direct entre l'acte et son auteur. La responsabilité qui en découle est donc, par définition, individuelle et imputable à l'auteur de l'acte, sans qu'il soit possible de l'étendre à des tiers qui pourraient l'assumer en lieu et place de l'auteur, et ce, indépendamment du fait que ce même acte puisse également faire naître à la charge d'un tiers une obligation juridique distincte, à titre autonome ou subsidiaire. Une telle obligation résulterait de la responsabilité pénale principale mais ne pourrait en aucun cas se confondre avec elle. Par conséquent, l'attribution à l'État d'un acte à caractère pénal accompli par ses représentants connaît des limites notables et ne peut se comprendre que comme une construction juridique fondée sur les règles classiques d'attribution de la responsabilité pour fait internationalement illicite à l'État. Cependant, l'infraction susceptible d'être couverte par l'immunité *ratione materiae* n'est pas à strictement parler commise par l'État mais par son représentant.

98. La première conséquence du caractère pénal de l'acte est donc qu'un seul acte peut donner lieu à deux responsabilités distinctes : la première, de nature pénale, s'appliquera à l'auteur de l'acte, tandis que la seconde, de nature civile, peut s'appliquer tant à l'auteur de l'acte qu'à un tiers. Autrement dit, dans le cadre de la présente étude, un même acte accompli par un représentant de l'État est de nature à faire naître une responsabilité pénale qui sera attribuable à titre personnel au représentant et une

²⁰⁴ Pour le projet d'article 3, voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 42 ; pour le projet d'article 5, voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 152, par. 131.

responsabilité civile dérivée qui pourra être attribuée tant au représentant qu'à l'État²⁰⁵. Ce type de relation entre l'acte et la responsabilité qui en découle a fait son apparition en droit international à une époque relativement récente. Il s'est affirmé à partir de la définition du principe de la responsabilité pénale individuelle né après la Seconde Guerre mondiale et surtout à partir de l'institutionnalisation du droit pénal international intervenue au cours de la dernière décennie du siècle dernier. Il ne s'agit toutefois pas d'un phénomène inconnu en droit interne. Au contraire, comme le montre la jurisprudence analysée dans le présent rapport, il est arrivé qu'un même acte donne lieu à différentes actions en justice, dirigées tantôt contre l'État tantôt contre l'individu et engagées aussi bien au pénal qu'au civil.

99. La Commission a expressément admis l'existence de ce modèle, qui peut être désigné par l'expression « un acte, deux responsabilités », dans plusieurs de ses travaux, à commencer notamment par l'article 4 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité²⁰⁶, l'article 58 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁰⁷ et l'article 66 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales²⁰⁸. Elle en a décrit le fonctionnement dans les commentaires reproduits ci-dessous :

La formule « sans préjudice de », employée à l'article 4 [du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité], indique que le présent code ne préjuge pas la responsabilité de l'État en droit international pour les crimes commis par ses agents. Comme la Commission l'a déjà souligné dans le commentaire de l'article 19 (Crimes et délits internationaux) du projet d'articles sur la responsabilité des États, le châtement personnel d'individus-organes de l'État « n'épuise certes pas la poursuite de la responsabilité internationale incombant à l'État pour les faits internationalement illicites qui, de par le comportement de ses organes, lui sont attribués dans de tels cas ». La responsabilité de l'État peut donc subsister sans qu'il puisse s'en dégager en invoquant la poursuite ou la punition des individus auteurs du crime²⁰⁹.

Dans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés. Dans certains cas, notamment celui de l'agression, l'État sera par définition impliqué. Mais même dans ces cas, la question de la responsabilité individuelle est en principe à distinguer de celle de la responsabilité des États. L'État n'est pas exonéré de sa propre

responsabilité pour le comportement internationalement illicite par le fait qu'il a poursuivi et puni les agents publics qui en sont les auteurs. Ces agents ne peuvent pas non plus se retrancher derrière l'État s'agissant de leur propre responsabilité pour leur comportement contraire aux règles de droit international qui leur sont applicables. Le premier principe figure, par exemple, au paragraphe 4 de l'article 25 du Statut de Rome, qui dispose : « Aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international ». Le second trouve son expression, par exemple, dans le principe bien établi selon lequel le fait pour un individu de jouir d'une qualité officielle ne le dégage pas de sa responsabilité pénale en droit international²¹⁰.

Ainsi, l'attribution du comportement d'une personne à une organisation internationale ou un État n'exonère pas cette personne de la responsabilité pénale internationale qu'elle peut encourir pour ce comportement. En revanche, lorsqu'un fait internationalement illicite est commis par une organisation internationale ou un État, la responsabilité internationale d'une personne qui a participé pour leur compte au fait illicite ne peut être tenue pour acquise. Dans certains cas néanmoins, la responsabilité pénale internationale de certaines personnes peut être engagée, par exemple lorsqu'elles ont participé à la violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général dans les conditions envisagées à l'article 41²¹¹.

100. La Cour internationale de Justice a également reconnu la double responsabilité qui peut découler d'un acte de génocide dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*. Arrivée à la conclusion qu'un même comportement peut donner lieu à deux responsabilités distinctes, chacune d'entre elles découlant de mécanismes juridiques également distincts²¹², elle a exprimé cette dualité des effets en ces termes : « [P]our que la responsabilité d'un État soit engagée pour violation de l'obligation lui incombant de ne pas commettre de génocide, encore doit-il avoir été démontré qu'un génocide, tel que défini dans la Convention, a été commis²¹³. » Quoiqu'il en soit, il convient d'appeler l'attention sur le fait que la Cour a poussé ce raisonnement jusqu'à ses ultimes conséquences en considérant dans son arrêt que, dans le cas du massacre de Srebrenica, la Serbie-et-Monténégro était responsable non pas d'avoir exécuté ou planifié le génocide en soi mais d'avoir failli à son devoir de prévention et de répression du crime de génocide. De plus, cette reconnaissance de la double responsabilité est liée, dans l'arrêt de la Cour, aux règles d'attribution de l'acte à l'État, point qui sera examiné plus loin dans le présent rapport.

101. Les critères précédemment exposés montrent comment la prise en considération de la nature pénale de l'acte empêche d'appliquer systématiquement le principe voulant que l'État soit automatiquement tenu pour seul responsable de tout acte commis par un de ses représentants. Au contraire, l'application du modèle « un acte, deux responsabilités » peut mener à divers scénarios que l'on peut décrire de la manière suivante :

²⁰⁵ En ce sens, voir Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, p. 150 et 151 ; Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, p. 103 et suiv. ; Yang, *State Immunity in International Law*, p. 427.

²⁰⁶ L'article 4 est rédigé en ces termes : « *Responsabilité des États*. Le fait que le présent Code prévoit la responsabilité des individus pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est sans préjudice de toute question de responsabilité des États en droit international », *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 23.

²⁰⁷ L'article 58 est ainsi conçu : « *Responsabilité individuelle*. Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État », *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 31.

²⁰⁸ L'article 66 est rédigé en termes identiques à ceux de l'article 58, à l'exception de la mention expresse des organisations internationales : « *Responsabilité individuelle*. Les présents projets d'article sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'une organisation internationale ou d'un État », *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 106.

²⁰⁹ Paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article 4, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 24.

²¹⁰ Paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 58, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 153. Voir également par. 2 (ibid.).

²¹¹ Paragraphe 2 du commentaire de l'article 66, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 106.

²¹² *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, p. 119 et 120, par. 180 à 182.

²¹³ Ibid., par. 180. La Cour a suivi le même raisonnement en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 3, à la page 61, par. 128.

a) responsabilité exclusive de l'État, lorsqu'il n'est pas possible d'attribuer l'acte à son auteur ;

b) responsabilité de l'État et de l'individu, lorsque l'acte peut être attribué aux deux ;

c) responsabilité exclusive de l'individu, lorsque l'acte ne peut être attribué qu'à lui, bien qu'il ait agi pour le compte de l'État.

102. Le caractère pénal de l'acte et la double responsabilité qui peut en découler ont également des conséquences en matière d'immunité, en particulier pour ce qui est de la définition du type de relation existant entre l'immunité *ratione materiae* accordée au représentant de l'État et l'immunité de l'État au sens strict. Sur ce point, il convient de préciser que l'immunité de juridiction des représentants de l'État a traditionnellement été envisagée comme une forme d'immunité de l'État, avec laquelle elle se confondrait. Ainsi, il est relativement fréquent de lire dans la jurisprudence que les représentants de l'État jouissent de la même immunité que l'État²¹⁴. On en a déduit que l'immunité de juridiction des représentants de l'État n'était pas autonome puisqu'elle dépendait de l'immunité de l'État, dont le régime juridique lui était appliqué dans sa totalité. Cette conclusion résulte de divers arguments, parmi lesquels il convient essentiellement de noter ceci : a) l'immunité de juridiction reconnue aux représentants de l'État est une conséquence du principe de l'égalité souveraine des États, exprimée par la maxime *par in parem non habet imperium* ; b) l'immunité a pour but de protéger la souveraineté de l'État et de garantir que les États puissent entretenir des relations pacifiques et durables ; c) l'immunité des représentants de l'État ne protège pas tant les représentants que l'État, comme le montre le fait que celui-ci peut en décider librement, notamment la lever ou y renoncer ; d) poursuivre un représentant de l'État devant une juridiction étrangère revient indirectement à poursuivre l'État lui-même lorsque ce dernier ne peut faire l'objet d'une action devant les tribunaux d'un État tiers. Par conséquent, l'immunité de juridiction accordée au représentant de l'État est un moyen de garantir que l'immunité de l'État ne sera pas indûment remise en cause et, partant, équivaut à l'immunité de l'État²¹⁵.

103. Les arguments susmentionnés présentent à n'en pas douter des éléments d'une valeur indéniable, en particulier l'idée que l'immunité de juridiction est octroyée au représentant dans l'intérêt de l'État et pour protéger des valeurs et des principes qui se rapportent uniquement et exclusivement à l'État. Cela étant, ils ne tiennent pas compte d'autres éléments pourtant nécessaires pour définir le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et l'immunité de l'État, ou, si l'on préfère, pour répondre à la question posée en termes très imagés par un auteur : « Qui, de l'œuf ou de la poule, est apparu en premier ? L'immunité de l'État

comme conséquence de l'immunité fonctionnelle plutôt que l'immunité fonctionnelle comme corollaire de l'immunité de l'État²¹⁶. »

104. En fait, pour pouvoir répondre à la problématique qui vient d'être évoquée, il convient de revenir au caractère pénal de l'acte, qui a deux conséquences importantes : a) le destinataire direct des actes de juridiction est l'individu ; b) les conséquences qui découleront, pour lui, du procès pénal seront individuelles et personnelles. Il existe donc un lien direct entre l'individu et l'immunité de juridiction pénale étrangère, que la Commission a pris en compte en décidant d'inclure une définition explicite de la notion de représentant de l'État dans le projet d'articles et d'employer le terme « individu » dans la définition du « représentant de l'État » pour indiquer que l'immunité s'applique à une personne physique²¹⁷. En outre, il convient de noter également que l'État ne pourrait jamais être poursuivi devant les juridictions pénales nationales dans la mesure où son éventuelle responsabilité pour les infractions commises par ses représentants serait toujours de nature civile et devrait être établie par une juridiction civile au moyen d'une action en indemnisation pour les préjudices subis en conséquence de ces actes²¹⁸. Il suit de là une distinction entre l'immunité de juridiction civile et l'immunité de juridiction pénale qui doit être dûment prise en compte.

105. Selon la Rapporteuse spéciale, il résulte des deux éléments susmentionnés que l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* des représentants de l'État est autonome et distincte de l'immunité de l'État au sens strict, et ce, même si cette distinction ne se présente pas toujours avec une netteté suffisante dans la jurisprudence et la pratique, principalement en raison du fait que l'État (et ses droits et intérêts) est traditionnellement considéré comme l'objet devant être protégé par l'immunité. Toutefois, si le rôle central de l'État dans ce contexte est indéniable, la protection de ses intérêts et de ses droits n'est pas une raison suffisante pour conclure à l'existence d'une identité absolue entre l'immunité de l'État et l'immunité de ses représentants. En effet, il ne résulte pas, par exemple, de l'identité entre l'objectif de l'immunité des États et celui de l'immunité diplomatique que ces deux catégories d'immunité sont identiques²¹⁹. Au contraire, pour bien comprendre l'institution de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* des représentants de l'État, il importe de faire la distinction entre le bénéficiaire direct de l'immunité (le représentant de l'État) et son bénéficiaire indirect ou ultime (l'État). L'immunité *ratione materiae* est reconnue dans l'intérêt de l'État, qui est titulaire de la souveraineté, mais bénéficie directement à son représentant lorsque ses actes sont l'expression de cette dernière.

²¹⁶ Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials...*, p. 105.

²¹⁷ Voir les paragraphes 1 et 4 du commentaire relatif au projet d'article 2 e, *Annuaire...* 2014, vol. II (2^e partie), p. 150 et 153.

²¹⁸ En ce sens, voir Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, p. 29 et 45 ; Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, p. 140 et 141 ; Fox et Webb, *The Law of State Immunity*, p. 555 ; Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials...*, p. 103 et suiv. ; Yang, *State Immunity in International Law*, p. 427.

²¹⁹ En ce sens, voir par exemple Kohen, « La distinction entre l'immunité des États et l'immunité diplomatique ».

²¹⁴ Voir notamment Royaume-Uni : *Propend Finance Pty Ltd. v. Sing* et al. (voir *supra* la note 89) ; *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia* (voir *supra* la note 78) ; États-Unis, *Chuidian v. Philippine National Bank*, cour d'appel du neuvième circuit, arrêt du 29 août 1990 (voir *supra* la note 75).

²¹⁵ Pour une analyse de ces arguments, voir notamment Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, p. 137 à 139.

106. Par ailleurs, la distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants n'est pas qu'une simple construction théorique. Elle a été évoquée dans plusieurs décisions rendues par des juridictions tant nationales qu'internationales. S'agissant des premières, il suffit de rappeler que la Chambre des lords a accordé un traitement différent à l'immunité dans les affaires *Pinochet (n° 3)*, *Prince Nasser* et *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, en raison de la nature distincte (pénale et civile) des procédures dans lesquelles l'immunité a été invoquée et des conséquences qui en résultent sur le terrain de l'immunité. Il convient surtout de mentionner l'affaire *Samantar v. Yousuf*, dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a considéré qu'un représentant de l'État ne pouvait pas se considérer visé par la définition de l'État énoncée dans le *Foreign Sovereign Immunities Act* et que, devant les tribunaux américains, les règles régissant l'immunité qui lui était accordée étaient donc différentes de celles s'appliquant à l'immunité de l'État²²⁰.

107. Les décisions des juridictions internationales dans lesquelles la distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité de ses représentants a été reconnue de manière explicite ou implicite revêtent un plus grand intérêt. Ainsi, il faut rappeler que la Cour internationale de Justice, en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*, a repris cette distinction en affirmant dans son arrêt ceci :

En formulant cette conclusion, la Cour tient à souligner qu'elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'État lui-même devant les tribunaux d'un autre État ; la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'État n'est pas posée en l'espèce²²¹.

La Cour a également admis la distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité de ses représentants en se référant au traitement que diverses juridictions, nationales et internationales, ont accordé à la distinction entre juridiction civile et juridiction pénale et à ses conséquences en matière d'immunité²²², ainsi qu'à sa propre jurisprudence²²³.

108. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* revêt un grand intérêt, car, comme l'a noté la Cour, dans cette affaire d'immunité, à la différence de l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, l'action portée devant les tribunaux britanniques était dirigée non

contre un État étranger mais contre des individus. La Cour a néanmoins appliqué la règle habituelle, selon laquelle l'immunité de l'État protège également les individus²²⁴. Cette conclusion doit toutefois être nuancée. Il ressort en effet clairement des fondements juridiques de l'arrêt que celle-ci porte exclusivement sur l'immunité du point de vue de la juridiction civile, la Cour faisant remarquer que la conclusion aurait pu être différente si la question de l'immunité s'était posée devant une juridiction pénale²²⁵.

109. Cette distinction entre l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et l'immunité de l'État au sens strict est encore renforcée dans le cas de l'immunité *ratione personae*, en vertu de laquelle le représentant de l'État qui en est bénéficiaire (chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères) est également couvert pour des actes accomplis à titre privé et qui ne peuvent donc pas être attribués à l'État ni engager sa responsabilité. Dans ce cas, l'immunité de juridiction pénale étrangère accordée à ces trois représentants pour toute infraction commise à titre privé ne trouve aucun équivalent dans l'immunité de l'État. Pourtant, ces actes sont eux aussi protégés par une forme d'immunité de juridiction pénale étrangère octroyée dans l'intérêt de l'État et non de celui du fonctionnaire.

110. Au vu des considérations qui précèdent, les conclusions suivantes peuvent être formulées :

a) si l'acte ne peut être attribué qu'à l'État et que seul l'État peut être responsable, nous nous trouvons face au cas typique de l'immunité de l'État ;

b) si l'acte peut être attribué à la fois à l'État et à l'individu et que tous les deux peuvent être responsables, nous avons affaire à deux catégories distinctes d'immunité : celle de l'État et celle du représentant de l'État ;

c) la distinction entre l'immunité de l'État et l'immunité des représentants de l'État prend toute sa valeur dans le cas de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, en raison de la nature distincte de la responsabilité que l'on peut attribuer à l'État (civile) et à son représentant (pénale), et de la nature distincte des juridictions devant lesquelles l'immunité peut être invoquée.

b) Attribution de l'acte à l'État

111. L'immunité *ratione materiae* ne se justifie que s'il existe un lien entre l'État et l'acte de son représentant, dès lors considéré comme accompli pour le compte de l'État. Pour conclure à l'existence de ce lien, il faut donc d'abord que l'acte puisse être attribué à l'État. L'attribution devant se faire conformément aux normes du droit international, les règles d'attribution énoncées aux articles 4 à 11 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, analysées plus haut, acquièrent un sens particulier. On notera cependant que la Commission a défini ces critères d'attribution aux fins de la responsabilité

²²⁰ États-Unis, *Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305 ; 130 S. Ct. 2278 (2010). Cette affaire revêt une importance particulière en ce que les tribunaux nord-américains avaient auparavant affirmé que le *Foreign Sovereign Immunities Act* s'appliquait également aux représentants d'États étrangers, assimilant ainsi les deux catégories d'immunité. Concernant la position adoptée auparavant par ces tribunaux, voir l'affaire *Chuidian v. Philippine National Bank*, cour d'appel du neuvième circuit, arrêt du 29 août 1990 (voir *supra* la note 75).

²²¹ *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 43), p. 139, par. 91. Il faut être conscient que la Cour a fait cette observation après avoir conclu qu'«en l'état actuel du droit international coutumier, un État n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés» (ibid.). Voir également l'opinion individuelle de M. le juge Bennouna (ibid., p. 178, par. 35) et l'opinion dissidente de M. le juge Yusuf (ibid., p. 303, par. 40).

²²² Ibid., p. 137 et suiv., par. 87 et suiv.

²²³ Ibid., p. 143, par. 100.

²²⁴ Voir *Jones et autres c. Royaume-Uni* (note 56 *supra*), par. 200 et 202 à 204.

²²⁵ Ibid., par. 207 et 212 à 214. La Cour avait suivi le même raisonnement dans *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 56), par. 65.

internationale et avec un objectif évident : éviter qu'un État, agissant indirectement en recourant à des personnes autres que ses organes et non expressément habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique, puisse se soustraire frauduleusement à la responsabilité internationale découlant d'actes accomplis en son nom, sur ses instructions, sous son contrôle ou sa direction, ou dans des circonstances telles qu'ils doivent être considérés comme accomplis pour son bénéfice ou dans son intérêt²²⁶. Il faut donc déterminer si tous les critères énoncés au chapitre II du projet d'articles sur la responsabilité de l'État sont pertinents pour conclure qu'un acte attribuable à l'État est « accompli à titre officiel » aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère de ses représentants.

112. À cette fin, on tiendra compte du caractère pénal des actes auxquels sont appliqués les critères d'attribution, ainsi que de la nature de l'immunité, qui constitue en soi une exception à la règle générale de l'exercice de la compétence de l'État du for. Ces deux éléments nécessitent donc d'interpréter les critères d'attribution de manière à garantir que l'institution de l'immunité ne devienne pas un mécanisme permettant d'échapper à la responsabilité, ce qui porterait atteinte à sa nature même²²⁷. Compte tenu de ce qui précède, il est peu probable que tous les critères d'attribution figurant dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illégitime soient utiles aux fins de l'immunité. L'inadéquation apparaît en particulier en ce qui concerne les critères des articles 7 à 10 et 11, examinés ci-après.

113. Le critère de l'article 7 pose la problématique générale des actes *ultra vires* et des actes accomplis par le fonctionnaire avec un mobile concret, que la Commission

²²⁶ Voir le commentaire introductif du chapitre II de la première partie du projet d'articles, en particulier les paragraphes 4 et 9, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 40 et 41.

²²⁷ Notons en outre que la Cour internationale de Justice elle-même a toujours appliqué ces critères d'attribution de manière restrictive. On peut retenir en particulier les affaires *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [voir *supra* la note 212] et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [voir *supra* la note 213], où la responsabilité de l'État est déduite de comportements ayant un caractère criminel manifeste, à savoir le génocide. Dans les deux cas, la Cour a interprété les critères d'attribution de façon stricte et restrictive, établissant une distinction entre les actes attribués à l'État en raison d'un lien formel entre lui et l'auteur, et les actes pouvant lui être attribués en l'absence d'un tel lien. Dans le premier cas, la Cour conclut que l'attribution est automatique et ne nécessite pas de preuve particulière ; dans le second, en revanche, elle considère que l'acte ne peut être attribué à l'État que si celui-ci exerce sur les auteurs un « contrôle direct », notion qu'elle interprète également de façon restrictive, disant qu'il s'agit d'une forme d'attribution extraordinaire. On soulignera également la conclusion de la Cour selon laquelle, si les auteurs ont agi à l'instigation de l'État, sur ses ordres ou sur ses instructions, la responsabilité pouvant incomber à l'État à raison de leurs actes ne signifie pas qu'il s'agisse d'actes de l'État au sens strict. Au contraire, la responsabilité de l'État découle dans ce cas de ses propres actes, c'est-à-dire des ordres ou instructions contraires au droit international émanant de ses organes ou de personnes légalement habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique ; elle peut également découler de l'absence de mesures préventives ou de sanctions prescrites par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Enfin, il convient également de noter que la Cour examine de façon extrêmement rigoureuse et restrictive l'existence d'un lien entre l'État et les individus ou organisations ayant commis des actes de génocide. Voir en particulier *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, p. 202 et suiv., par. 385 à 389, 392 à 397, 406, 412, 438 et 449.

a déclaré non pertinents aux fins de conclure à la responsabilité de l'État. Le mobile du fonctionnaire et le caractère *ultra vires* de ses actes peuvent cependant avoir leur importance aux fins de l'immunité. En effet, il ressort de la pratique judiciaire analysée plus haut que, dans plusieurs affaires, les juridictions internes ont tenu compte du mobile des auteurs pour les qualifier d'actes accomplis à titre privé ne donnant pas lieu à l'immunité. De même, dans plusieurs cas, elles ont estimé que le fonctionnaire n'avait pas agi dans le cadre de son mandat ou en avait outrepassé les limites et qu'il ne bénéficiait donc pas de l'immunité. Dans toutes ces situations, il apparaît clairement que le fonctionnaire a agi pour son propre compte et en dehors du mandat que l'État lui avait confié, et que ses actes ne pouvaient donc être attribués à l'État aux fins de l'immunité. Notons toutefois que, si l'intérêt personnel a été considéré dans toutes ces affaires comme une raison de ne pas considérer l'acte du fonctionnaire comme accompli pour le compte de l'État, la jurisprudence est moins constante pour ce qui est des actes *ultra vires*.

114. Les critères d'attribution énoncés aux articles 8 et 9 concernent de façon générale les fonctionnaires *de facto*. Dans le premier cas, la Commission elle-même a considéré que « [l]a plupart du temps il s'agit[ssai]t de situations où les organes de l'État compl[étaient] leur propre action en recrutant des personnes ou groupes de personnes privées à titre "d'auxiliaires", ou les incit[ai]ent à agir à ce titre tout en restant en dehors des structures officielles de l'État²²⁸ ». Ce critère peut donc difficilement s'appliquer au processus d'attribution d'un acte à l'État aux fins de l'immunité, puisque, même si l'élément de la fonctionnalité de l'acte est présent, son caractère officiel est plus difficile à établir, surtout si l'on tient compte de la distinction établie par la Cour internationale de Justice entre les individus agissant sous le « contrôle direct » de l'État et ceux agissant à son instigation ou sur ses instructions. Dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la conclusion de la Cour sur la responsabilité²²⁹ semble applicable également à l'immunité, de sorte que seuls les actes accomplis par un individu agissant sous le contrôle direct de l'État peuvent être considérés comme attribuables à celui-ci aux fins de l'immunité. La notion de représentant de l'État ressort ainsi de façon plus précise, excluant les personnes habituellement considérées comme fonctionnaires *de facto*. Seule cette conclusion est compatible avec la nature de l'immunité, puisqu'il ne semble pas raisonnable que l'État puisse demander l'immunité pour des individus auxquels il n'a volontairement pas octroyé le statut d'organe ou de personne ayant qualité pour exercer des prérogatives de la puissance publique ou avec lesquels il n'a pas établi de lien particulier de dépendance ou de contrôle effectif au moment où ils ont commis les actes considérés.

115. Quant au critère visé à l'article 9, l'examen de son applicabilité aux fins de l'immunité appelle certaines nuances. Le projet d'articles envisage ici une situation de fait où les autorités officielles ont disparu ou se rétablissent progressivement. La Commission parle dans

²²⁸ Paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article 8, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 49.

²²⁹ Voir *supra* la note 212.

ce cas de «représentation par nécessité²³⁰». Les conditions qui, selon elle, doivent être réunies dans ce cas (le comportement doit se rapporter effectivement à l'exercice de prérogatives de puissance publique, il doit avoir été adopté en cas d'absence ou de carences des autorités officielles et les circonstances doivent avoir été telles qu'elles requéraient l'exercice de ces prérogatives) ressemblent fort à celles de l'exercice de fonctions publiques. Comme elle l'a fait observer, le verbe «requérir» implique une nécessité (les circonstances devaient rendre indispensable l'exercice des fonctions publiques d'une manière ou d'une autre) à laquelle s'ajoute une exigence concernant la forme de représentation, qui distingue les situations visées à l'article 9 de celles régies par le principe normal selon lequel le comportement d'entités privées, y compris de forces insurgées, n'est pas attribuable à l'État²³¹. On pourrait donc exceptionnellement considérer ce type d'actes comme étant accomplis à titre officiel aux fins de l'immunité *ratione materiae* étudiée dans le présent rapport. Cependant, les circonstances très spéciales dans lesquelles ces actes sont accomplis font qu'il est très difficile d'invoquer l'immunité à leur propos. De fait, la pratique examinée plus haut ne comporte aucune situation de cet ordre.

116. Troisièmement, dans le cas de l'attribution rétroactive à l'État d'actes de mouvements insurrectionnels parvenant au pouvoir (art. 10), on notera que les auteurs de ces actes n'avaient pas le statut de représentant de l'État au moment des faits. On peut donc difficilement conclure qu'un acte qui ne pouvait à l'origine en aucun cas être considéré comme «acte accompli à titre officiel» puisse le devenir à effet rétroactif, donnant lieu a posteriori à une immunité de juridiction *ratione materiae* qui n'existait pas au moment des faits, surtout si les actes visés sont survenus lors d'affrontements, notamment armés, avec les autorités qui agissaient alors indubitablement pour le compte de l'État. Là encore, on ne trouve pas dans la pratique d'exemple d'invocation de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae* à raison de comportements de mouvements insurrectionnels. On peut donc en conclure que les actes pouvant être accomplis dans le cadre des activités visées à l'article 10 du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite ne peuvent pas non plus être considérés comme des «actes accomplis à titre officiel» dans le cadre du présent sujet.

117. Enfin, l'article 11 prévoit l'attribution d'un acte à l'État si celui-ci le reconnaît librement comme sien, sans qu'il faille le moindre lien préalable entre l'acte et l'État. Ce critère d'attribution se justifie pleinement aux fins de la détermination de la responsabilité de l'État, mais n'est pas compatible avec la nature de l'immunité *ratione materiae* selon laquelle les actes en question doivent avoir été accomplis à titre officiel au moment où ils ont eu lieu. Admettre l'applicabilité de ce critère d'attribution aux fins de l'immunité reviendrait à octroyer à l'État le droit de déclarer unilatéralement et sans restriction que tout acte, quels qu'en soient l'auteur ou le moment, peut donner lieu à l'immunité de juridiction pénale étrangère des

représentants de l'État. Il est évident qu'une telle idée est incompatible avec la nature même de l'immunité, ainsi qu'avec son fondement et sa finalité. Il peut donc en être conclu que ce critère d'attribution n'est pas non plus pertinent aux fins de considérer un acte comme accompli à titre officiel dans le cadre du présent sujet.

c) *Souveraineté et exercice de prérogatives de puissance publique*

118. Comme il a été dit plus haut, l'attribution d'un acte à l'État est la condition nécessaire pour pouvoir considérer celui-ci comme «acte accompli à titre officiel» aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione materiae*. Toutefois, même si l'attribution se fait selon l'interprétation restrictive exposée plus haut, elle ne suffit pas pour qualifier l'acte d'officiel. Au contraire, un acte attribué à l'État ne peut être considéré comme «acte accompli à titre officiel» qu'en appliquant un critère supplémentaire de nature téléologique. Puisque l'immunité *ratione materiae* vise à garantir le respect du principe d'égalité souveraine de l'État selon la formule *par in parem non habet imperium*, les actes bénéficiant de l'immunité doivent présenter également un lien avec la souveraineté que l'on entend finalement sauvegarder. Ce lien, qui ne peut être purement formel, se traduit par l'exigence que l'acte accompli à titre officiel ne soit pas seulement attribuable à l'État et réalisé pour son compte mais puisse aussi être considéré comme une manifestation de la souveraineté et constituer une forme d'exercice des prérogatives de la puissance publique. Cette condition reflète en outre la nature distincte de la responsabilité de l'État et de l'immunité, empêchant que tous les critères et catégories juridiques définis aux fins de la première s'appliquent automatiquement à la seconde²³².

119. Il est cependant certain que le concept de souveraineté demeure difficile à définir et que décrire ce que l'on entend par «exercice des prérogatives de puissance publique» n'est pas non plus tâche facile, comme le souligne le fait que ni la Commission, ni la jurisprudence, ni la doctrine n'ont proposé de définition de cette expression. Il n'en est pas moins certain que l'on peut tirer de l'analyse de la pratique effectuée plus haut un ensemble d'éléments qui nous permettent de mieux cerner cette notion. Ainsi, en s'appuyant tant sur les travaux de la Commission²³³ que sur les décisions judiciaires rendues par plusieurs juridictions nationales²³⁴, il est possible de conclure que la détermination de l'«exercice des prérogatives de puissance publique» doit reposer sur la conjonction de deux éléments. Il faut que les activités : a) par leur nature, puissent être considérées comme manifestations de la souveraineté ou inhérentes à celle-ci (police, administration de la justice, activités des forces armées, affaires étrangères); et b) découlent de l'application de politiques

²³⁰ Paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article 9, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 51.

²³¹ *Ibid.*

²³² Pour une position contre cet argument, voir O'Keefe, *International Criminal Law*, en particulier le paragraphe 10.60. La Rapporteuse spéciale tient à remercier l'auteur de lui avoir adressé la version provisoire du chapitre 10 de cet ouvrage, qu'elle a utilisée aux fins de l'élaboration du présent rapport. L'auteur poursuit la position exprimée par le précédent Rapporteur spécial, M. Roman Kolodkin [voir *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631, p. 426, par. 24].

²³³ Voir par. 83 *supra*.

²³⁴ Voir par. 54 *supra*.

et décisions de l'État impliquant un exercice de la souveraineté et donc y soient liées d'un point de vue fonctionnel. À ces deux critères positifs s'ajoute un critère négatif tout aussi important : il faut que les tribunaux nationaux aient expressément exclu de l'immunité les actes où les intérêts et motifs privés passent avant ceux de l'État, même si le représentant de l'État leur a conféré une apparence officielle²³⁵. Il faudra logiquement appliquer ces critères au cas par cas pour pouvoir tenir compte de tous les éléments entourant la survenance d'un acte déterminé et établir si, par sa nature ou sa fonction, il relève de l'exercice des prérogatives de puissance publique et constitue une manifestation de la souveraineté. Cette approche en contexte au cas par cas est également celle qu'ont suivie les juridictions dont les décisions ont été examinées dans le présent rapport.

120. Ces critères fondés sur la pratique guident les juridictions appelées à se prononcer sur l'immunité. Il convient de noter également que, dans plusieurs affaires, les juridictions nationales ont appuyé leurs raisonnements sur la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*²³⁶. À cet égard, il faut rappeler que ces deux catégories ont été définies dans le cadre de l'immunité de l'État aux fins de fournir des éléments d'analyse concernant la théorie restrictive de cette immunité. L'accent mis sur la dimension publique, privée ou commerciale de chacune de ces catégories rend donc très difficile d'utiliser automatiquement cette distinction pour déterminer si des actes sont « accomplis à titre officiel » aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Cependant, la construction juridique issue des caractéristiques de base des actes *jure imperii* présente assurément des éléments utiles au juriste amené à qualifier un acte aux fins du présent rapport.

121. L'application de ces critères soulève une problématique spéciale dans le cas des crimes internationaux. Comme l'a montré l'analyse de la pratique judiciaire, la position des juridictions concernant la détermination d'un « acte accompli à titre officiel » aux fins de l'immunité n'est pas constante²³⁷. En effet, dans un certain nombre de décisions, elles ont estimé que les crimes internationaux ne pouvaient en aucun cas être considérés comme des « actes accomplis à titre officiel » ni bénéficier de l'immunité. Dans d'autres cas, elles ont jugé que les crimes internationaux étaient des actes accomplis à titre officiel et donnaient donc lieu à l'immunité. Dans un groupe intermédiaire, elles ont considéré les crimes internationaux comme des actes accomplis à titre officiel mais qui, par leur nature, ne pouvaient bénéficier de l'immunité. Enfin, dans certains cas, elles ont déclaré que les crimes internationaux ne pouvaient donner lieu à l'immunité sans déterminer s'ils constituaient ou non des actes accomplis à titre officiel. On retrouve la même diversité d'interprétations dans la doctrine²³⁸. Lors des travaux de la Commission, il faudra donc traiter de la question du lien entre immunité et crimes internationaux, qui sera alors examiné uniquement du point de vue de la définition des actes accomplis à titre officiel.

²³⁵ Voir par. 58 *supra*.

²³⁶ Voir par. 54 *supra*.

²³⁷ Voir par. 56 et 57 *supra*.

²³⁸ Sur les crimes internationaux, voir Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*.

122. Selon la première des positions susmentionnées, les crimes internationaux ne sauraient être considérés comme une manifestation de la souveraineté ni comme une forme d'exercice des prérogatives de puissance publique et ne relèvent donc pas de la catégorie des « actes accomplis à titre officiel » aux fins de l'immunité. Les arguments en faveur de cette interprétation, pour variés qu'ils soient, peuvent se résumer à deux notions principales, parfois formulées conjointement : a) la commission de crimes internationaux ne constitue pas une fonction propre à l'État ; b) les crimes internationaux sont des comportements interdits par le droit international, portant atteinte à ses valeurs et principes essentiels. Dans les deux cas, les crimes internationaux sont envisagés du point de vue des limites de l'immunité : il s'agit de comportements ne pouvant être considérés comme accomplis à titre officiel et ne pouvant donc donner lieu à l'immunité parce qu'ils ne présentent pas les caractéristiques définissant l'élément matériel de l'immunité *ratione materiae*. Cette position est souvent assortie d'une réflexion sur la nécessité de renforcer la lutte contre l'impunité, signe distinctif du droit international du début du XXI^e siècle.

123. Ces arguments sont certes séduisants et ont la *vis atractiva* caractéristique de la défense des valeurs et principes sur lesquels reposent la société et le droit international d'aujourd'hui. Cependant, l'idée de considérer les crimes internationaux comme limite de l'immunité *ratione materiae* se heurte à deux problèmes de taille. Le premier est lié à la notion même d'acte accompli à titre officiel aux fins de l'immunité. Le second, de portée plus vaste, se rapporte aux incidences qu'une telle approche peut avoir sur la responsabilité internationale de l'État pour crimes internationaux.

124. En effet, la conclusion selon laquelle un crime international ne peut constituer un acte accompli à titre officiel suppose que ces crimes ne peuvent être commis dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ni constituer l'expression de la souveraineté et des politiques de l'État. Or, face à la réalité des faits, il est impossible d'affirmer que la torture, les disparitions forcées, les exécutions extrajudiciaires, les nettoyages ethniques, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne présentent aucun caractère officiel et ne remplissent aucune fonction étatique. Au contraire, comme il est apparu à maintes reprises, notamment au cours des travaux de la Commission, ces crimes sont commis par l'appareil de l'État, sous son couvert et à des fins politiques qui, indépendamment de leur moralité, sont propres à l'État. Dans bien des cas, ils sont commis par des représentants de l'État au sens donné à ce terme aux fins du présent sujet. Enfin, on ajoutera que certains des comportements qualifiés en droit international contemporain de crimes internationaux comprennent la participation de représentants de l'État comme élément incontournable de type pénal. De plus, affirmer que le crime international est contraire au droit international ne présente aucun intérêt pour ce qui est de déterminer qu'un acte est accompli à titre officiel car, comme il a été dit plus haut, le caractère pénal de l'acte et donc son illicéité sont une des caractéristiques de tout acte accompli à titre officiel du point de vue de l'immunité de juridiction pénale étrangère, que cette illicéité soit définie en vertu de normes nationales ou internationales.

125. Le deuxième des arguments susmentionnés est loin d'être dénué d'importance. Pour bien le comprendre, il faut se rappeler qu'aux fins de l'immunité, pour être considéré comme tel, un acte accompli à titre officiel est nécessairement attribuable à l'État. Partant, il serait dangereux de dire qu'un crime international ne peut être considéré comme un acte accompli à titre officiel dans la mesure où on pourrait en déduire que les crimes internationaux sont attribuables à leur auteur uniquement, et non à l'État. Les conséquences qu'aurait pareille conclusion à l'égard de la responsabilité sont évidentes : si l'acte n'est pas attribuable à l'État, ce dernier se voit exonéré de toute responsabilité pour cet acte au regard du droit international et seule la responsabilité pénale individuelle de l'auteur est engagée. Or cela est incompatible avec le principe même de l'immunité, ainsi qu'avec l'interprétation la plus récente de la responsabilité en droit international, selon laquelle un acte peut engager deux formes de responsabilité (la responsabilité de l'État et la responsabilité de l'auteur)²³⁹. On ne saurait donc conclure à partir de cet argument que les crimes internationaux ne sont pas des actes accomplis à titre officiel aux fins de l'immunité.

126. Toutefois, le fait qu'un crime international soit considéré comme un « acte accompli à titre officiel » ne signifie pas nécessairement que l'agent de l'État qui s'en rend coupable bénéficie de l'immunité *ratione materiae*. La nature du crime et la gravité qu'il revêt en droit international contemporain doivent être prises en compte pour définir la portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère applicable à l'auteur. Cela étant, il est plus facile d'examiner le lien entre les crimes internationaux et l'immunité du point de vue des exceptions à celle-ci, et c'est donc ce que la Rapporteuse spéciale fera dans son cinquième rapport.

5. CONCLUSION : DÉFINITION DE LA NOTION D'« ACTE ACCOMPLI À TITRE OFFICIEL »

127. Sur la base de l'analyse qui précède, le projet d'article suivant est proposé :

« Projet d'article 2. Définitions

« Aux fins du présent projet d'articles :

« f) "acte accompli à titre officiel" s'entend d'un acte accompli par un agent de l'État dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et qui, de par sa nature, constitue un crime au regard duquel l'État compétent peut exercer sa compétence pénale. »

C. Portée temporelle

128. La portée temporelle de l'immunité *ratione materiae* ne suscite aucune controverse, que ce soit dans la pratique ou dans la doctrine. La durée indéfinie de cette immunité fait l'objet d'un consensus général. Par « durée indéfinie », il faut entendre le fait que l'immunité *ratione materiae* s'applique sans limitation de temps à partir du moment où l'acte est commis, peu importe que l'auteur soit toujours en fonctions ou non.

129. Pour bien définir la portée temporelle de l'immunité *ratione materiae*, il faut distinguer deux moments, à savoir celui où se produit l'acte et celui où l'immunité est invoquée. Si l'acte doit nécessairement avoir été commis alors que l'auteur était au service de l'État, l'immunité, invoquée dans le cadre de poursuites pénales, peut s'appliquer pendant le mandat de l'auteur mais aussi après que celui-ci a quitté ses fonctions. Ainsi, dès lors que la première condition est remplie, l'immunité *ratione materiae* s'applique sans limite de temps : elle ne s'éteint jamais. Cela s'explique par la nature même de cette immunité et par le fait qu'un « acte accompli à titre officiel » reste considéré comme tel y compris lorsque l'auteur n'est plus en fonctions.

130. D'un point de vue temporel, l'immunité *ratione materiae* se distingue donc de l'immunité *ratione personae*, dont la portée est limitée dans le temps. Ainsi qu'il ressort du projet d'article 4, paragraphe 1, que la Commission a adopté à titre provisoire, et du commentaire correspondant, l'exercice de fonctions officielles est le préalable à l'immunité *ratione personae* dont bénéficient les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères ; cette immunité s'éteint dès lors que le mandat de l'intéressé prend fin et ne peut plus être invoquée par la suite.

131. Cette différence de portée temporelle ne signifie pas toutefois qu'il n'existe pas de corrélation entre les deux types d'immunité. Tout agent de l'État est couvert par l'immunité *ratione materiae*, qui, contrairement à l'immunité *ratione personae*, continue de s'appliquer aux chefs d'État, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères postérieurement à leur mandat. Ceux-ci sont néanmoins soumis au régime général de l'immunité *ratione materiae*, partant, il leur faut démontrer, pour bénéficier de cette immunité, que l'acte a été accompli à titre officiel et pendant qu'ils exerçaient des fonctions de l'État. En d'autres termes, le fait d'avoir occupé le poste de chef d'État, de chef de gouvernement ou de ministre des affaires étrangères ne change rien aux critères d'application de l'immunité *ratione materiae*. Cette règle semble établie tant dans la pratique conventionnelle que dans celle des tribunaux, qui ne donne aucun exemple d'ancien chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères ayant bénéficié d'un régime d'immunité *ratione materiae* plus avantageux qu'un autre agent de l'État. Les résolutions de l'Institut de droit international concernant l'immunité, en particulier celles adoptées en 2001 et en 2009, vont dans le même sens²⁴⁰.

D. Portée de l'immunité *ratione materiae*

132. Les deux éléments normatifs de l'immunité *ratione materiae* examinés plus haut sont conceptuellement

²⁴⁰ Résolutions de l'Institut de droit international : « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international », adoptée le 26 août 2001, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 742 ; et « L'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux », *ibid.*, vol. 73 (session de Naples, 2009), p. 228 (disponibles sur le site Web de l'Institut, à l'adresse suivante : www.idi-iil.org, sous l'onglet « Publications et travaux », puis « Résolutions »).

²³⁹ Voir par. 96 à 110 *supra*.

et juridiquement distincts, ce qui explique qu'ils soient traités séparément dans le présent rapport. Néanmoins, ils sont interdépendants et contribuent l'un et l'autre à définir la portée (matérielle et substantive) de ce type d'immunité. Lorsqu'elle a approuvé le projet d'article 4 (Portée de l'immunité *ratione personae*), la Commission a d'ailleurs jugé opportun qu'ils soient tous deux traités dans un même article. En conséquence et sur la base de l'examen des portées matérielle et temporelle de l'immunité *ratione materiae* contenu dans le présent rapport, le projet d'article suivant est proposé :

«Projet d'article 6. Portée de l'immunité
ratione materiae

«1. Les agents de l'État agissant en leur qualité officielle bénéficient de l'immunité *ratione materiae* pendant qu'ils sont en fonctions et postérieurement.

«2. L'immunité *ratione materiae* s'étend uniquement aux actes accomplis à titre officiel par les agents de l'État au cours de l'exercice de leurs fonctions.

«3. Les anciens chefs d'État, anciens chefs de gouvernement et anciens ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione materiae* aux conditions énoncées aux alinéas 1 et 2 du présent article.»

133. Ce projet d'article est libellé sur le modèle de celui consacré à la portée de l'immunité *ratione personae* (projet d'article 4), que la Commission a adopté en 2014. Il doit être lu à la lumière des autres projets d'article adoptés à titre provisoire par la Commission, en particulier le projet d'article 5, et des commentaires correspondants. On retiendra que le projet d'article 6 n'a aucune incidence sur les limites et exceptions à l'immunité.

CHAPITRE II

Futur programme de travail

134. Dans son cinquième rapport, dont la Commission sera saisie en 2016, la Rapporteuse spéciale examinera la question des limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

135. Cette question a été envisagée dans tous les travaux que la Commission a menés sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et a également été examinée dans une étude du Secrétariat²⁴¹ et dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial M. Roman Kolodkin²⁴². C'est manifestement l'un des thèmes que la Commission doit analyser en priorité et, de tous ceux sur lesquels porte le projet d'articles formulé ici, sans aucun doute le plus sensible sur le plan politique. Il n'est donc pas étonnant qu'il fasse l'objet d'un débat continu au sein de la Commission et que certains des membres de celle-ci considèrent qu'il constitue en réalité le principal, voire l'unique objet des travaux consacrés à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. En outre, à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, les États ont insisté à plusieurs reprises sur le fait que les dispositions régissant l'immunité ne devaient pas venir affaiblir l'action menée par la communauté internationale pour lutter contre l'impunité. Un autre groupe d'États est néanmoins d'avis que la question doit être abordée avec circonspection.

136. Ainsi que la Rapporteuse spéciale l'a déjà souligné dans son rapport préliminaire²⁴³, il convient d'examiner les dimensions normatives de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae* avant de se pencher sur les limites et exceptions à ces immunités, et ce, pour une raison évidente, à savoir qu'on ne saurait se prononcer sur la question ô combien complexe de savoir si le régime

général de l'immunité de juridiction pénale étrangère peut ou non être assorti de limites et d'exceptions sans en avoir préalablement analysé les éléments fondamentaux. La question doit de surcroît être étudiée de manière globale, c'est-à-dire en examinant les deux catégories d'immunité en parallèle.

137. La question des limites et exceptions à l'immunité a surtout été envisagée du point de vue des actes couverts par l'immunité. L'accent a donc été mis sur le lien entre l'immunité de juridiction pénale étrangère et les crimes internationaux, les violations graves et systématiques des droits de l'homme, la lutte contre l'impunité et le *jus cogens*. Ainsi qu'il ressort des nombreux textes qui ont été consacrés ces dernières années à l'immunité de l'État et de ses représentants, ce lien suscite un grand intérêt chez les praticiens. Mais il n'est pas seulement examiné sur les plans théorique et doctrinal. De fait, le débat qu'ont fait naître les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et *Jones et autres c. Royaume-Uni*²⁴⁴ montre que la question des limites et exceptions aux immunités souveraines est également primordiale pour les tribunaux. En outre, l'arrêt prononcé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* a mis en exergue l'étroite corrélation qui existe entre l'immunité et certains des grands thèmes du droit international contemporain. L'arrêt relatif à l'application de cette décision par l'Italie récemment prononcé par la Cour constitutionnelle italienne est venu compliquer encore le débat²⁴⁵. Les travaux menés par la Commission au sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État seraient donc incomplets s'ils ne comprenaient pas un examen en bonne et due forme de la question des limites et exceptions à cette immunité.

²⁴¹ Voir «Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État», étude du Secrétariat (A/CN.4/596 et Corr.1) [note 3 *supra*].

²⁴² Voir *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/631, p. 417.

²⁴³ Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/654, p. 45.

²⁴⁴ Voir *supra* la note 56.

²⁴⁵ Italie, arrêt n° 238 (2014), Cour constitutionnelle, 22 octobre 2014, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1^{re} Série spéciale – Cour constitutionnelle, n° 45, 29 octobre 2014, p. 1; disponible en version anglaise à l'adresse suivante : www.cortecostituzionale.it.

138. Pareil examen ne saurait toutefois se limiter au lien entre les crimes internationaux et l'immunité de juridiction pénale étrangère, même si ce lien est au cœur même de la question. De fait, il conviendrait de se pencher en premier lieu sur la différence entre limite et exception et le rôle que l'une et l'autre de ces notions jouent dans le régime juridique de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Il faudrait procéder de manière systémique, en tenant dûment compte du fait que le droit international est un arsenal juridique complet dont les normes sont connexes et interdépendantes.

139. La Commission pourrait achever l'examen des aspects substantifs du régime juridique de l'immunité au cours de son mandat actuel en examinant notre futur rapport sur les limites et exceptions à l'immunité. Les questions de procédure seraient abordées dans un sixième rapport, dont la Commission serait saisie durant son prochain mandat. La teneur de ce rapport et l'objet des futurs travaux de la Commission dépendront toutefois des décisions prises par la nouvelle Commission qui sera constituée par l'Assemblée générale en 2016.

ANNEXE

Projets d'article proposés*Projet d'article 2. Définitions*

Aux fins du présent projet d'articles :

f) «acte accompli à titre officiel» s'entend d'un acte accompli par un agent de l'État dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et qui, de par sa nature, constitue un crime au regard duquel l'État compétent peut exercer sa compétence pénale.

*Projet d'article 6. Portée de l'immunité
ratione materiae*

1. Les agents de l'État agissant en leur qualité officielle bénéficient de l'immunité *ratione materiae* pendant qu'ils sont en fonctions et postérieurement.

2. L'immunité *ratione materiae* s'étend uniquement aux actes accomplis à titre officiel par les agents de l'État au cours de l'exercice de leurs fonctions.

3. Les anciens chefs d'État, anciens chefs de gouvernement et anciens ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione materiae* aux conditions énoncées aux alinéas 1 et 2 du présent article.

LES ACCORDS ET LA PRATIQUE ULTÉRIEURS DANS LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

[Point 4 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/683

Troisième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, par M. Georg Nolte, Rapporteur spécial*

[Original: anglais]
[7 avril 2015]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	38
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	38
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-10 40
<i>Chapitres</i>	
I. PORTÉE DU PRÉSENT RAPPORT.....	11-18 41
II. LA PRATIQUE ET LES ACCORDS ULTÉRIEURS DANS LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DES ACTES CONSTITUTIFS D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES.....	19-85 42
A. Article 5 de la Convention de Vienne de 1969.....	20-23 42
B. Application des règles de la Convention de Vienne de 1969 sur l'interprétation des traités aux actes constitutifs d'organisations internationales.....	24-29 43
C. La pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales.....	30-56 45
1. Pratique ultérieure des parties à des actes constitutifs d'organisations internationales, au sens de l'article 31, paragraphe 3 <i>b</i> , et de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969.....	33-42 45
2. Pratique des organes d'une organisation internationale.....	43-51 47
3. Combinaison de la pratique des organes de l'organisation et de la pratique ultérieure des parties.....	52-56 48
D. Les accords ultérieurs, au sens de l'article 31, paragraphe 3 <i>a</i> , en tant que moyen d'interprétation d'actes constitutifs d'organisations internationales.....	57-67 49
1. Accords ultérieurs autonomes entre les parties.....	59-62 49
2. Décisions d'organes pléniers en tant qu'accords ultérieurs entre les parties.....	63-67 50
E. Façons de concevoir les diverses utilisations de la pratique et des accords ultérieurs au regard des règles d'interprétation de la Convention de Vienne.....	68-74 52
F. Caractère et poids de la pratique des organes et des organisations.....	75-82 53
G. L'article 5 en tant qu'expression du droit coutumier.....	83-85 54
III. PROJET DE CONCLUSION 11.....	86 55

* Le Rapporteur spécial tient à remercier Alejandro Rodiles Bretón pour sa contribution à la préparation du présent rapport, Janina Barkholdt pour ses recherches et Enis Arkat pour son assistance technique (tous de l'Université Humboldt de Berlin).

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 15, n° 102, p. 295.
Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé (New York, 22 juillet 1946)	Ibid., vol. 14, n° 221, p. 185.
Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (Washington, 2 décembre 1946)	Ibid., vol. 161, n° 2124, p. 72.
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 l'établissement d'une Organisation européenne pour la recherche nucléaire (Paris, 1 ^{er} juillet 1953)	Ibid., vol. 200, n° 2701, p. 149.
Convention et statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad (Fort-Lamy, 22 mai 1964)	<i>Journal officiel de la République fédérale du Cameroun</i> , 15 septembre 1964, p. 1003.
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.
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.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]	A/CONF.129/15.
Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 15 avril 1994)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1867 à 1869, n° 31874.
Accord sur les obstacles techniques au commerce (Annexe I A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce)	Ibid., vol. 1868, p. 141.
Accord multilatéral sur la libéralisation du transport aérien international (Washington, 1 ^{er} mai 2001)	Ibid., vol. 2215, n° 39375, p. 33.
Protocole à l'accord multilatéral sur la libéralisation du transport international (Washington, 1 ^{er} mai 2001)	Ibid., vol. 2215, n° 39375, p. 402.

Ouvrages cités dans le présent rapport

AHLBORN, Christiane	AUST, Helmut Philipp, Alejandro RODILES et Peter STAUBACH
«The rules of international organizations and the law of international responsibility», <i>International Organizations Law Review</i> , vol. 8 (2011), p. 397 à 482.	«Unity or uniformity: domestic courts and treaty interpretation», <i>Leiden Journal of International Law</i> , vol. 27 (2014), p. 75.
ALTER, Karen J., et Laurence R. HELFER	AUST, Anthony
«Legal integration in the Andes: law-making by the Andean Tribunal of Justice», <i>European Law Journal</i> , vol. 17 (2011), p. 701 à 715.	<i>Modern Treaty Law and Practice</i> , 3 ^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
ALVAREZ, Jose E.	BENVENISTI, Eyal, et George W. DOWNS
«Constitutional interpretation in international organizations», dans J.-M. Coicaud et V. Heiskanen (dir. publ.), <i>The Legitimacy of International Organizations</i> , Tokyo, United Nations University Press, 2001, p. 104 à 154.	«The empire's new clothes: political economy and the fragmentation of international law», <i>Stanford Law Review</i> , vol. 60 (2007), p. 595 à 631.
<i>International Organizations as Law-Makers</i> , Oxford, Oxford University Press, 2005.	BLOKKER, Niels
AMERASINGHE, C. F.	«Beyond "Dili": on the powers and practice of international organizations», dans G. Kreijen (dir. publ.), <i>State, Sovereignty, and International Governance</i> , Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 299 à 322.
<i>Principles of the Institutional Law of International Organizations</i> , 2 ^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2005.	BONZON, Yves
ANDERSON, David Heywood	<i>Public Participation and Legitimacy in the WTO</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
«1969 Vienna Convention: Article 5. Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), <i>The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary</i> , vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2011.	BOYLE, Alan E., et Christine CHINKIN
ARATO, Julian	<i>The Making of International Law</i> , Oxford, Oxford University Press, 2007.
«Treaty interpretation and constitutional transformation: informal change in international organizations», <i>Yale Journal of International Law</i> , vol. 38 (2013), p. 289 à 357.	BOWEN, Harry A.
	«The Chicago International Civil Aviation Conference», <i>The George Washington Law Review</i> , vol. 13 (1944-1945), p. 308 à 327.

- BRÖLMANN, Catherine
«Specialized rules of treaty interpretation: international organizations», dans D. B. Hollis (dir. publ.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 507 à 524.
- BUERGENTHAL, Thomas
Law-Making in the International Civil Aviation Organization, Syracuse, Syracuse University Press, 1969.
- BÜHLER, Konrad G.
State Succession and Membership in International Organizations: Legal Theories versus Political Pragmatism, La Haye, Kluwer Law International, 2001.
- COGEN, Marc
«Membership, associate membership and pre-accession arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT», *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), p. 145 à 179.
- CRAWFORD, James
Brownlie's Principles of Public International Law, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- DIVAC ÖBERG, Marko
«The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ», *EJIL*, vol. 16 (2006), p. 879 à 906.
- DÖRR, Oliver
«Article 31. General rule of interpretation», dans O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties—A Commentary*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2012, p. 521 à 571.
- ENGEL, Salo
«“Living” international constitutions and the World Court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), p. 865 à 910.
- FELDMAN, Alexander M.
«Evolving treaty obligations: a proposal for analyzing subsequent practice derived from WTO dispute settlement», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 41 (2009), p. 655 à 706.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANI, Carlos
Sovereignty and Interpretation of International Norms, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007.
- GARDINER, Richard
Treaty Interpretation, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GILLESPIE, Alexander
Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law, Cheltenham, Edward Elgar, 2005.
- HAANAPPEL, Peter P. C.
«Bilateral air transport agreements — 1913-1980», *The International Trade Law Journal*, vol. 5 (1980), p. 241 à 267.
The Law and Policy of Air Space and Outer Space: A Comparative Approach, La Haye, Kluwer Law International, 2003.
- 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.
- HAVEL, Brian F.
Beyond Open Skies: A New Regime for International Aviation, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2009.
- HIGGINS, Rosalyn
«The development of international law by the political organs of the United Nations», *Proceedings of the American Society of International Law at its Fifty-ninth Annual Meeting* (1965), p. 116.
- 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*, t. 159 (1979), p. 2 à 343.
- JOMINI, Patrick, *et al.*
«The changing landscape of air service agreements», document de travail, 30 juin 2009. Disponible à l'adresse suivante : www.researchgate.net.
- KADELBACH, Stefan
«The interpretation of the Charter», dans B. Simma *et al.* (dir. publ.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 71 à 99.
- KAPTEYN, P. C. G., et P. VERLOREN VAN THEMAAT
Introduction to the Law of the European Communities: From Maasticht to Amsterdam, 3^e éd., Londres, La Haye, Kluwer Law International, 1998.
- KLABBERS, Jan
«Checks and balances in the law of international organizations», *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 1: *Autonomy in the Law* (2007), p. 141 à 163.
An Introduction to International Institutional Law, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- KUIJPER, Pieter Jan
«The European Courts and the law of treaties: the continuing story», dans E. Cannizzaro (dir. publ.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 256 à 278.
- KUNIG, Philip
«United Nations Charter, interpretation of», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 272 à 278.
- LAUTERPACHT, E.
«The development of the law of international organizations by the decisions of international tribunals», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976*, t. 152, p. 377 à 465.
- 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.
- PETERS, Christopher
«Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin?», *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), p. 617-642.
- ROSENNE, Shabtai
Developments in the Law of Treaties 1945-1986, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- SAND, Peter H.
«Development of international water law in the Lake Chad Basin», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974).
- SCHACHTER, Oscar
«International law in theory and practice: general course in public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1982-V*, t. 178, p. 9 à 396.
- SCHERMERS, Henry G., et Niels M. BLOKKER
International Institutional Law, 5^e éd. rév., Leyde, Martinus Nijhoff, 2011.
- SCHIELE, Simone
Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

SCHMALENBACH, Kirsten

«Article 5. Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization», dans O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties—A Commentary*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2012, p. 89 à 104.

SOHN, Louis B.

«The UN system as authoritative interpreter of its law», dans O. Schachter et C. C. Joyner (dir. publ.), *United Nations Legal Order*, vol. 1, Cambridge/New York, American Society of International Law and Cambridge University Press, 1995, p. 169 à 229.

THIRLWAY, Hugh

«The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 1990—part two», *The British Year Book of International Law 1990*, vol. 61, p. 1 à 133.

«The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 1996—part eight», *The British Year Book of International Law 1996*, vol. 67, p. 1 à 73.

TOMAS, Lisa

«Air transport agreements, regulation of liability», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 242 à 245.

ULFSTEIN, Geir

«Reflections in institutional design — especially treaty bodies», dans J. Klabbers et Å. Wallendahl (dir. publ.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 431 à 447.

VILLIGER, Mark E.

Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009.

WHITE, Nigel D.

The United Nations System: Toward International Justice, Londres, Lynne Rienner, 2002.

WOOD, Sir Michael

«The interpretation of Security Council resolutions», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), p. 73 à 95.

Introduction

1. En 2012, la Commission du droit international a inscrit à son programme de travail le sujet «Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités»¹, qui est issu des travaux de son Groupe d'étude sur les traités dans le temps².

2. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission a examiné le premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités³ et provisoirement adopté cinq projets de conclusion, assortis de commentaires⁴, portant sur les points suivants :

a) règle générale et moyens d'interprétation des traités (projet de conclusion 1) ;

b) les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques (projet de conclusion 2) ;

c) l'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps (projet de conclusion 3) ;

d) définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure (projet de conclusion 4) ;

e) l'attribution d'une pratique ultérieure (projet de conclusion 5).

3. Lors du débat de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission sur sa soixante-cinquième session,

¹ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), chap. X, p. 78 ; voir également résolution 67/92 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 2012, par. 2 et 3.

² *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 163 ; *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), chap. XII, p. 154 ; *Annuaire... 2010*, vol. II (2^e partie), chap. X, p. 202 ; *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), chap. XI, p. 173.

³ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/660, p. 57.

⁴ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 18 et suiv., par. 38 et 39.

les États ont généralement réservé un accueil favorable aux travaux de la Commission sur le sujet⁵.

4. À sa soixante-sixième session, en 2014, la Commission a examiné le deuxième rapport sur le sujet⁶ et adopté provisoirement cinq nouveaux projets de conclusion, assortis de commentaires⁷, portant sur les points suivants :

a) identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure (projet de conclusion 6) ;

b) effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation (projet de conclusion 7) ;

c) poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation (projet de conclusion 8) ;

d) accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité (projet de conclusion 9) ;

e) décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties (projet de conclusion 10).

5. Durant le débat de la Sixième Commission, en 2014, les délégations ont généralement salué l'adoption de ces cinq projets de conclusion, qu'elles ont jugés équilibrés et conformes à l'objectif global des travaux sur le sujet⁸.

6. À sa session de 2014, la Commission a prié les États et organisations internationales de lui fournir, «le 31 janvier 2015 au plus tard» :

⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), et *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19).

⁶ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/671.

⁷ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 114 et suiv., par. 75 et 76.

⁸ Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session (A/CN.4/678 ; reprogrammé), par. 20.

a) des exemples de cas dans lesquels la pratique d'une organisation internationale a contribué à l'interprétation d'un traité; et

b) des exemples de cas dans lesquels les textes émanant d'un organe conventionnel composé d'experts indépendants ou autres actions d'un tel organe ont été considérés comme donnant naissance à des accords ultérieurs ou à une pratique ultérieure pertinents pour l'interprétation d'un traité⁹.

7. À la date de soumission du présent rapport, quatre contributions avaient été reçues¹⁰. Toute autre contribution sera la bienvenue à tout moment.

8. Alors que les deux premiers rapports portaient sur des aspects généraux du sujet, le présent rapport examine le rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation d'un type de traité bien précis : les actes constitutifs d'organisations internationales. Bien que la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) dispose à l'article 5 qu'elle s'applique à ce type de traités, il est admis que leur interprétation peut poser des problèmes particuliers. Par définition, une organisation internationale a sa propre personnalité juridique internationale et exerce ses pouvoirs (compétences) et ses fonctions par l'intermédiaire de ses organes¹¹. Ces

⁹ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 20, par. 26.

¹⁰ Allemagne, Autriche, Finlande et Union européenne.

¹¹ Voir article 2 a et c du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales : « a) l'expression "organisation internationale" s'entend de toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. [...] c) le terme "organe d'une organisation internationale" s'entend de toute personne ou entité qui

caractéristiques soulèvent certaines questions relatives à l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales, en particulier concernant la relation entre les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties à ces instruments, d'une part, et la conduite ultérieure des organes des organisations internationales, d'autre part.

9. En examinant ces questions, il convient de garder à l'esprit les différences importantes qui distinguent les États des organisations internationales. La Commission a abordé ce point dans son commentaire général relatif au projet d'articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales :

Les organisations internationales sont tout à fait différentes des États, et sont elles-mêmes très diverses. Au rebours des États, elles ne disposent pas d'une compétence générale et elles ont été établies pour exercer des fonctions spécifiques (« principe de spécialité »). Il existe des différences considérables entre les organisations internationales au regard de leurs pouvoirs et fonctions, du nombre de leurs membres, des relations entre l'organisation et ses membres, des procédures de délibération, de leurs structures et de leurs moyens matériels, ainsi que s'agissant des règles primaires, y compris les obligations conventionnelles, auxquelles elles sont tenues¹².

10. Ce passage décrit non seulement les principales différences entre les États et les organisations internationales, mais également les caractéristiques des traités qui sont des actes constitutifs de ces organisations et qui peuvent être utiles pour l'interprétation de ces derniers.

a ce statut d'après les règles de l'organisation » [résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, annexe; le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88].

¹² Paragraphe 7 du commentaire général, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 45.

CHAPITRE I

Portée du présent rapport

11. Le présent rapport ne traite pas de tous les aspects du rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation de traités concernant des organisations internationales.

12. Se limitant aux traités qui sont des actes constitutifs d'organisations internationales (article 5 de la Convention de Vienne de 1969), le présent rapport ne traite pas de l'interprétation des traités adoptés au sein d'une organisation internationale ou conclus par une telle organisation. Cette dernière catégorie est couverte par la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986). Bien que l'interprétation de ces traités relève, en principe, du sujet à l'étude¹³, le Rapporteur spécial est tenté de rejoindre Gardiner, qui a affirmé qu'

on [pouvait] raisonnablement prédire que les règles sur l'interprétation énoncées dans la Convention [de Vienne] de 1986 finiraient

¹³ Ce point a été clarifié d'emblée, voir *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 165, par. 12, et se reflète dans la formulation très générale de l'intitulé du sujet.

par être reconnues comme étant l'expression du droit international coutumier, tout comme celles de la Convention [de Vienne] de 1969, mais que la pratique actuelle n'était pas suffisante pour l'affirmer avec certitude¹⁴.

13. Le rapport ne traite pas non plus de l'interprétation des décisions émanant d'organes des organisations internationales. Comme l'a affirmé la Cour internationale de Justice au sujet de l'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité,

[i] est vrai que les règles relatives à l'interprétation des traités consacrées par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités peuvent fournir certaines indications mais, compte tenu des différences qui existent entre les instruments conventionnels et les résolutions du Conseil de sécurité, d'autres éléments doivent aussi être pris en considération aux fins de l'interprétation de ces dernières. Les résolutions du Conseil de sécurité sont adoptées par un organe collégial unique et élaborées dans le cadre d'un processus très différent de celui qui permet la conclusion d'un traité. Elles sont adoptées à l'issue d'un vote, comme il est prévu à l'Article 27 de la Charte, et leur texte final exprime la position du Conseil de sécurité en tant qu'organe. De plus, les résolutions du Conseil de sécurité peuvent être contraignantes à l'égard de tous les États Membres (*Conséquences juridiques pour les États de la présence*

¹⁴ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 112.

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. 54, par. 116), que ceux-ci aient ou non participé à leur formulation. Pour interpréter les résolutions du Conseil de sécurité, la Cour peut être amenée à examiner certaines déclarations faites par les représentants d'États membres du Conseil de sécurité à l'époque de leur adoption ou d'autres résolutions de ce dernier ayant trait à la même question, ainsi qu'à se pencher sur la pratique ultérieure des organes pertinents de l'Organisation des Nations Unies et des États à l'égard desquels les résolutions en question ont une incidence¹⁵.

14. Ces considérations valent aussi bien pour les décisions du Conseil de sécurité, que pour de nombreuses autres décisions d'organes des organisations internationales. Des considérations particulières s'appliquent en outre aux décisions des juridictions internationales, comme l'a confirmé la Cour internationale de Justice au sujet de ses propres arrêts :

Un arrêt de la Cour ne saurait être considéré comme équivalant à un traité, qui tient sa force obligatoire et son contenu du consentement des États contractants dont le comportement ultérieur peut, conformément au principe énoncé à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, avoir une incidence sur l'interprétation de l'instrument en question. Un arrêt tient sa force obligatoire du Statut, et son interprétation consiste à déterminer ce que la Cour a décidé, et non ce que les parties ont par la suite pensé qu'elle avait décidé. Le sens et la portée d'un arrêt de la Cour ne sauraient donc être affectés par le comportement des parties après le prononcé de cet arrêt¹⁶.

15. Par contre, le présent rapport examine l'effet que peuvent avoir les décisions et le comportement d'organes des organisations internationales sur l'interprétation d'un acte constitutif d'organisation internationale.

16. Le rapport ne vise pas à déterminer si le comportement de tel ou tel organe doit se voir accorder plus ou moins de poids aux fins de l'interprétation des actes constitutifs, ni à déterminer l'effet possible des déclarations ou autres décisions émanant d'un organe de surveillance de l'application des traités composé d'experts

¹⁵ Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010, p. 403, à la page 442, par. 94; voir également Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 1996—part eight», p. 29; Wood, «The interpretation of Security Council resolutions», p. 85; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 113.

¹⁶ Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (*Cambodge c. Thaïlande*), arrêt, C.I.J. Recueil 2013, p. 281, à la page 307, par. 75.

indépendants¹⁷. Ces questions seront abordées dans le prochain rapport.

17. Le présent rapport ne considère pas les décisions rendues par une cour ou un tribunal habilité par l'acte constitutif d'une organisation internationale à statuer sur l'interprétation d'un tel traité comme une forme de « pratique ultérieure » aux fins de l'interprétation des traités¹⁸. Bien qu'elles émanent techniquement d'un organe de l'organisation internationale concernée et puissent, dans certaines circonstances, valoir « jurisprudence constante »¹⁹ et donc posséder un poids considérable aux fins de l'interprétation, ces décisions constituent un moyen spécifique d'interpréter le traité dans des affaires ultérieures, comme il ressort en particulier de l'Article 38, paragraphe 1 *d*, du Statut de la Cour internationale de Justice.

18. Enfin, le présent rapport ne porte pas non plus sur les décisions des conférences des États parties. Dans le projet de conclusion 10, qu'elle a adopté à titre provisoire en 2014, la Commission a fait observer, à propos des effets que ces décisions étaient susceptibles d'avoir sur l'interprétation des traités, que « [c]es conférences se répartiss[ai]ent de façon générale en deux catégories de base » : les conférences et assemblées des parties qui étaient « en réalité un organe d'une organisation internationale, au sein desquelles les États parties agiss[ai]ent en leur qualité de membres dudit organe[], et les conférences des parties[] qui [étaie]nt convoquées en vertu de traités qui n'établiss[ai]ent pas une organisation internationale »²⁰.

¹⁷ Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639, p. 663 et 664, par. 66; Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, p. 88 et 89; Klabbbers, « Checks and balances in the law of international organizations », p. 151 et 152; Ulfstein, « Reflections in institutional design — especially treaty bodies », p. 439.

¹⁸ Voir cependant Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 111; Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 531, par. 19.

¹⁹ Cette expression est utilisée dans le contexte de la Cour européenne des droits de l'homme. Voir Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte Alconbury (Developments Limited and others)*, Chambre des lords, [2001] UKHL 23; *Regina v. Special Adjudicator ex parte Ullah; Do (FC) v. Immigration Appeal Tribunal*, Chambre des lords, [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham); *Regina (On The Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State For Culture, Media and Sport*, Chambre des lords, [2008] UKHL 15.

²⁰ Projet de conclusion 10, paragraphe 2, et paragraphe 2 du commentaire y relatif, *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 136.

CHAPITRE II

La pratique et les accords ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales

19. Bien que l'interprétation des traités qui établissent des organisations internationales, ceux visés à l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 (sect. A ci-après), soit en principe régie par les règles énoncées aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne de 1969 (sect. B ci-après), elle fait appel à des formes de pratique ultérieure (sect. C ci-après) et d'accords ultérieurs (sect. D ci-après) bien particulières, ce qui soulève la question de leur statut au regard des règles de la Convention de Vienne relatives à l'interprétation (sect. E ci-après) et du caractère et poids

qu'il convient de leur attribuer (sect. F ci-après). Enfin, la question du caractère coutumier de l'article 5 sera abordée (sect. G ci-après).

A. Article 5 de la Convention de Vienne de 1969

20. L'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 dispose que « [l]a présente Convention s'applique à tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale et à tout traité adopté au sein d'une organisation

internationale, sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation²¹ ».

21. Conformément à l'approche qui prévaut dans le reste de la Convention, cet article s'applique « à moins que le traité n'en dispose autrement »²². Lors de l'examen du projet d'articles sur le droit des traités, certains membres de la Commission ont douté de l'utilité d'une telle disposition, arguant, d'une part, que l'acte constitutif d'organisation internationale était incontestablement un traité et, d'autre part, que la Convention de Vienne était fondée sur l'idée que les parties à un traité pouvaient, sauf pour ce qui était des règles de *jus cogens*, convenir de règles dérogoires à la Convention. Pendant un temps, la Commission s'est demandé si, au lieu d'une disposition générale (comme l'est l'article 5), il était préférable de formuler diverses dispositions spécifiques qui auraient introduit des « réserves » relatives aux actes constitutifs d'organisations internationales dans des domaines où les parties à ces traités seraient susceptibles de prévoir des règles différentes (par exemple en matière d'extinction), mais elle a finalement

estimé que l'article en question devait être transféré à la place qui est actuellement la sienne dans l'introduction et devait prendre la forme d'une réserve générale couvrant tout le projet d'articles. Elle a estimé que cette solution lui permettrait de simplifier la rédaction des articles contenant des réserves spéciales. Elle a également jugé qu'une réserve générale de cette nature était souhaitable pour le cas où l'on aurait négligé par inadvertance l'incidence possible de règles établies des organisations internationales dans un contexte donné du droit des traités²³.

22. L'article 5 n'a donc pas pour objet d'ajouter les actes constitutifs des organisations internationales aux traités auxquels la Convention s'appliquerait normalement, mais de souligner que la règle générale voulant que tous les traités entre États sont soumis aux règles de la Convention « à moins que le traité n'en dispose autrement » vaut également pour les actes constitutifs des organisations internationales²⁴. Même si ces instruments ont des caractéristiques particulières, celles-ci peuvent être prises en considération grâce à l'article 5, sans que cette disposition constitue, en soi, une règle spéciale.

23. Il se peut qu'un acte constitutif d'organisation internationale contienne des dispositions qui ne traitent pas des pouvoirs (compétences) et fonctions de l'organisation. Par exemple, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est l'acte constitutif de l'Autorité internationale des fonds marins, « organisation [internationale] par l'intermédiaire de laquelle les États Parties organisent et contrôlent les activités menées dans la Zone » (article 157, paragraphe 1, de la Convention), ce qui signifie que les règles de la Convention qui n'ont pas trait aux responsabilités de l'Autorité ne font pas partie, d'un point de

vue matériel, des règles constitutives de cette organisation internationale, bien qu'elles fassent formellement partie du même instrument. D'un autre côté, il se peut que des instruments plus ou moins distincts les uns des autres soient étroitement liés d'un point de vue matériel. On citera à cet égard l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, accord-cadre auquel sont formellement annexés un certain nombre d'autres traités dont la mise en œuvre est supervisée et facilitée par l'Organisation. Il n'est pas nécessaire, aux fins du présent rapport, de déterminer si l'expression « acte constitutif d'une organisation internationale », telle qu'elle est employée à l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969, revêt une acception purement formelle ou comporte également un aspect matériel. Même dans ce dernier cas, il engloberait toutes les dispositions d'un même traité, ou de différents traités entretenant des liens formels, dont la mise en œuvre ou la supervision relèvent d'une façon ou d'une autre de l'organisation.

B. Application des règles de la Convention de Vienne de 1969 sur l'interprétation des traités aux actes constitutifs d'organisations internationales

24. L'article 5 confirme que les règles de la Convention de Vienne de 1969, et notamment les articles 31 à 33 concernant l'interprétation des traités, s'appliquent d'une manière générale aux traités qui sont des actes constitutifs d'organisations internationales²⁵. La Cour internationale de Justice l'a confirmé dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, « d'un point de vue formel, les actes constitutifs d'organisations internationales sont des traités multilatéraux, auxquels s'appliquent les règles bien établies d'interprétation des traités²⁶ ».

25. Dans le même ordre d'idées, la Cour a expliqué ce qui suit au sujet de la Charte des Nations Unies :

Dans les affaires précédentes où la Cour a dû interpréter la Charte des Nations Unies, elle a suivi les principes et les règles applicables en général à l'interprétation des traités, étant donné qu'elle a reconnu que la Charte est un traité multilatéral, bien qu'elle présente certaines caractéristiques spéciales²⁷.

26. Par ailleurs, comme l'article 5 le laisse entendre et la jurisprudence le confirme, les actes constitutifs d'organisations internationales sont également des traités d'un type particulier dont l'interprétation peut être soumise à des exigences propres. La Cour internationale de Justice a déclaré à cet égard ce qui suit :

Mais les actes constitutifs d'organisations internationales sont aussi des traités d'un type particulier; ils ont pour objet de créer des sujets de droit nouveaux, dotés d'une certaine autonomie, auxquels les parties confient pour tâche la réalisation de buts communs. De tels traités peuvent poser des problèmes d'interprétation spécifiques en raison, notamment, de leur caractère à la fois conventionnel et institutionnel; la nature même de l'organisation créée, les objectifs qui lui ont été assignés par ses fondateurs, les impératifs liés à l'exercice effectif de ses fonctions ainsi que sa pratique propre constituent autant d'éléments

²¹ Voir également la disposition jumelle contenue à l'article 5 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

²² Voir, par exemple, art. 16; art. 19 *a* et *b*; art. 20, par. 1 et 3 à 5; art. 22; art. 24, par. 3; art. 25, par. 2; art. 44, par. 1; art. 55; art. 58, par. 2; art. 70, par. 1; art. 72, par. 1; et art. 77, par. 1.

²³ Paragraphe 1 du commentaire relatif à l'article 4 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 208.

²⁴ Schmalenbach, « Article 5. Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization », p. 89, par. 1.

²⁵ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 247.

²⁶ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 66, à la page 74, par. 19.

²⁷ *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, à la page 157.

qui peuvent mériter, le cas échéant, une attention spéciale au moment d'interpréter ces traités constitutifs²⁸.

27. Sous l'effet de l'article 5, les règles d'interprétation spécifiques « pertinentes » figurant dans l'acte constitutif d'une organisation internationale priment sur les règles générales d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1969²⁹. Cependant, peu d'actes constitutifs contiennent des règles d'interprétation explicites³⁰, ce qui n'est d'ailleurs pas indispensable puisque ces règles peuvent très bien être implicites ou se déduire de la « pratique bien établie de l'organisation »³¹.

28. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi défini sa propre méthode d'interprétation des traités fondateurs de l'Union, qui se fonde sur l'analyse de leurs objet et objectif et le souci d'une mise en œuvre effective³², au motif que, selon elle, ces textes créaient un « nouvel ordre juridique » et non simplement une quelconque organisation internationale³³. Une approche com-

²⁸ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* (voir *supra* la note 26), p. 75, par. 19.

²⁹ Voir, par exemple, Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, p. 88; Schmalenbach, « Article 5 », p. 89, par. 1, et p. 96, par. 15; Brölmann, « Specialized rules of treaty interpretation: international organizations », p. 522; Dörr, « Article 31 », p. 538, par. 32.

³⁰ La plupart des dispositions dites « interprétatives » prévoient quel organe est habilité à interpréter le traité, ou certaines de ses dispositions, mais ne formulent pas de règles « sur » l'interprétation elle-même. Voir Fernández de Casadevante y Romani, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, p. 26 et 27; Dörr, « Article 31 », p. 537, par. 32.

³¹ Voir Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, art. 2, par. 1 j; projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (voir *supra* la note 11), art. 2 b; Peters, « Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin? ».

³² Cette approche trouve son origine dans les décisions historiques *Van Gend & Loos* et *Costa/ENEL* sur le caractère particulier de l'ordre juridique de l'Union européenne; voir Cour de justice des Communautés européennes, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, affaire 26/62, arrêt du 5 février 1963, *Recueil de la jurisprudence de la Cour 1963*, p. 3, et *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, affaire 6/64, arrêt du 15 juillet 1964, *Recueil de la jurisprudence de la Cour 1964*, p. 1141. Voir également Kuijper, « The European Courts and the law of treaties: the continuing story », p. 258. Il convient de relever, cependant, que la Cour s'est parfois référée aux règles de Vienne sur l'interprétation des traités, en particulier en ce qui concerne l'objet et le but du traité et de ses dispositions, lors de l'interprétation des traités instituant l'Union européenne. Voir *Aldona Malgorzata Jany et autres*, affaire C-268/99, arrêt du 20 novembre 2001, *Recueil de jurisprudence de la Cour 2001*, p. I-08657, aux pages I-08675 et I-08676, par. 35 (faisant également référence à d'autres décisions).

³³ Avis 2/13 de la Cour (assemblée plénière) du 18 décembre 2014, sur la compatibilité avec le droit de l'Union européenne du projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [où elle déclare que « les traités fondateurs de l'Union ont, à la différence des traités internationaux ordinaires, instauré un nouvel ordre juridique, doté d'institutions propres, au profit duquel les États qui en sont membres ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement ces États, mais également leurs ressortissants » (par. 157)]; cela a été confirmé par l'Union européenne lorsqu'elle a présenté à la Commission des exemples de cas où la pratique d'une organisation internationale avait contribué à l'interprétation d'un traité (voir *supra* le paragraphe 7) [où elle a indiqué « que, selon une jurisprudence constante et établie de longue date, puisqu'elle remonte aux arrêts rendus dès les premières années d'existence des Communautés européennes, le droit de l'Union représente un ordre juridique autonome et les traités fondateurs de l'Union ne sont pas des traités internationaux ordinaires »]; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 113 et 114.

parable a été adoptée par la Cour de justice andine³⁴. En conséquence, la Cour de justice de l'Union européenne ne prend pas en considération la pratique ultérieure des parties ou des organes de l'Union, dans la mesure où c'est elle qui est compétente pour interpréter les traités fondateurs de l'Union européenne³⁵. Lorsqu'elle déclare qu'« [u]ne simple pratique du Conseil n'est pas susceptible de déroger à des règles du traité [et qu'une] telle pratique ne peut pas, par conséquent, créer un précédent liant les institutions de la Communauté quant à la base juridique correcte »³⁶, elle ne fait pas seulement référence aux dérogations qui viendraient modifier le traité, mais également à la prise en compte de la pratique ultérieure en tant qu'élément décisif dans l'interprétation des règles du droit primaire de l'Union.

29. Pour autant, la Cour de justice de l'Union européenne ne nie pas que les règles d'interprétation de nature coutumière, telles que codifiées dans la Convention de Vienne de 1969, soient contraignantes pour les institutions de l'Union européenne et qu'elles fassent partie de l'ordre juridique européen³⁷. Elle tient donc compte de la pratique ultérieure lorsqu'il s'agit d'interpréter des traités conclus par l'Union européenne avec des États tiers ou d'autres organisations internationales³⁸. Selon elle, ces instruments internationaux sont régis « par le droit international, et plus particulièrement, du point de

³⁴ Alter et Helfer, « Legal integration in the Andes: law-making by the Andean Tribunal of Justice », p. 715 (« La [Cour de justice andine] a invoqué la jurisprudence [de la Cour de Justice de l'Union européenne] pour établir que le droit de la Communauté andine était distinct du droit international classique »).

³⁵ Cour de justice des Communautés européennes, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, affaire 43/75, arrêt du 8 avril 1976, *Recueil de la jurisprudence 1976*, p. 455, aux paragraphes 14, 33 et 57; Nolte, « Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice », p. 297 à 300; voir également la contribution de l'Union européenne (paragraphe 7 *supra*) [« la pratique ultérieure des institutions de l'Union [européenne] dans l'application des traités fondateurs ne saurait créer un précédent liant ces institutions quant à la manière d'interpréter et d'appliquer les dispositions pertinentes de ces traités »].

³⁶ Cour de justice des Communautés européennes, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Conseil des Communautés européennes*, affaire 68/86, arrêt du 23 février 1988, *Recueil de la jurisprudence 1988*, p. 855, au paragraphe 24; voir également Cour de justice des Communautés européennes, *République française c. Commission des Communautés européennes*, affaire C-327/91, arrêt du 9 août 1994, *Recueil de la jurisprudence 1994*, p. I-3641, aux pages I-3676 et I-3677, par. 31 et 36.

³⁷ Cour de justice de l'Union européenne, *Pedro Espada Sánchez et autres c. Iberia Lineas Aéreas de España SA*, affaire C-410/11, arrêt du 22 novembre 2012, par. 21; Cour de justice de l'Union européenne, *Helm Dünngemittel GmbH c. Hauptzollamt Krefeld*, affaire C-613/12, arrêt du 6 février 2014, par. 37; Cour de justice de l'Union européenne, *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, affaire C-386/08, arrêt du 25 février 2010, *Recueil de la jurisprudence 2010*, p. I-1289, à la page I-1336, par. 42.

³⁸ Cour de justice des Communautés européennes, *Leonice Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli*, affaire 52/77, arrêt du 30 novembre 1977, *Recueil de la jurisprudence 1977*, p. 2661, à la page 2277; *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd et autres*, affaire C-432/92, arrêt du 5 juillet 1994, *Recueil de la jurisprudence 1994*, p. I-3087, aux pages I-3132 et I-3134, par. 43, 50 et 51; Nolte, « Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time », p. 300 à 302. La Finlande, dans sa contribution (voir *supra* le paragraphe 7), a déclaré que « la réglementation adoptée par l'Union européenne (en particulier les directives) pourrait être considérée comme une pratique affectant l'interprétation des accords internationaux ».

vue de [l']interprétation, par le droit international des traités³⁹».

C. La pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales

30. Étant donné que les règles de la Convention de Vienne de 1969 relatives à l'interprétation des traités (art. 31 à 33) s'appliquent, en principe, aux traités qui sont des actes constitutifs d'organisations internationales, « sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation », et que la « pratique propre » desdites organisations peut « mériter, le cas échéant, une attention spéciale au moment d'interpréter » ces traités⁴⁰, la question se pose de savoir quelles formes de conduite sont susceptibles de constituer une pratique ultérieure pertinente aux fins de l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales.

31. On envisagera trois cas de figure :

a) la pratique ultérieure des parties à l'acte constitutif d'une organisation internationale, au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, et de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969 ;

b) la pratique des organes d'une organisation internationale ;

c) une combinaison de la pratique des organes de l'organisation internationale et de la pratique ultérieure des parties.

32. La pertinence de cette typologie a été reconnue par la Cour internationale de Justice, de même que d'autres organes juridictionnels ou quasi juridictionnels et que les États.

1. PRATIQUE ULTÉRIEURE DES PARTIES À DES ACTES CONSTITUTIFS D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES, AU SENS DE L'ARTICLE 31, PARAGRAPHE 3 B, ET DE L'ARTICLE 32 DE LA CONVENTION DE VIENNE DE 1969

33. La Cour internationale de Justice a, en tout premier lieu, reconnu l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 b, aux actes constitutifs d'organisations internationales. Dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, après avoir qualifié les actes constitutifs d'organisations internationales de traités d'un type particulier, elle a indiqué ceci en guise d'introduction à son interprétation de la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé :

Conformément à la règle coutumière d'interprétation qui a trouvé son expression à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les termes des traités doivent être interprétés « dans

³⁹ *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen* (voir *supra* la note 37), p. I-1336, par. 39. Sur cette approche différenciée de l'interprétation des traités fondateurs et des traités conclus par l'Union européenne avec des États tiers ou des organisations internationales, voir Kuijper, « The European Courts and the law of treaties », p. 258 à 260 ; et Aust, Rodiles et Staubach, « Unity or uniformity: domestic courts and treaty interpretation », p. 101 à 104.

⁴⁰ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* (voir *supra* la note 26), p. 75, par. 19.

leur contexte et à la lumière de [l']objet et d[u] but [du traité] » et il doit être « tenu compte, en même temps que du contexte :

[...]

b) [d]e toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »⁴¹.

34. Après avoir cité différents précédents tirés de sa propre jurisprudence, dans lesquels elle avait notamment eu recours comme moyen d'interprétation à la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, elle a déclaré qu'elle

en fera[it] également application en la présente espèce aux fins de déterminer si, d'après la Constitution de l'[Organisation mondiale de la Santé], la question à laquelle il lui a[vait] été demandé de répondre se pos[ait] « dans le cadre de [l']activité » de cette organisation⁴².

35. À propos de l'élément de la pratique ultérieure retenu pour son interprétation, elle a affirmé ceci :

La résolution WHA46.40 elle-même, adoptée, non sans opposition, dès que la question de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires a été soulevée au sein de l'[Organisation mondiale de la Santé], ne saurait être considérée comme exprimant ou constituant à elle seule une pratique qui établirait un accord entre les États membres de l'Organisation pour interpréter sa constitution comme l'habilitant à traiter de la question de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires⁴³.

36. Autrement dit, en se demandant si une résolution donnée d'un organe exprimait ou constituait « une pratique qui établirait un accord entre les États membres de l'Organisation », la Cour, citant l'article 31, paragraphe 3 b, a choisi de faire primer l'accord des parties au traité sur la pratique de l'organe en question⁴⁴.

37. Dans l'affaire *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, où il était également question de l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale⁴⁵, la Cour a accordé une importance décisive à la pratique ultérieure des parties. Partant du constat que les « États membres [avaie]nt en outre confié à la commission certaines tâches qui n'avaient pas été initialement prévues par les textes conventionnels⁴⁶ », elle a conclu ceci :

Il ressort des textes conventionnels et de la pratique [des parties] analysés aux paragraphes 64 et 65 ci-dessus que la commission du bassin du lac Tchad constitue une organisation internationale exerçant ses compétences dans une zone géographique déterminée ; qu'elle n'a toutefois pas pour fin de régler au niveau régional des affaires qui touchent au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle n'entre donc pas dans les prévisions du Chapitre VIII de la Charte⁴⁷.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid., p. 81, par. 27.

⁴⁴ La Cour permanente de Justice internationale avait déjà adopté cette approche dans l'affaire relative à la *Compétence de l'Organisation internationale du travail pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron*, avis consultatif, *C.P.J.I. série B n° 13*, p. 19 et 20 ; voir Engel, « «Living» international constitutions and the World Court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments) », p. 871.

⁴⁵ Voir article 17 de la Convention et statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad ; pour une analyse plus générale, voir Sand, « Development of international water law in the Lake Chad Basin ».

⁴⁶ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 275, à la page 305, par. 65.

⁴⁷ Ibid., p. 307, par. 67.

38. Outre la pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord des parties, visée à l'article 31, paragraphe 3 *b*, il se peut qu'il faille tenir compte d'autres formes de pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application de l'acte constitutif d'une organisation internationale pour interpréter ce genre de traité. Il arrive que, tout comme d'autres traités multilatéraux, les actes constitutifs d'organisations internationales soient mis en œuvre par le biais de pratiques ou d'accords bilatéraux ou régionaux ultérieurs⁴⁸. Conclues entre un nombre restreint de parties à l'acte constitutif multilatéral, ces traités bilatéraux ne constituent pas à proprement parler des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, mais ils n'en donnent pas moins des indications sur l'interprétation correcte dudit acte et peuvent, pris ensemble, être pertinents pour l'interprétation de ce type de traités.

39. La Convention relative à l'aviation civile internationale, qui porte création de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), offre un exemple de pratique ultérieure prenant la forme d'accords bilatéraux s'inscrivant dans un traité constitutif multilatéral. Elle laisse en effet aux parties le soin de régler plusieurs de ses aspects dans un cadre bilatéral, multilatéral ou régional. Par souci d'uniformité, un « modèle type d'accord » a été élaboré et annexé à l'Acte final de la Conférence internationale de l'aviation civile⁴⁹. Ce modèle donne des orientations générales sur l'adoption d'accords bilatéraux ultérieurs relatifs à l'exécution de services aériens commerciaux internationaux (accords relatifs aux services aériens ou accords relatifs au transport aérien)⁵⁰. De nombreux pays se sont inspirés des deux accords relatifs au transport aérien conclus entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en 1946 et 1977 (dits accords « Bermuda » et « Bermuda II »)⁵¹ pour élaborer leurs propres accords types. Une troisième génération d'accords bilatéraux (dits « accords ciel ouvert »), inspirée d'une série de traités entre les États-Unis et divers autres États prévoyant une libéralisation plus poussée que les accords qu'ils sont venus annuler et remplacer, est apparue après 1990⁵². On trouve dans cette catégorie également un certain nombre de traités multilatéraux et régionaux⁵³.

⁴⁸ Benvenisti et Downs, « The empire's new clothes: political economy and the fragmentation of international law », p. 610 et 611.

⁴⁹ Modèle uniforme d'accord sur les routes aériennes provisoires, annexé à l'Acte final de la Conférence internationale de l'aviation civile, 7 décembre 1944, Organisation provisoire de l'aviation civile internationale, *Conférence internationale de l'aviation civile, Acte final et appendices*, document 2187, p. 23.

⁵⁰ Voir Bowen, « The Chicago International Civil Aviation Conference », p. 309 et suiv.

⁵¹ Remplacés par l'Accord de transport aérien de 2007 entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part (Bruxelles et Washington, 25 et 30 avril 2007, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 134, 25 mai 2007, p. 1), tel que modifié par le Protocole de 2010 (Luxembourg, 24 juin 2010, *ibid.*, L 223, 25 août 2010, p. 3). À propos des accords « Bermuda » et de leur influence sur les autres accords bilatéraux, voir Haanappel, « Bilateral air transport agreements — 1913-1980 », p. 241 à 267.

⁵² Voir Jomini *et al.*, « The changing landscape of air service agreements », document de travail, 30 juin 2009.

⁵³ On citera l'Accord multilatéral de 2001 sur la libéralisation du transport aérien international conclu entre le Brunéi Darussalam, le Chili, la Nouvelle-Zélande, Singapour et les États-Unis, et le Protocole s'y rapportant, de la même date, entre le Brunéi Darussalam, la Nouvelle-Zélande et Singapour. On trouvera davantage de renseignements et le texte de ces accords multilatéraux sur le site Web consacré

40. Entre 3000 et 4000 accords relatifs aux services aériens et au transport aérien, bilatéraux pour la plupart, ont été conclus depuis l'entrée en vigueur de la Convention relative à l'aviation civile internationale et la majorité d'entre eux sont enregistrés auprès de l'OACI. Ce système bilatéral dérivé de la Convention a été regardé comme un « écheveau complexe d'accords de services aériens imbriqués les uns aux autres⁵⁴ », qui a évolué « au gré de la pratique ultérieure des États⁵⁵ ».

41. Un exemple bien connu de pratique ultérieure des parties à un acte constitutif prenant la forme d'une accumulation d'accords bilatéraux concerne l'article 5 de la Convention relative à l'aviation civile internationale. Aux termes de cette disposition, les aéronefs n'assurant pas de services réguliers (à savoir essentiellement les charters) « ont le droit de pénétrer sur [le] territoire [d'un État] ou de le traverser en transit sans escale, et d'y faire des escales non commerciales sans avoir à obtenir d'autorisation préalable [...] sous réserve du droit pour l'État survolé d'exiger un atterrissage », pour autant qu'ils n'embarquent pas ou ne débarquent pas de passagers, de marchandises ou de courrier. En pratique, cependant, les États parties ont eu tendance au fil du temps à exiger des charters qu'ils demandent systématiquement l'autorisation d'atterrir, et c'est de cette manière que l'article est interprété à l'heure actuelle⁵⁶. Cette pratique revêt pour partie un caractère unilatéral, mais figure également dans plusieurs accords bilatéraux relatifs aux services aériens⁵⁷. On peut considérer que la conjonction entre les exigences imposées unilatéralement par certains États parties à la Convention, une série d'accords bilatéraux conclus entre un groupe d'autres parties à la Convention et l'absence d'opposition du reste des États parties a donné lieu à la formation d'un accord entre les parties à la Convention quant à l'interprétation de l'article 5. Même à supposer que l'existence d'un tel accord ne puisse être établie, l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969 autorise à se fonder sur la pratique ultérieure découlant de la série d'accords bilatéraux et d'actes unilatéraux pour interpréter cette disposition⁵⁸.

42. L'Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 constitue un autre exemple de la pertinence, aux fins de l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale, d'un accord ultérieurement conclu entre un groupe de parties qui ne comprendrait pas l'ensemble des parties à cet acte⁵⁹.

à l'Accord, à l'adresse suivante : www.maliat.govt.nz; et Tomas, « Air transport agreements, regulation of liability ».

⁵⁴ Département de l'infrastructure et des transports de l'Australie, « The bilateral system – how international air services work », disponible à l'adresse suivante : www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral_system.aspx.

⁵⁵ Havel, *Beyond Open Skies: A New Regime for International Aviation*, p. 10.

⁵⁶ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 215; voir aussi Feldman, « Evolving treaty obligations: a proposal for analyzing subsequent practice derived from WTO dispute settlement », p. 664.

⁵⁷ Haanappel, *The Law and Policy of Air Space and Outer Space: A Comparative Approach*, p. 110 et 111, qui mentionne la pratique des États-Unis telle qu'elle est reflétée par les accords ciel ouvert.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Voir Anderson, « 1969 Vienna Convention: Article 5. Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization », p. 96, par. 26.

2. PRATIQUE DES ORGANES D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

43. Dans d'autres affaires, la Cour internationale de Justice s'est référée dans son raisonnement interprétatif à la pratique des organes d'une organisation internationale sans faire, semble-t-il, mention de la pratique ou de l'acceptation des membres de l'Organisation. Elle a notamment déclaré que la « pratique propre » de l'organisation internationale pouvait « mériter [...] une attention spéciale » dans le processus d'interprétation⁶⁰. Dans son avis consultatif relatif à la *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, elle a ainsi affirmé :

Les organes auxquels l'article 4 a confié le jugement de l'Organisation en matière d'admission ont constamment interprété ce texte en ce sens que l'Assemblée générale ne peut décider une admission que sur la base d'une recommandation émanant du Conseil de sécurité⁶¹.

44. De même, dans son avis consultatif relatif à l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, la Cour visait les actes des organes de l'organisation lorsqu'elle se référait à la « pratique des Nations Unies » :

Dans la pratique, et selon les informations fournies par le Secrétaire général, l'Organisation des Nations Unies a été amenée à confier des missions de plus en plus variées à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de l'Organisation. [...] Dans tous ces cas, il ressort de la pratique des Nations Unies que les personnes ainsi désignées, et en particulier les membres de ces comités ou commissions, ont été regardés comme des experts en mission au sens de la section 22⁶².

45. En outre, dans son avis consultatif relatif à la *Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime*, elle s'est servie comme moyen d'interprétation de la « pratique suivie par l'Organisation elle-même pour appliquer la Convention⁶³ ».

46. Dans l'avis consultatif relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies*, elle a accordé beaucoup d'importance au fait que

[l]a pratique constante de l'Assemblée générale est d'inclure dans les résolutions concernant le budget annuel des dispositions touchant les dépenses qui découlent du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Tous les ans, depuis 1947, l'Assemblée a pris par anticipation des dispositions touchant « des dépenses imprévues et extraordinaires » entraînées par les actions visant au « maintien de la paix et de la sécurité »⁶⁴. [...]

La Cour conclut que, d'année en année, les dépenses de la FUNU ont été traitées par l'Assemblée générale comme des dépenses de l'Organisation au sens du paragraphe 2 de l'article 17 de la Charte⁶⁵.

⁶⁰ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* (voir *supra* la note 26), p. 75, par. 19.

⁶¹ *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 4, à la page 9.

⁶² *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989, p. 177, à la page 194, par. 48.

⁶³ *Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1960, p. 150, à la page 169.

⁶⁴ *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir *supra* la note 27), p. 160.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 175.

47. Elle a également expliqué dans cet avis la raison pour laquelle la pratique des organes d'une organisation internationale pouvait être pertinente pour l'interprétation de l'acte constitutif :

Certaines propositions présentées pendant la rédaction de la Charte et qui visaient à remettre à la Cour internationale de Justice l'autorité suprême d'interpréter la Charte n'ont pas été adoptées ; l'avis que la Cour s'apprête à donner ici est un avis *consultatif*. Comme il a été prévu en 1945, chaque organe doit donc, tout au moins en premier lieu, déterminer sa propre compétence. Si le Conseil de Sécurité par exemple adopte une résolution visant au maintien de la paix et de la sécurité internationales et si, conformément à un mandat ou à une autorisation inscrite dans cette résolution, le Secrétaire général contracte des obligations financières, il est à présumer que les montants en question constituent des « dépenses de l'Organisation »⁶⁶.

48. Étant donné que de nombreuses organisations internationales ont en commun de ne pas disposer d'une « autorité suprême pour interpréter » leur acte constitutif, le raisonnement de la Cour a été communément accepté comme étant l'expression d'un principe général du droit des organisations internationales⁶⁷.

49. Dédire une présomption de la pratique d'un organe d'une organisation internationale, comme c'est le cas dans l'avis relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies*, revient à ériger la pratique des organes en moyen d'interprétation. Il en résulte que la pratique suivie par les organes dans l'application d'un acte constitutif peut donc, à tout le moins, être considérée comme constituant une « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969⁶⁸. L'effet attribué par la Cour à la pratique des organes semble toutefois aller au-delà des conditions et effets envisagés à cet article. Dans la mesure où il suffit pour donner naissance à la présomption reconnue dans l'avis relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies* d'un ou de plusieurs actes d'un organe d'une organisation internationale, la pratique visée ici ne semble pas nécessairement correspondre à la « pratique bien établie » de l'article 2, paragraphe 1 *j*, de la Convention de Vienne de 1986, laquelle est même susceptible de constituer une « [règle] de l'organisation⁶⁹ ». Cela montre que la pratique des organes d'organisations internationales peut, en elle-même, constituer un moyen d'interprétation de l'acte constitutif desdites organisations et que l'effet présomptif reconnu dans l'avis relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies* n'est qu'un exemple de ce rôle dans le processus interprétatif⁷⁰. En faisant également référence à des actes d'organisations internationales

⁶⁶ *Ibid.*, p. 168.

⁶⁷ Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, p. 90 ; Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, p. 25 ; Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, p. 80 ; Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, p. 224 et 225.

⁶⁸ Voir projets de conclusions 1, paragraphe 4, et 4, paragraphe 3, *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 18.

⁶⁹ Il convient d'observer que la Commission a précisé, dans son commentaire du projet d'articles, que la référence faite, à l'article 2, paragraphe 1 *j*, à la « pratique bien établie » « n'entend nullement affirmer que la pratique tient dans toutes les organisations une place identique », paragraphe 25 du commentaire de l'article 2 du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 21.

⁷⁰ Lauterpacht, « The development of the law of international organizations by the decisions of international tribunals », p. 460 ; Blokker, « Beyond "Dili" : on the powers and practice of international organizations », p. 312 à 318.

adoptés malgré l'opposition de certains États membres⁷¹, la Cour a reconnu que de tels actes pouvaient constituer une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation, sans pour autant que cette pratique jouisse du même poids que celle qui manifesterait l'accord des parties quant à l'interprétation de l'acte constitutif.

50. Il convient également de noter que la pratique suivie par un organe d'une certaine organisation internationale peut contribuer à l'interprétation de l'acte constitutif d'une autre organisation internationale. Ainsi, le secrétariat de l'Organisation maritime internationale a réaffirmé récemment la position qu'il défend depuis longtemps, selon laquelle

le non-respect des dispositions de l'[Organisation maritime internationale] se solderait par des navires qui ne seraient pas aux normes et irait à l'encontre des obligations fondamentales imposées par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en matière de sécurité de la navigation et de prévention de la pollution par les navires⁷².

51. Ces exemples montrent que la pratique des organes, en elle-même et indépendamment de son acceptation par toutes les parties à l'acte constitutif de l'organisation internationale concernée, a été reconnue comme moyen d'interprétation, sans pour autant qu'elle doive nécessairement dicter l'issue du processus interprétatif. Les commentateurs conviennent que l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales au moyen de la pratique suivie par leurs organes constitue souvent un moyen d'interprétation pertinent⁷³. On peut donc dire que l'effet interprétatif de la pratique des organes correspond à l'effet prévu à l'article 32, voire le dépasse si la nature des règles énoncées dans l'acte constitutif concerné s'y prête.

3. COMBINAISON DE LA PRATIQUE DES ORGANES DE L'ORGANISATION ET DE LA PRATIQUE ULTÉRIEURE DES PARTIES

52. Une troisième possibilité de tenir compte de la pratique suivie dans l'application de l'acte constitutif d'une organisation internationale consiste à combiner la

⁷¹ Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 134, à la page 149 [dans lequel la Cour mentionne la résolution 1600 (XV) de l'Assemblée générale en date du 15 avril 1961 (adoptée par 60 voix pour, 23 abstentions et 16 voix contre, notamment celles de l'Union des Républiques socialistes soviétiques [URSS] et d'autres États du « bloc de l'Est »); et la résolution 1913 (XVIII) en date du 13 décembre 1963 (adoptée par 91 voix pour contre 2, celles de l'Espagne et du Portugal, et 11 abstentions)].

⁷² « Implications of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the International Maritime Organization », étude du secrétariat de l'Organisation maritime internationale, document LEG/MISC.8, 30 janvier 2014, p. 12; cette information a été fournie par l'Allemagne en réponse à la demande de renseignements émanant de la Commission. La Cour internationale de Justice a cependant estimé ce qui suit à propos d'un traité qui n'était pas l'acte constitutif d'une organisation internationale: « Il convient d'observer d'abord que l'existence d'une pratique administrative n'est pas en soi un élément concluant pour apprécier la conception que les États contractants à la Convention sur le génocide ont pu se former des droits et devoirs qui en résultent », *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 15, à la page 25.

⁷³ Brölmann, « Specialized rules of treaty interpretation: international organizations », p. 520 et 521; Kadelbach, « The interpretation of the Charter », p. 80; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 113 et 246 (qui souligne également que les organisations internationales ont beau avoir accumulé beaucoup d'expérience dans l'interprétation de leurs propres actes constitutifs, la plupart des documents pertinents sont difficilement accessibles ou il est malaisé de « vraiment [en] tirer des indications sur l'application des règles d'interprétation des traités »).

pratique des organes de l'organisation et la pratique ultérieure des États parties, notamment pour ce qui est de leur acceptation de la pratique des organes⁷⁴. C'est ainsi que, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain)*, la Cour internationale de Justice a interprété l'expression « y compris les voix de tous les membres permanents », employée au paragraphe 3 de l'Article 27 de la Charte des Nations Unies, comme incluant les abstentions, en s'appuyant avant tout sur le fait que la pratique de l'organe concerné était également « généralement acceptée » par les États Membres :

[L]es débats qui se déroulent au Conseil de sécurité depuis de longues années prouvent abondamment que la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée, à en juger d'après les décisions de la présidence et les positions prises par les membres du Conseil, en particulier par les membres permanents, comme ne faisant pas obstacle à l'adoption de résolutions. [...] La procédure suivie par le Conseil de sécurité, qui est demeurée inchangée après l'amendement apporté à l'Article 27 de la Charte en 1965, a été généralement acceptée par les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'Organisation⁷⁵.

53. Dans cette affaire, la Cour s'est tout autant appuyée sur la pratique d'un ou plusieurs organes de l'organisation que sur le fait que cette pratique était « généralement acceptée » par les États membres, qualifiant l'association de ces deux éléments de « pratique générale de l'Organisation »⁷⁶. C'est cette même démarche qu'elle a suivie dans son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* lorsqu'elle a déclaré : « La Cour estime que la pratique *acceptée** de l'Assemblée générale, telle qu'elle a évoluée, est compatible avec le paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte⁷⁷. »

54. De même, dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [(Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant))]*, la Cour s'est référée aux recommandations (non contraignantes) de la Commission baleinière internationale (nom qui désigne à la fois l'organisation internationale établie par la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine⁷⁸ et un organe de celle-ci), précisant que lorsque ces recommandations sont « adoptées par consensus ou

⁷⁴ Higgins, « The development of international law by the political organs of the United Nations », p. 119.

⁷⁵ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, à la page 22, par. 22.

⁷⁶ Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 1990—part two », p. 76 et 77 (qui signale « [qu']on peut présumer que la référence par la Cour à la pratique comme étant celle “de” l'Organisation vise non une pratique suivie par l'Organisation en tant qu'entité dans ses relations avec d'autres sujets de droit international, mais une pratique suivie, approuvée ou respectée dans l'ensemble de l'Organisation. Vue sous cet angle, la pratique n'est pas tant une série d'actes ou d'abstentions des membres permanents ne visant ni à bloquer l'adoption de la résolution proposée ni à l'approuver officiellement, qu'une reconnaissance au moment pertinent par les autres membres du Conseil de sécurité et, de fait, par tous les États membres, par acceptation tacite, de la validité de ces résolutions »).

⁷⁷ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* la note 71), p. 150, par. 28; voir également p. 149 et suiv.

⁷⁸ Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change*, p. 37 et 38; Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law*, p. 311, note 121.

à l'unanimité, elles peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé⁷⁹». Elle a déclaré à cet égard ce qui suit :

[L]'Australie et la Nouvelle-Zélande surestiment [...] l'importance juridique des résolutions et lignes directrices qu'elles invoquent, et qui ont simple valeur de recommandations. Premièrement, nombre des résolutions de la [Commission baleinière internationale] ont été adoptées sans l'appui de tous les États parties à la Convention, et en particulier sans l'aval du Japon. Ces instruments ne sauraient donc être considérés comme constitutifs d'un accord ultérieur au sujet de l'interprétation de l'article VIII, ni d'une pratique ultérieure établissant l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité au sens des alinéas *a* et *b*, respectivement, du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸⁰.

55. Un autre exemple a trait à l'admission de la République arabe unie (Égypte et Syrie) à l'OACI. En l'occurrence, le Conseil de l'OACI avait décidé d'admettre la République arabe unie, précisant toutefois que sa décision ne portait pas préjudice au droit de l'Assemblée de l'OACI de statuer sur les rapports entre la République arabe unie et l'Organisation. La décision du Conseil qui en a découlé n'a pas été contestée et a été acceptée par les États membres par consentement tacite⁸¹. Une pratique similaire a été suivie dans le cas de la succession au siège de la République fédérale tchèque et slovaque et de la République fédérative socialiste de Yougoslavie au Fonds monétaire international⁸².

56. Certains auteurs estiment nécessaire d'établir une distinction entre la conduite collective de l'organisation et la conduite des parties⁸³, mais rien n'empêche de combiner ces deux formes de pratique ultérieure⁸⁴.

D. Les accords ultérieurs, au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, en tant que moyen d'interprétation d'actes constitutifs d'organisations internationales

57. Les accords ultérieurs, au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, peuvent également avoir une incidence sur l'interprétation des traités qui sont des actes constitutifs d'organisations internationales. Il convient cependant de noter que l'éventuelle incidence des accords entre les parties doit être appréciée, au premier chef, au regard des dispositions de l'acte constitutif lui-même et des autres règles de l'organisation. Ainsi, si l'acte constitutif dispose que son interprétation relève d'une procédure spéciale, on pourra présumer qu'en concluant un accord postérieurement à la conclusion du traité les parties n'entendaient pas contourner cette procédure. En outre, il se peut que les règles et la pratique établie de l'organisation interdisent la prise en considération des accords conclus entre les parties pour

l'interprétation de ses actes constitutifs, comme c'est le cas à l'Union européenne dans les domaines de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne⁸⁵.

58. En matière d'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales, on distingue essentiellement deux formes d'accords ultérieurs : les accords autonomes entre les parties et les accords entre les parties prenant la forme d'une décision d'un organe plénier d'une organisation internationale.

1. ACCORDS ULTÉRIEURS AUTONOMES ENTRE LES PARTIES

59. Les accords autonomes entre les parties relatifs à l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales sont rares. Lorsque des questions se posent quant à l'interprétation de tels instruments, les parties agissent le plus souvent dans le cadre de l'organe plénier en qualité de membre de cet organe. S'il est nécessaire de modifier, d'amender ou de compléter le traité, les parties soit ont recours à la procédure d'amendement qu'il prévoit, soit concluent un nouveau traité, habituellement un protocole (articles 39 à 41 de la Convention de Vienne de 1969). Il n'est toutefois pas exclu que les parties agissent au sein de l'organe plénier en qualité de partie. Ainsi, dans le cadre de l'Union européenne, le Conseil européen (organe composé des chefs d'État ou de gouvernement des États membres, ainsi que du Président du Conseil et du Président de la Commission) a décidé en 1995 que

le nom de la monnaie européenne sera[it] « euro ». [...] Le nom spécifique « euro » [serait] utilisé au lieu du terme générique « écu » employé dans le traité pour désigner l'unité monétaire européenne.

Les gouvernements des quinze États membres sont convenus d'un commun accord que la présente décision constitu[ait] l'interprétation agréée et définitive des dispositions du traité⁸⁶.

60. Il est parfois difficile de savoir si les « États membres réunis au sein » de l'organe plénier d'une organisation internationale entendent agir en leur qualité de membre de cet organe, comme ils le font généralement, ou en leur qualité d'État partie à l'acte constitutif de l'organisation⁸⁷. La Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'elle a été amenée à se prononcer sur cette question, s'est fondée au premier chef sur le libellé de l'acte en cause :

Du libellé de cette disposition, il ressort clairement que les actes adoptés par les représentants des États membres agissant non pas en qualité de membres du Conseil, mais en qualité de représentants de leur gouvernement, et exerçant ainsi collectivement les compétences des États membres, ne sont pas soumis au contrôle de légalité exercé par la Cour. Comme l'avocat général l'a indiqué au point 18 de ses conclusions, il est indifférent à cet égard qu'un tel acte soit intitulé « acte des États membres réunis au sein du Conseil » ou « acte des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil »⁸⁸.

⁷⁹ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 226, à la page 248, par. 46.

⁸⁰ Ibid., p. 257, par. 83.

⁸¹ Bühler, *State Succession and Membership in International Organizations*, p. 295 (qui mentionne Buergethal, *Law-Making in the International Civil Aviation Organization*, p. 32).

⁸² Ibid., p. 298.

⁸³ Lauterpacht, « The development of the law of international organizations by the decisions of international tribunals », p. 457.

⁸⁴ Voir, par exemple, 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*, p. 382, par. 30.

⁸⁵ Voir *supra* la note 35.

⁸⁶ Voir les conclusions de la Présidence lors du Conseil européen de Madrid de 1995 [*Bulletin de l'Union européenne*, n° 12 (1995), p. 10] ; pour une description de cette décision en tant qu'accord ultérieur, voir Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213 ; et Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », p. 109 et 110.

⁸⁷ Kapteyn et VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities: From Maastricht to Amsterdam*, p. 340 à 343.

⁸⁸ Cour de justice des Communautés européennes, *Parlement européen c. Conseil des Communautés européennes et Commission des Communautés européennes*, affaires C-181/91 et C-248/91, arrêt du 30 juin 1993, *Recueil de la jurisprudence 1993*, p. I-3685, à la page I-3717, par. 12.

61. En définitive, la Cour a cependant accordé une importance déterminante au « contenu et à l'ensemble des circonstances dans lesquelles [la décision] a été adopté[e] » pour déterminer si cette décision était à mettre au compte de l'organe ou des États parties :

En conséquence, il ne suffit pas qu'un acte soit qualifié de « décision des États membres » pour qu'il échappe au contrôle institué par l'article 173 du traité. Encore faut-il pour cela vérifier que l'acte en question, eu égard à son contenu et à l'ensemble des circonstances dans lesquelles il a été adopté, ne constitue pas en réalité une décision du Conseil⁸⁹.

62. Ces considérations paraissent également pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer si un acte donné se rapporte à l'interprétation de l'acte constitutif de l'organisation concernée.

2. DÉCISIONS D'ORGANES PLÉNIERS EN TANT QU'ACCORDS ULTÉRIEURS ENTRE LES PARTIES

63. Les décisions et recommandations des organes pléniers d'organisations internationales ayant traité à l'interprétation ou à l'application d'une disposition conventionnelle peuvent également, sous certaines conditions, valoir accord ultérieur entre les parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969, sous réserve qu'elles représentent bien l'accord des parties à l'acte constitutif elles-mêmes. Ainsi, l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a déclaré en des termes généraux ceci :

En nous fondant sur le texte de l'article 31 3 a) de la Convention de Vienne, nous estimons qu'une décision adoptée par les Membres peut être considérée comme un « accord ultérieur intervenu entre les parties » au sujet de l'interprétation d'un accord visé ou de l'application de ses dispositions si : i) la décision est, au sens temporel, adoptée ultérieurement par rapport à l'accord visé pertinent ; et ii) les termes et la teneur de la décision expriment un accord entre les Membres concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition du droit de l'OMC⁹⁰.

64. En ce qui concerne plus précisément les conditions dans lesquelles la décision d'un organe plénier peut valoir accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, l'Organe d'appel de l'OMC a estimé ce qui suit :

263. S'agissant du premier élément, nous notons que la Décision ministérielle de Doha a été adoptée par consensus le 14 novembre 2001 à l'occasion de la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC. [...] Pour ce qui est du deuxième élément, la question clé à laquelle il faut répondre est celle de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha exprime un accord entre les Membres concernant l'interprétation ou l'application de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC [Accord sur les obstacles techniques au commerce].

264. Nous rappelons que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha dispose ce qui suit :

Sous réserve des conditions énoncées au paragraphe 12 de l'article 2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'expression « délai raisonnable » sera interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés.

265. Pour répondre à la question de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha exprime un accord entre les Membres concernant l'interprétation ou l'application de l'expression

« délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC, nous trouvons des indications utiles dans le rapport de l'Organe d'appel CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur I)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis). L'Organe d'appel a observé que la Commission du droit international (« CDI ») avait décrit un accord ultérieur au sens de l'article 31 3 a) de la Convention de Vienne « comme [un] autre élément authentique d'interprétation dont il faut tenir compte en même temps que du contexte ». Selon lui, « en faisant référence à une “interprétation authentique”, la CDI [interprétait] l'article 31 3 a) comme visant les accords influant spécifiquement sur l'interprétation d'un traité ». Nous examinerons donc si le paragraphe 5.2 influe spécifiquement sur l'interprétation de l'article 2.12 de l'Accord OTC.

266. Le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha fait explicitement référence à l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC et définit ce délai comme étant « normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs raisonnables recherchés » par un règlement technique. Compte tenu des termes et de la teneur du paragraphe 5.2, nous ne pouvons pas discerner de fonction du paragraphe 5.2 autre que d'interpréter l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC. Nous estimons par conséquent que le paragraphe 5.2 influe spécifiquement sur l'interprétation de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC. Nous examinons maintenant si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha traduit un « accord » intervenu entre les Membres – au sens de l'article 31 3 a) de la Convention de Vienne – au sujet de l'interprétation de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC.

267. Nous notons que le texte de l'article 31 3 a) de la Convention de Vienne n'établit pas de prescription quant à la forme qu'un « accord ultérieur intervenu entre les parties » devrait prendre. Nous estimons donc que le terme « accord » figurant à l'article 31 3 a) de la Convention de Vienne se réfère, fondamentalement, à la substance plutôt qu'à la forme. Ainsi, à notre avis, le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha peut être qualifié « d'accord ultérieur » au sens de l'article 31 3 a) de la Convention de Vienne à condition qu'il exprime clairement une communauté de vues et une acceptation de cette communauté de vues entre les Membres au sujet du sens de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC. Pour déterminer si c'est le cas, nous estimons que les termes et la teneur du paragraphe 5.2 ont un caractère dispositif. À ce propos, nous notons que la communauté de vues entre les Membres au sujet du sens de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC est exprimée par les termes « sera interprétée comme signifiant », qui ne peuvent pas être considérés comme étant simplement incitatifs.

268. Pour les raisons qui précèdent, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial [...] selon laquelle le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha constitue un accord ultérieur intervenu entre les parties, au sens de l'article 31 3 a) de la Convention de Vienne au sujet de l'interprétation de l'expression « délai raisonnable » figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC.⁹¹

65. Si la Décision ministérielle de Doha ne porte pas sur une disposition de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce lui-même, elle n'en a pas moins traité à une annexe à cet accord (l'Accord sur les obstacles techniques au commerce) et donc à une disposition de l'acte constitutif d'une organisation internationale. En tout état de cause, l'Organe d'appel se réfère d'une manière générale au « droit de l'OMC », ce qui inclut, en tout premier lieu, l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce lui-même.

66. Le raisonnement de l'Organe d'appel mérite d'être signalé car il exige, pour qu'une décision d'un organe plénier constitue un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, qu'elle « influe spécifiquement sur l'interprétation » du traité, et ce, de manière explicite (« nous ne pouvons pas discerner de fonction du paragraphe 5.2 autre que d'interpréter l'expression “délai raisonnable” »), de façon à écarter toute possibilité que les parties aient

⁸⁹ Ibid., p. I-3718, par. 14.

⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle, WT/DS406/AB/R, adopté le 24 avril 2012, par. 262.

⁹¹ Ibid., par. 263 à 268.

simplement entendu offrir une ou plusieurs options pratiques non exclusives pour l'application du traité ou formuler une recommandation générale à caractère purement exhortatif. L'imposition de conditions aussi strictes montre que l'Organe d'appel considère d'une manière générale que la décision de la Conférence ministérielle de l'OMC, en tant qu'organe plénier, ne revêtirait que dans des cas exceptionnels le caractère d'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, en plus de l'effet qui est normalement le sien au titre de l'acte constitutif.

67. L'idée selon laquelle les actes des organes pléniers puissent, sous certaines circonstances, constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, vaut également pour d'autres organisations internationales. Certains auteurs ont clairement pris position en ce sens, tant en ce qui concerne l'Assemblée générale⁹² que les organes pléniers d'autres organisations internationales⁹³, et la Cour internationale de Justice s'est pour

⁹² Voir Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213 (qui déclare que la résolution 51/210 de l'Assemblée générale, intitulée « Mesures visant à éliminer le terrorisme international », peut être considérée comme un accord ultérieur aux fins de l'interprétation de la Charte des Nations Unies); Jiménez de Aréchega, « International law in the past third of a century », p. 32 (qui affirme, à propos de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies [résolution 2625 (XXV) en date du 24 octobre 1970, annexe], qu'elle ne vise pas à amender la Charte, mais à clarifier les principes juridiques fondamentaux figurant à l'Article 2; qu'adoptée en ces termes et sans vote contre, elle constitue une expression, faisant autorité, de l'opinion de la totalité des Parties à la Charte au sujet de ces principes fondamentaux, ainsi que de certains principes corollaires en découlant; qu'à la lumière de ces circonstances, il semble difficile de nier le poids et l'autorité juridiques de cette déclaration, aussi bien en tant que résolution reconnaissant ce que les États Membres eux-mêmes estiment constituer les règles en vigueur du droit coutumier, qu'en tant qu'interprétation de la Charte par le biais de l'accord et de la pratique ultérieurs de toutes les parties); Schachter, « International law in theory and practice: general course in public international law », p. 113 [« les résolutions déclaratoires de droit qui ont interprété et "concrétisé" les principes de la Charte – soit en tant que règles générales, soit concernant des cas particuliers – peuvent être considérées comme une interprétation authentique donnée par les Parties des obligations conventionnelles qui leur incombent. À cet égard, elles relèvent de l'interprétation et, approuvées par tous les États Membres, elles ont aisément trouvé leur place en tant que source de droit établie. Un exemple célèbre, cité par les gouvernements et les juristes, en est la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, adoptée par consensus (c'est-à-dire sans objection) en 1970 »]; White, *The United Nations System: Toward International Justice*, p. 38 (qui observe que les résolutions de l'Assemblée générale adoptées par consensus peuvent être considérées comme des accords ultérieurs); voir aussi Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 216 et 217 (qui observent, à propos de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969, qu'il y a des exemples bien connus de résolutions de l'Assemblée générale qui interprètent et appliquent la Charte des Nations Unies, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et d'autres encore portant sur la décolonisation, le terrorisme et l'emploi de la force); Kunig, « United Nations Charter, Interpretation of », p. 275 (qui déclare, en s'appuyant sur l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire du Nicaragua [Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)], fond, arrêt, C.I.J. Recueil, p. 14], que, « [s]i elles sont adoptées par consensus, les résolutions de l'Assemblée générale peuvent jouer un rôle majeur dans la formation et l'évolution des valeurs juridiques, et ainsi pour l'interprétation de la Charte des Nations Unies »).

⁹³ Schermers et Blokker, *International Institutional Law*, p. 854 (qui mentionnent les interprétations livrées par l'Assemblée du Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures au sujet des instruments constitutifs du Fonds);

sa part appuyée sur les résolutions de l'Assemblée générale pour interpréter les dispositions de la Charte des Nations Unies. Si elle n'a pas fait mention de l'article 31, paragraphe 3 a, il n'en demeure pas moins qu'elle a clairement indiqué que la simple adoption d'une résolution n'était pas suffisante. C'est notamment la position qu'elle a adoptée pour interpréter l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte à la lumière de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies⁹⁴, lorsqu'elle s'est interrogée sur l'« attitude des Parties et des États à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale » et sur leur consentement à ces textes⁹⁵. En effet, comme l'a indiqué l'Organe d'appel de l'OMC, qualifier une décision collective d'« élément authentique d'interprétation » aux fins de l'article 31, paragraphe 3 a, ne se justifie que s'il est clair que les parties à l'acte constitutif d'une organisation internationale ont agi en qualité de partie et non, comme elles le font habituellement, à titre institutionnel en tant que membre des organes pléniers concernés⁹⁶.

Cogen, « Membership, associate membership and pre-accession arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT », p. 157 et 158 [qui cite comme exemple possible d'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, une décision du Conseil de l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN) du 17 juin 2010, adoptée à l'unanimité, qui interprète les conditions d'adhésion prévues par la Convention pour l'établissement d'une Organisation européenne pour la recherche nucléaire].

⁹⁴ Voir *supra* la note 92.

⁹⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (voir *supra* la note 92), p. 100, par. 188: « L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions ne peut être interprété comme celui d'un simple rappel ou d'une simple spécification de l'engagement conventionnel pris dans la Charte. Il peut au contraire s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes. » Cette déclaration, dont le but premier est d'expliquer le rôle possible des résolutions de l'Assemblée générale en matière de formation du droit coutumier, constitue aussi la reconnaissance en filigrane d'une question d'ordre conventionnel selon laquelle ces résolutions peuvent servir à exprimer l'accord, ou la position, des parties au sujet d'une certaine interprétation de la Charte des Nations Unies en tant que traité (« spécification »); de même, voir l'affaire relative à la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (note 15 *supra*), p. 437, par. 80 (dans laquelle la Cour a conclu, à partir notamment de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies que « [l]a portée du principe de l'intégrité territoriale est donc limitée à la sphère des relations interétatiques »); en ce sens, voir par exemple Sohn, « The UN system as authoritative interpreter of its law », p. 176 et 177 (qui observe au sujet de l'affaire du Nicaragua que « [l]a Cour a accepté la Déclaration sur les relations amicales en tant qu'interprétation authentique de la Charte »); Divac Öberg, « The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ », p. 897 [qui observe que, selon l'arrêt rendu en l'affaire du Nicaragua, le rôle des résolutions de l'Assemblée générale, telles que la Déclaration sur les relations amicales, « ne se limite pas à une réaffirmation ou une interprétation ("rappel ou spécification") »].

⁹⁶ Voir rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle* (note 90 *supra*), et Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO*, p. 114 et 115 (qui affirme que « parmi les décisions prises par les organes de l'OMC, il convient d'établir une distinction entre les décisions dites "institutionnelles" et "non institutionnelles". Les premières – désignées par l'expression de "législation dérivée" – se fondent sur les pouvoirs spécifiquement attribués à un organe donné et sont prises conformément aux procédures établies par les règles de l'organisation. En revanche, les décisions "non institutionnelles" sont prises dans le cadre de l'OMC, mais par les États à titre individuel, en leur qualité de parties à un traité multilatéral, sur le fondement du droit international général – à savoir la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités »).

E. Façons de concevoir les diverses utilisations de la pratique et des accords ultérieurs au regard des règles d'interprétation de la Convention de Vienne

68. Différents points de vue ont été exprimés quant à savoir si les diverses utilisations que les cours et tribunaux internationaux faisaient de la pratique suivie dans l'application d'actes constitutifs d'organisations internationales comme moyen d'interprétation représentaient simplement différentes manifestations des articles 31 et 32 en tant que règles fondamentales d'interprétation des traités, ou si ces utilisations traduisaient également l'existence d'une règle spéciale ou supplémentaire d'interprétation applicable à ces actes constitutifs.

69. Selon Gardiner, puisque la Cour internationale de Justice, après avoir mentionné la « pratique propre » de l'organisation internationale dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, met en exergue la disposition de la Convention de Vienne de 1969 sur la pratique ultérieure en la citant intégralement dans la brève référence qu'elle fait à certains éléments de la règle générale, elle semble bien avoir assimilé la pratique propre de l'organisation à la pratique ultérieure figurant dans les règles de la Convention de Vienne⁹⁷. En revanche, Schermers et Blokker, tout en reconnaissant que, dans cet avis consultatif, la Cour avait plus qu'auparavant tenté de formuler un fondement juridique permettant de faire référence à la pratique de l'organisation, ont estimé qu'un désavantage de l'approche qu'elle avait adoptée tenait à ce que « la pratique ultérieure » en tant que règle d'interprétation énoncée dans la Convention de Vienne de 1969 visait la pratique des États parties à un traité donné, et non la pratique de l'organisation elle-même. En ce sens, selon ces auteurs, le paragraphe 3 b de l'article 31 de la Convention de Vienne semble un fondement inadéquat pour invoquer la « pratique de l'organisation »⁹⁸.

70. Il semble que les points de vue de Gardiner et de Schermers et Blokker ne diffèrent pas sur le fond mais plutôt en ce qu'ils considèrent la « pratique propre » d'une organisation internationale comme pertinente en vertu du paragraphe 3 b de l'article 31 (et de l'article 32) ou à titre indépendant. D'autres ont tenté de combler cette différence d'interprétation. Par exemple, dans l'affaire relative à la *Licéité de la reprise des actions détenues par des personnes privées*, le Tribunal arbitral a estimé que

[l']article 31, paragraphe 3 b, [...] revêt un sens particulier, lorsqu'[il] est appliqué, en conformité avec l'article 5 de la Convention de Vienne, aux actes constitutifs d'organisations internationales. Dans l'affaire *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la Cour internationale de Justice a dit que « les droits et devoirs d'une entité telle que l'Organisation [des Nations Unies] doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique ». Le fait que la Banque [des règlements internationaux] ait, à de nombreuses occasions, modifié ses Statuts par l'introduction d'un nouvel article semble désigner l'interprétation des Statuts qui fait autorité à cet égard⁹⁹.

⁹⁷ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 247.

⁹⁸ Schermers et Blokker, *International Institutional Law*, p. 844; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 187.

⁹⁹ *Sentence partielle concernant la licéité de la reprise des actions détenues par des personnes privées décidée le 8 janvier 2001 et les normes applicables pour l'évaluation desdites actions*, décision du

71. Klabbers, en revanche, s'appuyant sur l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative à la *Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime*¹⁰⁰, met en doute l'existence d'« une règle spéciale concernant l'interprétation des traités constitutionnels, ce qui n'empêche pas que souvent ces instruments fassent l'objet d'une interprétation plus téléologique¹⁰¹ ».

72. Même s'il subsiste une certaine différence entre l'approche du Tribunal arbitral et celle de Klabbers, tous deux semblent convenir que la « pratique propre » d'une organisation internationale jouera souvent un rôle particulier dans l'interprétation de son acte constitutif en vertu des règles pertinentes de la Convention de Vienne, notamment en contribuant à préciser l'objet et le but du traité, ou les fonctions de l'organisation¹⁰². Comme le Rapporteur spécial l'a indiqué dans son premier rapport, les accords et la pratique ultérieurs, d'une part, et l'objet et le but du traité, d'autre part, peuvent être étroitement liés au sens où les accords et la pratique ultérieurs servent parfois à préciser l'objet et le but premiers du traité¹⁰³. La Commission a confirmé ultérieurement, dans son commentaire du projet de conclusion 1, que « des exemples donnés de la pratique et des accords ultérieurs ont contribué, ou non, à la détermination du sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet du but du traité¹⁰⁴ ».

73. Les différentes explications de la pertinence que peut avoir la « pratique propre » d'une organisation internationale demeurent dans le cadre des règles d'interprétation figurant dans la Convention de Vienne de 1969. Ces règles permettent non seulement de prendre en considération la pratique d'une organisation que les parties elles-mêmes confirment par leur propre pratique (selon une interprétation étroite du paragraphe 3 b de l'article 31), mais aussi de considérer la pratique de tels organes comme pertinente aux fins de déterminer comme il convient l'objet et le but du traité (notamment la fonction de l'organisation internationale concernée) ou comme une forme d'« autre pratique » de l'application du traité en vertu de l'article 32. Selon l'acte constitutif en question, la « pratique propre » de l'organisation peut ainsi être considérée comme pertinente en tant que telle, ou conjointement avec la pratique des parties ou comme une indication de l'objet et du but du traité, ou simplement comme non pertinente (par exemple dans le

22 novembre 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (numéro de vente: E/F.04.V.15), p. 224, par. 145.

¹⁰⁰ *Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime* (voir *supra* la note 63), p. 150.

¹⁰¹ Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, p. 89 et 90.

¹⁰² La Cour internationale de Justice emploie l'expression « des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique », *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, à la page 180.

¹⁰³ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/660, par. 51, accompagné de références supplémentaires.

¹⁰⁴ Paragraphe 15, note 58, du commentaire relatif au projet de conclusion 1 du projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 22; voir notamment *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (note 46 *supra*), p. 306 et 307, par. 67.

cas de l'Union européenne). En ce sens, la jurisprudence contemporaine est conforme à l'approche décrite en 1955 par le juge Lauterpacht en ces termes :

Une interprétation correcte d'un instrument constitutionnel doit tenir compte non seulement de la lettre formelle de l'instrument original, mais encore de son fonctionnement dans la pratique effective et à la lumière des tendances qui se sont révélées dans la vie de l'Organisation¹⁰⁵.

74. L'article 5 permet d'appliquer les règles d'interprétation figurant aux articles 31 et 32 en tenant compte du rôle que les différentes formes de pratique ultérieure et d'accords ultérieurs peuvent jouer dans l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale, ainsi que de la spécificité institutionnelle de l'organisation internationale ou de l'acte constitutif en question, en tant qu'aspect de l'objet et du but du traité¹⁰⁶. Selon la manière dont ils se combinent dans chaque cas, ces éléments contribuent à déterminer si l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale peut évoluer avec le temps et, dans l'affirmative, comment¹⁰⁷. Parfois, la prise en considération de ces éléments a donné lieu à une interprétation comparativement dynamique de ces instruments¹⁰⁸.

F. Caractère et poids de la pratique des organes et des organisations

75. Les travaux antérieurs de la Commission suivent cette conception large des règles de la Convention de Vienne de 1969 sur l'interprétation. La Commission a traité un aspect du rôle de la pratique autre que celle de parties au traité aux fins de l'interprétation lorsqu'elle a adopté provisoirement le projet de conclusion 5 sur l'attribution d'une pratique ultérieure, qui se lit comme suit :

Projet de conclusion 5. L'attribution d'une pratique ultérieure

1. Une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité en vertu du droit international.

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

76. Le projet de conclusion 5 ne signifie pas que la pratique des organes d'organisations internationales ne peut constituer en tant que telle une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Dans son commentaire relatif au projet de conclusion 5, la Commission a expliqué ce qui suit :

¹⁰⁵ *Sud-Ouest africain – Procédure de vote applicable*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1955, p. 67, opinion individuelle de M. Lauterpacht, à la page 106.

¹⁰⁶ Les commentateurs débattent du point de savoir si la spécificité institutionnelle de certaines organisations internationales, associée aux principes et valeurs consacrés par leurs actes constitutifs, pourrait également donner lieu à une interprétation « constitutionnelle » de ces actes, inspirée du droit constitutionnel national ; voir, par exemple, Alvarez, « Constitutional interpretation in international organizations » ; bien qu'ayant reçu une certaine reconnaissance, notamment en ce qui concerne les traités fondateurs de l'Union européenne, cette conception n'a pas été généralement reçue en ce qui concerne la plupart des autres organisations internationales.

¹⁰⁷ Voir le projet de conclusion 3 et le commentaire y relatif, *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 25 à 29.

¹⁰⁸ Dörr, « Article 31 », p. 537, par. 31 ; Schmalenbach, « Article 5 », p. 92, par. 7.

Les décisions, résolutions et autres manifestations de la pratique des organisations internationales peuvent en elles-mêmes être pertinentes pour l'interprétation des traités. C'est ce qu'atteste, par exemple, l'article 2, paragraphe 1 j, de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, qui mentionne la « pratique établie de l'organisation » comme l'une des formes « des règles de l'organisation ». Le projet de conclusion 5 ne concerne que la question de savoir si la pratique des organisations internationales peut révéler une pratique pertinente des États parties à un traité¹⁰⁹.

77. Il convient cependant de noter que la pratique des parties à un traité et celle des organes d'une organisation internationale peuvent avoir un poids différent aux fins de l'interprétation d'un traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale. D'un côté, comme la Commission l'a noté dans son commentaire de l'article 2, paragraphe 1 j, de la Convention de Vienne de 1986, le poids de la pratique particulière de certains organes peut dépendre des règles et caractéristiques spécifiques de l'organisation en question, telles qu'elles sont énoncées dans son acte constitutif :

La plupart des organisations internationales connaissent en effet au bout de quelques années une pratique qui fait partie intégrante des règles de l'organisation. Mais la mention ici faite n'entend nullement affirmer que la pratique tient dans toutes les organisations une place identique ; bien au contraire chaque organisation présente à cet égard ses caractères propres¹¹⁰.

78. D'un autre côté, les cours et tribunaux internationaux ont considéré à de nombreuses reprises – à juste titre – que la pratique des organes de l'organisation et celle de ses États membres sont étroitement liées et constituent un tout (la « pratique générale de l'Organisation¹¹¹ ») aux fins de l'interprétation. De ce point de vue, il est raisonnable de considérer que « la pratique pertinente sera généralement celle des titulaires de l'obligation de faire¹¹² », ce qui signifie que, « lorsque des États confient par traité l'exécution d'activités à une organisation, la manière dont ces activités sont menées peut constituer une pratique au titre du traité ; mais la question de savoir si un tel accord établit un accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité peut nécessiter la prise en compte d'autres éléments¹¹³ ».

79. En mentionnant des actes d'organisations internationales adoptés malgré l'opposition de certains États membres¹¹⁴, la Cour internationale de Justice a donc reconnu qu'ils pouvaient constituer une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation en général, mais non en tant que pratique établissant un accord entre les parties et donc en tant que moyen d'interprétation authentique¹¹⁵.

¹⁰⁹ Paragraphe 14 du commentaire relatif au projet de conclusion 5, *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 38.

¹¹⁰ Paragraphe 25 du commentaire de l'article 2 du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 21.

¹¹¹ *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* (voir *supra* la note 75), p. 22.

¹¹² Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 246.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ La Cour a cité la résolution 1600 (XV) de l'Assemblée générale, en date du 15 avril 1961, et la résolution 1913 (XVIII) de l'Assemblée générale, en date du 3 décembre 1963, dans *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* la note 71), p. 149.

¹¹⁵ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 247.

En revanche, pour la Cour, une « pratique générale de l'organisation » semble avoir plus de poids comme moyen d'interprétation qu'une « pratique établie » d'un organe de celle-ci. Cela tient au fait que la pratique établie d'un organe, acceptée par l'ensemble des membres de l'organisation, équivaut à une pratique ultérieure des parties au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31. En effet, l'apparition de la pratique générale de l'organisation nécessite une interaction entre ses organes et le comportement de ses États membres.

80. « L'acceptation générale » requiert « au minimum » l'acquiescement¹¹⁶. Dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour s'est appuyée sur la pratique de l'organisation (« pratique de l'Organisation des Nations Unies ») pour établir que l'interprétation de l'Article 12 de la Charte avait évolué dans le temps sous l'effet de la conduite ultérieure de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité¹¹⁷. En parlant dans ce contexte de la « pratique acceptée de l'Assemblée générale¹¹⁸ », la Cour a affirmé implicitement que l'acquiescement donné au nom des États membres concernant la pratique suivie par l'organisation dans l'application du traité était une condition suffisante pour établir l'accord concernant l'interprétation de la disposition pertinente du traité.

81. De même, la « pratique bien établie de l'organisation » est un moyen d'interpréter les actes constitutifs des organisations internationales. Le paragraphe 1 *j* de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 et l'article 2 *b* du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales énumèrent même « la pratique bien établie de l'organisation » en tant que « règle de l'organisation ». Cette désignation n'empêche cependant pas que cette pratique serve également de moyen d'interpréter l'acte constitutif de l'organisation. Dans son commentaire du paragraphe 1 *j* du projet d'article 2 de ce qui est devenu la Convention de Vienne de 1986, la Commission a fait observer que

la mention ici faite n'entend nullement affirmer que la pratique tient dans toutes les organisations une place identique; bien au contraire chaque organisation présente à cet égard ses caractères propres. De même, en exigeant une pratique « bien établie » on entend seulement écarter une pratique hésitante ou discutée, mais sans prétendre immobiliser la pratique à un moment quelconque de l'histoire de l'organisation¹¹⁹.

82. La Commission reconnaît ainsi que « la pratique bien établie de l'organisation » constitue à tout le moins un élément complémentaire du droit d'une organisation internationale. Une certaine controverse existe quant à savoir quels effets juridiques précis cette pratique peut produire dans différentes organisations et si ces effets devraient être expliqués plutôt en termes de sources

traditionnelles du droit international (traité ou coutume) ou de droit institutionnel¹²⁰. Cependant, même si on peut difficilement émettre des affirmations générales, il est clair que « la pratique bien établie de l'organisation » comprend une forme caractérisée de pratique des organes¹²¹ qui a été généralement acceptée par les membres de l'organisation, bien que parfois de manière tacite¹²². Cette pratique peut être difficile à discerner de la « pratique générale de l'organisation », forme d'action que la Cour internationale de Justice a utilisée comme moyen d'interprétation¹²³. Elle est donc un moyen d'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale¹²⁴ qui doit être pris en considération, car elle se fonde sur l'accord de ses membres ou découle du caractère institutionnel de l'organisation. Il se peut que la « pratique générale de l'organisation » produise d'autres effets juridiques, mais ceux-ci sont incertains et dépassent le cadre du sujet à l'examen.

G. L'article 5 en tant qu'expression du droit coutumier

83. Certains commentateurs ont soutenu que l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 était l'expression du droit coutumier¹²⁵. Cette affirmation se fonde sur certaines des déclarations faites par les délégations au sujet du projet d'article 4 (devenu article 5) lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités tenue à

¹²⁰ Higgins, « The development of international law by the political organs of the United Nations », p. 121 (« certains aspects de l'interprétation des traités et de la pratique coutumière dans ce domaine sont très étroitement liés »); Peters, « Subsequent practice and established practice of international organizations », p. 631 (une telle pratique « devrait être considérée comme une sorte de droit international coutumier de l'organisation »); il n'est pas convaincant de limiter « la pratique bien établie de l'organisation » à des règles soi-disant internes car, selon la Commission, « [i]l aurait été difficile de se référer au "droit interne" d'une organisation, parce que si ce droit a un aspect interne, par d'autres côtés, il a un aspect international », paragraphe 25 du commentaire relatif au projet d'article 2 du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 21; Schermers et Blokker, *International Institutional Law*, p. 766; voir cependant Ahlborn, « The rules of international organizations and the law of international responsibility », p. 424 à 428.

¹²¹ Blokker, « Beyond "Dili" », p. 312.

¹²² Lauterpacht, « The development of the law of international organizations by the decisions of international tribunals », p. 464 (« consentement général de l'ensemble des membres »); Higgins, « The development of international law by the political organs of the United Nations », p. 121 (« [l]e degré de durée et d'acquiescement ne doit peut-être pas être aussi marqué qu'ailleurs, parce que les organes de l'ONU disposent sans aucun doute de la compétence initiale de prendre de telles décisions [concernant leur propre juridiction et compétence] »); Peters, « Subsequent practice and established practice of international organizations », p. 633 à 641.

¹²³ Arato, « Treaty interpretation and constitutional transformation », p. 322.

¹²⁴ Déclaration écrite du Royaume-Uni concernant le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante et unième session, 16^e séance de la Sixième Commission, soixante-quatrième session de l'Assemblée générale, 27 octobre 2009, p. 4 et 5; Schermers et Blokker, *International Institutional Law*, par. 1347; Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, p. 241; Engel, « "Living" international constitutions and the World Court... », p. 894; Bühler, *State Succession and Membership in International Organizations*, p. 292; Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, p. 90; Ahlborn, « The rules of international organizations and the law of international responsibility », p. 425.

¹²⁵ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 120.

¹¹⁶ Voir Arato, « Treaty interpretation and constitutional transformation: informal change in international organizations », p. 322.

¹¹⁷ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* la note 71), p. 149.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 150.

¹¹⁹ Paragraphe 25 du commentaire relatif au projet d'article 2 du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 21; cela n'exclut pas qu'il existe au sein d'une organisation une pratique non « établie » mais néanmoins importante pour son fonctionnement.

Vienne (1968-1969). Référence est faite en particulier à la déclaration du représentant de l'Argentine, M. Ruda, qui a exprimé l'avis suivant :

[I]l ressort du débat que la règle énoncée dans l'article 4 relève de la *lex lata* codifiant les règles du droit coutumier en vigueur. Celles-ci, fondées sur une longue pratique, diffèrent des règles du droit international général des traités. De l'avis de sa délégation, l'article 4 ne fait que traduire la situation actuelle et n'innove pas¹²⁶.

84. Cependant, cette proposition n'a recueilli que peu d'appui¹²⁷. De plus, les débats sur le projet d'article 4 lors de la Conférence de Vienne ont montré que la règle avait alors un caractère controversé, certaines délégations estimant que ce libellé «introdui[sai]t un risque de confusion et d'obscurité dans une matière particulièrement difficile¹²⁸», d'autres demandant sa suppression,

¹²⁶ *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), 9^e séance, 2 avril 1968, p. 57 et 58, par. 73.*

¹²⁷ Voir les déclarations des représentants du Brésil (*ibid.*, 10^e séance, 3 avril 1968, p. 61, par. 30) et du Conseil de l'Europe (observateur) [*ibid.*, 9^e séance, 2 avril 1968, p. 52, par. 13].

¹²⁸ *Ibid.*, 8^e séance, 2 avril 1968, p. 48, par. 25 (Espagne).

bien que pour des motifs différents¹²⁹. À ce jour, la Cour internationale de Justice ne s'est pas penchée sur la question de savoir si l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 reflétait le droit international coutumier.

85. Aux fins du présent sujet, il n'est cependant pas nécessaire de prendre une décision précise concernant le statut coutumier de l'article 5. Il suffit de dire qu'il a été généralement reconnu que les règles de la Convention de Vienne de 1969 concernant l'interprétation des traités sont applicables aux actes constitutifs d'organisations internationales, mais toujours «sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation». La règle énoncée à l'article 5 est suffisamment souple pour tenir compte de toutes les situations imaginables, même celles où les organes d'une organisation internationale déclarent, comme l'a fait la Cour de justice de l'Union européenne, que l'organisation concernée ne considère pas la «pratique» des États parties ni des organes comme pertinente aux fins de l'interprétation des traités fondateurs. Ainsi compris au sens large et de manière souple, il est clair que l'article 5 est bien l'expression du droit international coutumier.

¹²⁹ Voir *ibid.*, 8^e séance, 2 avril 1968, p. 47 et 48, par. 15, 18 et 21 (États-Unis), et p. 49 et 50, par. 33 et 36 (Suède).

CHAPITRE III

Projet de conclusion 11

86. Les considérations qui précèdent permettent de proposer le projet de conclusion suivant :

«Projet de conclusion 11. Actes constitutifs d'organisations internationales

«1) Les articles 31 et 32 s'appliquent à un traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale, sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation. En conséquence, les accords et la pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, sont, et toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut être, un moyen d'interprétation d'un tel traité.

«2) La conduite d'un organe d'une organisation internationale dans l'application de l'acte constitutif

de cette organisation peut donner lieu à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, ou à toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32, ou en constituer l'expression.

«3) La conduite d'un organe d'une organisation internationale dans l'application de l'acte constitutif de cette organisation peut constituer elle-même une pratique pertinente aux fins de l'interprétation d'un tel traité.

«4) La pratique bien établie d'une organisation internationale doit être prise en compte dans l'interprétation de son acte constitutif.»

APPLICATION PROVISOIRE DES TRAITÉS

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/687

Troisième rapport sur l'application provisoire des traités, par M. Juan Manuel Gómez Robledo, Rapporteur spécial*

[Original : anglais/espagnol]
[5 juillet 2015]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	58
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	60
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-14 60
<i>Chapitres</i>	
I. SUITE DE L'ANALYSE DE VUES EXPRIMÉES PAR LES ÉTATS MEMBRES	15-26 61
II. RAPPORT ENTRE L'APPLICATION À TITRE PROVISOIRE ET LES AUTRES DISPOSITIONS DE LA CONVENTION DE VIENNE DE 1969 ...	27-70 63
A. Article 11. Modes d'expression du consentement à être lié par un traité.....	32-44 63
B. Article 18. Obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur.....	45-52 64
C. Article 24. Entrée en vigueur.....	53-55 65
D. Article 26. <i>Pacta sunt servanda</i>	56-59 66
E. Article 27. Droit interne et respect des traités	60-70 66
III. APPLICATION À TITRE PROVISOIRE DES TRAITÉS PAR LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES.....	71-129 67
A. Historique	71-75 67
B. Étude du Secrétariat sur le développement législatif de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986.....	76-85 68
C. Application à titre provisoire de traités portant création d'organisations internationales ou de régimes internationaux.....	86-102 69
D. Application à titre provisoire des traités négociés au sein des organisations internationales ou des conférences diplomatiques convoquées sous l'égide d'organisations internationales	103-121 70
E. Application provisoire des traités auxquels des organisations internationales sont parties	122-129 72
IV. PROPOSITIONS PRÉLIMINAIRES DE DIRECTIVES RELATIVES À L'APPLICATION PROVISOIRE.....	130-131 73
V. CONCLUSION	132-138 74
ANNEXE. Application provisoire des traités par les organisations internationales.....	75

* Le Rapporteur spécial tient à exprimer toute sa gratitude à Pablo Arrocha Olabuenaga et à Karla Jones pour leur concours inestimable à l'établissement du présent rapport.

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention du Mètre (Paris, 20 mai 1875)	Disponible à l'adresse suivante : www.bipm.org/fr/worldwide-metrology/metre-convention .
Convention concernant l'exercice du droit de protection au Maroc (Madrid, 3 juillet 1880)	<i>Journal officiel de la République française</i> , n° 126, 8 mai 1881, p. 2538.
Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919]	H. Triepel, <i>Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du Grand Recueil de G. Fr. de Martens</i> , troisième série, t. XI, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, p. 323.
Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 15, n° 102, p. 295 ; et <i>annexe 9, Facilitation</i> , 13 ^e éd. (juillet 2011), disponible sur le site de l'Organisation de l'aviation civile internationale : www.icao.int .
Accord relatif à un Office provisoire des transports intérieurs européens (Londres, 8 mai 1945)	Great Britain Foreign Office, <i>Treaty Series No. 2 (1945)</i> , Londres, HM Stationery Office, 1945, p. 1.
Acte final de la Conférence internationale de la Santé, Arrangement conclu par les Gouvernements représentés à la Conférence, et Protocole relatif à l'Office international d'hygiène publique (New York, 22 juillet 1946)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 9, n° 125, p. 3.
Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés et Accord relatif aux dispositions provisoires devant être prises à l'égard des réfugiés et personnes déplacées (New York, 15 décembre 1946)	<i>Ibid.</i> , vol. 18, n° 283, p. 3.
Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) [Genève, 30 octobre 1947]	<i>Ibid.</i> , vol. 55, n° 814, p. 187.
LXXV. Arrangement concernant le commerce international des textiles (Genève, 20 décembre 1973)	<i>Ibid.</i> , vol. 930, n° 814, p. 166.
Convention portant création de l'Organisation maritime internationale (Genève, 6 mars 1948)	<i>Ibid.</i> , vol. 289, n° 4214, p. 3, et vol. 1276, p. 468.
Statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique (New York, 26 octobre 1956)	<i>Ibid.</i> , vol. 276, n° 3988, p. 3.
Convention sur la pêche (Londres, 9 mars 1964)	<i>Ibid.</i> , vol. 581, n° 8432, p. 57.
Accord international de 1968 sur le café (New York, du 18 au 31 mars 1968)	<i>Ibid.</i> , vol. 647, n° 9262, p. 3.
Protocole pour le maintien en vigueur de l'Accord susmentionné tel que prorogé (Londres, 26 septembre 1974)	<i>Ibid.</i> , vol. 982, n° 9262, p. 336.
Accord international de 1968 sur le sucre (Genève, 24 octobre 1968)	<i>Ibid.</i> , vol. 654, n° 9369, p. 3.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Accord international de 1972 sur le cacao (Genève, 21 octobre 1972)	<i>Ibid.</i> , vol. 882, n° 12652, p. 67.
Accord international de 1973 sur le sucre (Genève, 13 octobre 1973)	<i>Ibid.</i> , vol. 906, n° 12951, p. 69.
Accord portant création de l'Union des pays exportateurs de bananes (Panama, 17 septembre 1974)	<i>Ibid.</i> , vol. 1292, n° 21294, p. 273.
Accord international de 1975 sur le cacao (Genève, 20 octobre 1975)	<i>Ibid.</i> , vol. 1023, n° 15033, p. 253.
Accord international de 1976 sur le café (Londres, 3 décembre 1975)	<i>Ibid.</i> , vol. 1024, n° 15034, p. 3.
Convention portant création de l'Organisation internationale de télécommunications maritimes par satellites (INMARSAT) [Londres, 3 septembre 1976]	<i>Ibid.</i> , vol. 1143, n° 17948, p. 105.
Accord international de 1977 sur le sucre (Genève, 7 octobre 1977)	<i>Ibid.</i> , vol. 1064, n° 16200, p. 219.
Accord international de 1979 sur le caoutchouc naturel (Genève, 6 octobre 1979)	<i>Ibid.</i> , vol. 1201, n° 19184, p. 191.
Accord international de 1980 sur le cacao (Genève, 19 novembre 1980)	<i>Ibid.</i> , vol. 1245, n° 20313, p. 221.
Sixième Accord international sur l'étain (Genève, 26 juin 1981)	<i>Ibid.</i> , vol. 1282, n° 21139, p. 205.
Accord international de 1983 sur le café (Londres, 16 septembre 1982)	<i>Ibid.</i> , vol. 1333, n° 22376, p. 119.
Accord international de 1982 sur le jute et les articles en jute (Genève, 1 ^{er} octobre 1982)	<i>Ibid.</i> , vol. 1346, n° 22672, p. 59.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	<i>Ibid.</i> , 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)	<i>Ibid.</i> , vol. 1836, n° 31364, p. 3.
Accord international de 1983 sur les bois tropicaux (Genève, 18 novembre 1983)	<i>Ibid.</i> , vol. 1393, n° 23317, p. 67.
Accord international de 1984 sur le sucre (Genève, 5 juillet 1984)	<i>Ibid.</i> , vol. 1388, n° 23225, p. 3.

Sources

- Accord international sur le blé de 1986 :
 a) Convention sur le commerce du blé de 1986 (Londres, 14 mars 1986)
 b) Convention relative à l'aide alimentaire de 1986 (Londres, 13 mars 1986)
- 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]
- Accord international de 1986 sur l'huile d'olive et les olives de table (Genève, 1^{er} juillet 1986)
- Protocole de 1993 portant reconduction de l'Accord susmentionné, avec amendements audit Accord (Genève, 10 mars 1993)
- Accord international de 1986 sur le cacao (Genève, 25 juillet 1986)
- Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique (Vienne, 26 septembre 1986)
- Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire (Vienne, 26 septembre 1986)
- Accord international de 1987 sur le caoutchouc naturel (Genève, 20 mars 1987)
- Accord international de 1987 sur le sucre (Londres, 11 septembre 1987)
- Statuts du Groupe d'étude international du cuivre (Genève, 24 février 1989)
- Accord international de 1989 sur le jute et les articles en jute (Genève, 3 novembre 1989)
- Accord international de 1992 sur le sucre (Genève, 20 mars 1992)
- Traité sur le régime « Ciel ouvert » (Helsinki, 24 mars 1992)
- Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992)
- Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Protocole de Kyoto) [Kyoto, 11 décembre 1997]
- 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)
- Accord international de 1993 sur le cacao (Genève, 16 juillet 1993)
- Accord international de 1994 sur les bois tropicaux (Genève, 26 janvier 1994)
- Accord international de 1994 sur le café (Londres, 30 mars 1994)
- Traité sur la Charte de l'énergie (Lisbonne, 17 décembre 1994)
- Accord international de 1994 sur le caoutchouc naturel (Genève, 17 février 1995)
- Accord international sur les céréales de 1995 :
 a) Convention sur le commerce des céréales de 1995 (Londres, 7 décembre 1994)
 b) Convention relative à l'aide alimentaire de 1995 (Londres, 5 décembre 1994)
- Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (New York, 10 septembre 1996)
- Protocole se rapportant au Traité d'interdiction complète des essais nucléaires
- Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Oslo, 18 septembre 1997)
- Convention relative à l'aide alimentaire de 1999 (Londres, 13 avril 1999)
- Accord international de 2001 sur le café (Londres, 28 septembre 2000)
- Accord international de 2001 sur le cacao (Genève, 2 mars 2001)
- Accord international de 2006 sur les bois tropicaux (Genève, 27 janvier 2006)
- Convention sur les armes à sous-munitions (Dublin, 30 mai 2008)
- Accord international de 2010 sur le cacao (Genève, 25 juin 2010)
- Traité sur le commerce des armes (New York, 2 avril 2013)
- Ibid., vol. 1429, n° 24237, p. 71.
- A/CONF.129/15.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1445, n° 24591, p. 13.
- Ibid., vol. 1763, n° 24591, p. 319.
- Ibid., vol. 1446, n° 24604, p. 103.
- Ibid., vol. 1457, n° 24643, p. 133.
- Ibid., vol. 1439, n° 24404, p. 275.
- Ibid., vol. 1521, n° 26364, p. 3.
- Ibid., vol. 1499, n° 25811, p. 388.
- Ibid., vol. 1662, n° 28603, p. 229.
- Ibid., vol. 1605, n° 28026, p. 211.
- Ibid., vol. 1703, n° 29467, p. 203.
- Journal officiel de la République française*, n° 243, 17 octobre 2002, p. 17177. Disponible à l'adresse suivante : www.osce.org/files/f/documents/7/b/14128.pdf.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, n° 30822, p. 107.
- Ibid., vol. 2303, n° 30822, p. 162.
- Ibid., vol. 1975, n° 33757, p. 3.
- Ibid., vol. 1766, n° 30692, p. 3.
- Ibid., vol. 1955, n° 33484, p. 81.
- Ibid., vol. 1827, n° 31252, p. 3 ; tel que prorogé jusqu'au 30 septembre 2001 (ibid., vol. 2086, n° 31252, p. 147), avec modifications, par la résolution n° 384 adoptée par le Conseil international du café à Londres le 21 juillet 1999.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2080, n° 36116, p. 95.
- Ibid., vol. 1964, n° 33546, p. 3.
- Ibid., vol. 1882, n° 32022, p. 195.
- A/50/1027, annexe.
- Ibid.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2056, n° 35597, p. 211.
- Ibid., vol. 2073, n° 32022, p. 135.
- Ibid., vol. 2161, n° 37769, p. 309.
- Ibid., vol. 2229, n° 39640, p. 3.
- Ibid., vol. 2797, n° 49197, p. 75.
- Ibid., vol. 2688, n° 47713, p. 39.
- Ibid., vol. 2871, n° 50115, p. 3.
- Adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 67/234 B, en date du 2 avril 2013. Pour le texte du Traité, voir A/CONF.217/2013/L.3, annexe.

Ouvrages cités dans le présent rapport

AUST, Anthony

Modern Treaty Law and Practice, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

«1969 Vienna Convention: Article 24. Entry into force», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 628 à 637.

CRNIC-GROTIC, V.

«Object and purpose of treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Asian Yearbook of International Law*, vol. 7 (1997), p. 141 à 174.

JACOBSSON, Marie G.

«Syria and the issue of chemical weapons: a snapshot of a legal time-frame: the United Nations Security Council resolution 2118 (2013) and the OPCW Executive Council decision», dans J. Ebbesson et al. (dir. publ.), *International Law and Changing Perceptions of Security*, Leyde, Brill, 2014, p. 134 à 151.

LEFEBER, René

«The provisional application of treaties», dans J. Klabbers et R. Lefebber (dir. publ.), *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, p. 81 à 95.

MATHY, Denise

«Convention de Vienne de 1969 : Article 25. Application à titre provisoire», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1047 à 1070.

MICHIE, Andrew

«The provisional application of arms control treaties», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10 (2005), p. 345 à 377.

«The role of provisionally applied treaties in international organisations», *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 39 (2006), p. 39 à 56.

«The provisional application of treaties with special reference to arms control, disarmament and non-proliferation instruments», mémoire de maîtrise en droit présenté à l'Université d'Afrique du Sud, 2004.

OSMININ, B. I.

Prinjatje i realizacija gosudarstvami međunarodnih dogovornih objazatel'stv [L'adoption et la mise en œuvre par les États des obligations découlant des traités internationaux], Moscou, Wolters Kluwer, 2006.

QUAST MERTSCH, Anneliese

Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012.

SAGAR, David

«Provisional application in an international organization», *Journal of Space Law*, vol. 27 (1999), p. 99 à 116.

SAROOSHI, Dan

International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers, Oxford, Oxford University Press, 2005.

SCHAUS, Annemie

«1969 Vienna Convention: Article 27. Internal law and observance of treaties», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 688 à 701.

VIGNES, Daniel

«Une notion ambiguë : l'application à titre provisoire des traités», *AFDI*, vol. 18 (1972), p. 181 à 199.

VILLIGER, Mark E.

Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009.

Introduction

1. Dans son deuxième rapport sur l'application provisoire des traités¹, le Rapporteur spécial a abordé la question des effets juridiques de l'application provisoire des traités ainsi que celle des conséquences juridiques de la violation d'un traité appliqué à titre provisoire. De même, il a passé en revue les avis exprimés par les différents États Membres au sujet du premier rapport et les observations formulées par certains États sur leur pratique en la matière.

2. Le débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale a produit des indications très utiles pour la poursuite de cet examen. Des représentants de 27 États Membres et de l'Union européenne sont intervenus sur ce sujet.

3. Dans l'ensemble, il a été convenu que l'application provisoire des traités contribuait à accélérer leur entrée en vigueur et que, par sa souplesse, ce mécanisme accélérerait également l'acceptation du droit international. En ce qui concerne ses effets juridiques, ils ont appuyé l'avis de la Commission selon lequel les droits et obligations d'un État recourant à l'application provisoire d'un traité étaient

les mêmes que si le traité était en vigueur. À cet égard, il a été observé que la violation des obligations découlant de l'application provisoire d'un traité constituait un acte internationalement illicite engageant la responsabilité internationale de l'État².

4. Plusieurs délégations ont évoqué l'application provisoire découlant d'un engagement unilatéral et souligné que l'on ne pouvait dire que le régime juridique pertinent était celui qui régissait les actes unilatéraux, puisque l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) supposait l'existence d'un accord entre les États appelés à être parties au traité et qu'il s'agissait d'établir des relations contractuelles fondées sur le traité en question. En l'absence de disposition dans le traité prévoyant son application provisoire, il faudrait établir que les États parties en étaient ainsi convenus d'une autre manière, comme le prévoit le paragraphe 1 b de l'article 25 de la Convention³.

² Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session (A/CN.4/678), par. 66 à 76.

³ Ibid., par. 70.

¹ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/675, p. 159.

5. Toutefois, cette conclusion n'exclut pas qu'un État puisse s'engager à respecter les dispositions d'un traité par la voie d'une déclaration unilatérale sans obtenir l'accord des États appelés à y être parties. Dans ce cas, l'application provisoire n'entraînerait des obligations que pour l'État déclarant⁴. C'est cette situation que le Rapporteur spécial a souhaité examiner dans son deuxième rapport, en particulier le cas où le traité est muet sur la question et où il n'a pas été possible de déterminer la volonté des États ayant participé à la négociation du traité. Il ne fait aucun doute que ce point a été clarifié et ne sera donc pas abordé dans l'immédiat.

6. Un autre point important du débat de la Sixième Commission, important également pour la Commission du droit international, a été l'orientation future du mandat qui a été confié au Rapporteur spécial et des travaux restant à accomplir. Ce point fera l'objet de la section réservée aux conclusions dans le présent rapport. Sans préjudice de ce qui précède, le Rapporteur spécial estime avoir déjà suffisamment d'éléments pour soumettre à l'examen de la Commission plusieurs projets de directive qui ne se fondent pas exclusivement sur les points traités dans le présent rapport. Les projets de directive ci-après découlent des trois rapports que le Rapporteur spécial a soumis, lesquels doivent se lire conjointement.

7. Conformément au plan de travail proposé par le Rapporteur spécial⁵ et compte dûment tenu des précieuses suggestions des membres de la Commission et des États Membres⁶, le présent rapport traitera de quatre questions en particulier.

8. Premièrement, il présentera, conformément à la demande de la Commission, une analyse des observations concernant la pratique des États reçues après la publication du deuxième rapport. Même si peu d'observations ont encore été reçues, le Rapporteur spécial a cherché à mieux structurer les informations qu'elles contiennent sur la pratique des États.

9. À cet égard, il convient de noter que la question de savoir s'il faut procéder à une étude de droit constitutionnel comparé, et peut-être même de droit administratif comparé, pour mieux cerner la pratique des États n'a pas du tout été tranchée lors des débats de la Sixième Commission. Certains considèrent qu'elle n'est pas pertinente au

⁴ Ibid.

⁵ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/675, p. 169, par. 97 et 98.

⁶ Résumé thématique (voir *supra* la note 2), par. 73 à 75.

regard du sujet traité, d'autres sont convaincus qu'il faudrait l'examiner pour mieux comprendre le sujet.

10. À ce propos, le Rapporteur spécial continue de penser que, pour les raisons exposées tant au sein de la Commission qu'à l'Assemblée générale⁷, le résultat final des travaux de la Commission sur ce sujet ne devrait pas être déterminé par les dispositions du droit interne des États en matière d'application provisoire des traités, puisqu'un grand nombre des traités examinés dans le présent rapport comportent une disposition prévoyant l'application provisoire dans la mesure où les dispositions du droit de chaque État le permettent. D'un autre côté, le Rapporteur spécial hésite à se lancer dans cet exercice par crainte de commettre des erreurs d'appréciation concernant le droit interne des États. Cela dit, il demeure ouvert aux orientations que la Commission voudra lui donner.

11. Deuxièmement, le rapport présente une vue d'ensemble de la relation entre l'application provisoire des traités et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969. Il s'agit d'une tâche qui était restée en suspens et qui pourrait nécessiter une étude plus approfondie, selon l'avis de la Commission à l'issue de l'examen du présent rapport.

12. Troisièmement, dans ce rapport, l'application provisoire des traités en ce qui concerne les organisations internationales est examinée du point de vue tant des dispositions de l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 que de celles de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986 (Convention de Vienne de 1986).

13. Enfin, comme cela a été mentionné plus haut, le rapport présente des projets de directive que l'on peut considérer comme le résultat de l'étude du sujet à ce jour. Si la Commission le souhaite, ces projets de directive pourront être communiqués au Comité de rédaction pendant la présente session. De la même manière, le Rapporteur spécial attend de recevoir les observations de la Commission et celles des États Membres à la Sixième Commission pour apporter les modifications jugées pertinentes à la prochaine session de la Commission.

14. Dans les conclusions du présent rapport, le Rapporteur spécial présentera la manière dont il propose de poursuivre ses travaux sur le sujet.

⁷ Ibid., par. 74.

CHAPITRE I

Suite de l'analyse de vues exprimées par les États Membres

15. À la date d'établissement du deuxième rapport, la Commission avait reçu des observations sur la pratique interne de 10 États : 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 Suisse⁸. Ces rapports nationaux ont fait l'objet d'une première évaluation dans le deuxième rapport.

⁸ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/675, p. 162, par. 20.

16. La Commission a ensuite reçu des observations de l'Autriche, de Cuba, de l'Espagne, de la Finlande (au nom des pays nordiques) et de la République de Corée, ainsi que des observations additionnelles de la République tchèque. Les observations sur la pratique de ces États sont examinées ci-après avec les rapports mentionnés au paragraphe précédent, de manière plus systématique.

17. En premier lieu, il faut souligner que, dans les observations reçues à la date d'établissement du présent rapport (mai 2015), aucun des 15 États concernés n'a indiqué que son droit interne interdisait l'application provisoire des traités. Tous ont déclaré avoir déjà recouru à l'application provisoire. On peut donc affirmer que le droit interne de tous les États ayant envoyé des observations à la Commission autorise l'application provisoire des traités.

18. Pour ce qui est des conditions de l'application provisoire d'un traité, l'Allemagne, l'Autriche, le Botswana, l'Espagne, les États-Unis, la Fédération de Russie, les États fédérés de Micronésie, la Norvège, la République de Corée, la République tchèque et la Suisse ont expressément indiqué que cette pratique était soumise aux dispositions de leur législation, en particulier celles à caractère constitutionnel.

19. L'Allemagne, l'Autriche, le Botswana, la Norvège, la République de Corée, la République tchèque et la Suisse ont indiqué expressément qu'ils devaient suivre pour l'application provisoire la même procédure que pour l'adhésion au traité. En ce qui concerne les États-Unis, de nombreux précédents concernant l'application provisoire montrent qu'elle s'est faite par un « accord exécutif », c'est-à-dire un « accord international distinct du traité »⁹.

20. Dans le cas de Cuba et du Mexique, il a été dit que l'application provisoire des traités était possible mais qu'aucune procédure spéciale ne devait être suivie à cette fin. Les exemples fournis par le Mexique ont été mentionnés dans le deuxième rapport¹⁰, Cuba donne comme exemples de sa pratique nationale l'Accord sur la suppression des visas entre Cuba et Cabo Verde, signé le 3 juin 1982, et la Convention de coopération économique et technique entre Cuba et la Chine, signée le 22 juillet 2014.

21. La Fédération de Russie explique que, dans son cas, l'application provisoire est régie par la loi fédérale sur les traités¹¹, dont l'article 23, paragraphe 1, reproduit pour l'essentiel l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969.

22. Quant à l'Espagne, elle indique que l'application provisoire est régie par sa loi n° 25/2014 du 27 novembre sur les traités et autres accords internationaux, qui est

entrée en vigueur le 18 décembre 2014¹², remplaçant une loi en vigueur depuis 1972. La nouvelle loi dispose que la décision d'appliquer un traité à titre provisoire est prise par le Conseil des ministres sur la proposition du Ministre des affaires étrangères et de la coopération (art. 15, par. 1). Sont exclus de l'application provisoire les traités attribuant à une organisation ou une institution internationale l'exercice de compétences découlant de la Constitution espagnole (art. 15, par. 2). Le Conseil des ministres peut aussi décider de mettre fin à l'application provisoire, même si, comme l'indique l'Espagne dans ses commentaires, ce cas de figure ne s'est jamais présenté dans la pratique. Pour ce qui est de sa pratique en la matière, l'Espagne signale dans ses commentaires sur la pratique interne qu'il n'est pas rare que plus de 20 applications provisoires soient autorisées en un an, et soumet une liste des applications provisoires autorisées chaque année depuis 1992. Ne serait-ce qu'en 2014 l'application provisoire a été autorisée pour 11 traités : 7 bilatéraux et 4 multilatéraux.

23. Enfin, on soulignera que l'Espagne, les États-Unis, la Finlande (au nom des pays nordiques), la Norvège, la République de Corée et la Suisse ont indiqué expressément que l'application provisoire d'un traité avait les mêmes effets juridiques que s'il était en vigueur.

24. Le Rapporteur spécial remercie à nouveau les États qui lui ont communiqué leurs observations et se félicite de l'intérêt que les États Membres ont porté à la question de l'application provisoire des traités.

25. Sous réserve des informations qu'il recevra et qu'il continuera de compiler, le Rapporteur spécial a jugé utile de regrouper les États en fonction de leur pratique comme suit :

a) États dont le droit interne ou constitutionnel prévoit expressément l'application provisoire des traités : Bélarus, Fédération de Russie et Pays-Bas ;

b) États où l'application provisoire constitue une pratique non codifiée : Albanie, ex-République yougoslave de Macédoine, Hongrie et Roumanie ;

c) États où l'application provisoire est interdite par la Constitution ou exclue par d'autres dispositions du droit interne : Autriche, Brésil, Chypre, Colombie, Costa Rica, Égypte, Italie, Luxembourg, Mexique et Portugal ;

d) États où l'application provisoire est autorisée dans des circonstances exceptionnelles : Belgique, Colombie, France, Grèce et Turquie ;

e) États où l'application provisoire est généralement autorisée : Bosnie-Herzégovine, Espagne, Finlande et Slovaquie ;

f) États où l'application provisoire est autorisée sous certaines conditions : Canada, Danemark, Israël, Lituanie, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni, Slovaquie et Suède¹³.

⁹ États-Unis, Bibliothèque du Congrès, *Report on the Law of the Sea Treaty: Alternative Approaches to Provisional Application*, 92^e Congrès, deuxième session, House Committee on Foreign Affairs (Commission des affaires étrangères de la Chambre des représentants des États-Unis), 4 mars 1974, ILM, vol. 13, p. 456. Le document cité présente une analyse de la pratique des États-Unis d'Amérique concernant 10 traités internationaux.

¹⁰ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/675, p. 165 et 166, par. 47.

¹¹ ILM, vol. 34 (1995), p. 1370.

¹² *Boletín Oficial del Estado*, n° 288, 28 novembre 2014, sect. I, p. 96841.

¹³ Informations provenant de Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, p. 62 à 64.

26. Dans l'ensemble, cette classification coïncide avec les observations que la Commission a reçues des États à ce jour. Cependant, dans certains cas mentionnés par Quast Mertsch, elle ne correspond pas aux informations figurant dans ces observations. Les deux exemples les plus flagrants

sont ceux de l'Autriche et du Mexique, qui ont indiqué qu'en réalité leur droit interne leur permettait de recourir à l'application provisoire. La liste proposée par Quast Mertsch constitue sans doute un exercice doctrinal de systématisation des informations disponibles à ce moment.

CHAPITRE II

Rapport entre l'application à titre provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969

27. Avant d'entrer dans cette analyse, le Rapporteur spécial tient à préciser qu'il n'a pas rencontré en doctrine de commentaires abordant cette question au-delà du rapport entre l'application à titre provisoire et le régime résultant des articles 18 et 26 de la Convention de Vienne de 1969.

28. Il lui semble néanmoins utile d'analyser le rapport entre la mise en application provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 à la lumière de la pratique observée jusqu'à présent. Au surplus, cette analyse répond aux demandes exprimées dans le cadre des débats tenus au sein de la Commission et de la Sixième Commission¹⁴.

29. La liberté dont jouissent les États pour conclure des traités suppose que ceux-ci peuvent à tout moment décider de la mise en application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité¹⁵. Comme le Rapporteur spécial l'a indiqué dès son premier rapport, le régime juridique qui découle de l'application provisoire dépendra autant des modalités convenues à cet égard dans le traité ou dans un accord distinct, le cas échéant, que de l'interprétation et de la pratique ultérieures. Autrement dit, la teneur et la portée de l'application à titre provisoire d'un traité dépendront en grande partie de la manière dont cette dernière aura été prévue dans le traité devant être provisoirement appliqué¹⁶. Ainsi, le rapport entre l'application à titre provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne pourra être déterminé par les termes du traité ou bien de l'accord distinct qui l'envisage.

30. Comme cela a été indiqué dans l'introduction du présent rapport, il s'agit ici d'une première analyse du rapport entre l'application à titre provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969, qui pourra être approfondie à la lumière des observations de la Commission et des États.

31. Dans son analyse, le Rapporteur spécial se concentrera sur les dispositions dont le rapport avec l'application provisoire semblera le plus évident, à savoir les articles 11 (Modes d'expression du consentement à être lié par un traité), 18 (Obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur),

24 (Entrée en vigueur), 26 («*Pacta sunt servanda*») et 27 (Droit interne et respect des traités).

A. Article 11. Modes d'expression du consentement à être lié par un traité

32. Le consentement d'un État à être lié par un traité peut en général être exprimé par les moyens classiques que sont la signature, l'échange d'instruments, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion. En outre, l'article 11 de la Convention de Vienne dispose que les États peuvent également exprimer leur consentement à être liés par un traité «par tout autre moyen convenu».

33. L'une des raisons qui expliquent la réticence initiale à introduire la disposition sur l'application à titre provisoire des traités dans la Convention de Vienne de 1969 tenait à la contradiction susceptible de résulter de ladite pratique. On considérait que l'application provisoire s'opposait aux dispositions conventionnelles relatives aux modalités d'expression du consentement, lesquelles correspondent aux prescriptions du droit interne, ce qui n'est pas nécessairement le cas de l'accord sur l'application provisoire. Par conséquent, certains États firent valoir lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, tenue à Vienne en 1968 et 1969 (Conférence de Vienne), que la pratique de l'application provisoire méconnaissait les régimes internes des États ou portait atteinte à l'ordre constitutionnel¹⁷.

34. L'application à titre provisoire pose notamment la question de savoir si elle peut être considérée comme une modalité exceptionnelle d'expression du consentement à être lié par un traité. La Convention concernant l'exercice du droit de protection au Maroc, relative à la protection des étrangers au Maroc, en fournit une illustration. Le texte de la Convention dispose ainsi que «[p]ar consentement exceptionnel des Hautes Parties contractantes, les dispositions de la présente convention entreront en vigueur à partir du jour de la signature à Madrid¹⁸».

35. Le Rapporteur spécial estime que rien, dans ce qui a été analysé jusqu'à présent au sein de la Commission ou dans les observations des États, ne permet d'arriver à une

¹⁴ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), déclaration de l'Union européenne, par. 72 à 75.

¹⁵ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 354.

¹⁶ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/664, p. 94, par. 20 et 21.

¹⁷ Mathy, «Convention de Vienne de 1969: Article 25. Application à titre provisoire», p. 1052 et 1053. Voir également *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), 26^e séance, 17 avril 1968, p. 154, par. 46.

¹⁸ Cité dans Mathy, «Convention de Vienne de 1969: Article 25. Application à titre provisoire», p. 1059, note 53.

telle conclusion. Il convient de distinguer entre les deux notions. Les modes d'expression du consentement à être lié se rapportent à l'entrée en vigueur du traité, alors que l'application à titre provisoire porte sur la période qui précède l'entrée en vigueur, soit avant l'expression par l'État de son consentement à être lié par le traité.

36. Le consentement à être lié est l'acte essentiel par lequel un État exprime sa volonté d'être lié par les dispositions d'un traité¹⁹. Avant que le consentement ne soit exprimé, l'instrument n'est qu'un simple texte attestant des dispositions négociées entre les États. Ce n'est qu'après que le consentement a été exprimé que l'instrument devient un traité au sens de la Convention de Vienne²⁰. Une fois qu'un État a exprimé son consentement à être lié par un traité, il acquiert la qualité d'«État contractant» au sens du paragraphe 1 f de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969²¹.

37. Ce qui est intéressant pour le présent sujet, c'est que, si la Convention de Vienne de 1969 prévoit des effets juridiques précis une fois qu'a été exprimé le consentement de l'État à être lié par le traité, elle est toutefois muette sur les effets de l'application à titre provisoire. Ainsi, sauf dispositions expresses, l'expression du consentement des États ayant participé à la négociation entraîne l'entrée en vigueur du traité, conformément au paragraphe 2 de l'article 24 de la Convention.

38. À l'inverse, l'obligation pour un État d'appliquer provisoirement les dispositions d'un traité résulte d'une clause expresse énoncée dans le traité²², dans un instrument distinct ou encore par tout autre moyen convenu.

39. Au vu de ce qui précède, on peut parler de la souplesse qui entoure tout ce qui concerne l'application provisoire, ce qui est tout à fait distinct d'une supposée modalité exceptionnelle d'entrée en vigueur.

40. On trouve un excellent exemple de la latitude que la Convention de Vienne de 1969 laisse aux États en ce qui concerne les modalités que peut prendre l'application provisoire dans 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. L'article 7 (Application à titre provisoire) de cet instrument indique que si l'Accord n'est pas entré en vigueur le 16 novembre 1994,

il sera appliqué à titre provisoire jusqu'à son entrée en vigueur par :

a) les États qui ont consenti à son adoption au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, à l'exception de ceux qui [...] notifieront par écrit au depositaire soit qu'ils n'appliquent pas l'Accord à titre provisoire soit qu'ils ne consentent à une telle application que moyennant une signature ou notification écrite ultérieure ;

b) les États et entités qui signent le présent Accord, à l'exception de ceux qui notifieront par écrit au depositaire au moment de la signature qu'ils n'appliquent pas l'Accord à titre provisoire ;

c) les États et entités qui consentent à son application à titre provisoire en adressant au depositaire une notification écrite à cet effet ;

d) les États qui adhèrent au présent Accord.

41. Par ailleurs, l'article 5 (Procédure simplifiée) de l'Accord dispose que les États ayant déposé un instrument de ratification ou d'adhésion concernant la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et ayant signé l'Accord sont réputés avoir établi leur consentement à être liés par l'Accord douze mois après la date de son adoption, à moins que ces États ne notifient par écrit au depositaire avant cette date qu'ils ne souhaitent pas se prévaloir de la procédure simplifiée prévue, auquel cas le consentement à être lié par l'Accord est établi conformément à l'article 4, qui régit le consentement à être lié et, partant, l'entrée en vigueur. On a vu dans cette procédure un moyen discret pour les États d'exprimer leur consentement à être liés par l'Accord²³. L'existence de problèmes politiques internes faisant obstacle à la ratification de l'Accord par certains États contractants de la Convention explique qu'il ait été convenu que, si l'un de ces États se contentait de signer l'Accord, on considérerait qu'il aurait exprimé son consentement à être lié par ses dispositions, sous réserve de ce qui vient d'être expliqué²⁴.

42. Mais on ne peut en aucun cas penser que la procédure simplifiée a un rapport avec l'application à titre provisoire de l'Accord, laquelle est régie par l'article 7. La procédure simplifiée est directement liée à l'entrée en vigueur de l'Accord, prévue à l'article 4, comme modalité de la liberté dont jouissent les États ayant participé à la négociation conformément au paragraphe 1 de l'article 24 de la Convention de Vienne de 1969.

43. Nous verrons plus loin que la souplesse qui caractérise l'application provisoire a donné lieu à des modes très divers d'expression de la volonté des États d'en faire usage, la distinction avec l'entrée en vigueur du traité étant toutefois toujours maintenue.

44. À cet égard, les modes d'expression du consentement à être lié par le traité prévus à l'article 11 de la Convention de Vienne de 1969 peuvent être les mêmes pour son application à titre provisoire.

B. Article 18. Obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur

45. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial a déjà indiqué que «l'application provisoire produi[sai]t 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 [de 1969]²⁵». Néanmoins, dans les lignes qui suivent, le rapport entre l'application provisoire et l'article 18 de la Convention est étudié de façon plus détaillée.

46. L'article 18 de la Convention de Vienne de 1969 fait obligation aux États de s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but. Les termes «objet» et «but» désignent les raisons pour lesquelles les États signataires ou les États parties ont conclu le traité, ainsi que les fonctions permanentes et la raison d'être de celui-ci²⁶.

²³ Ibid., p. 114.

²⁴ Ibid.

²⁵ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/675, p. 162, par. 14.

²⁶ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 248.

¹⁹ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 176.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., p. 177.

²² Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 172.

47. La Cour internationale de Justice a employé l'expression «l'objet et le but» dans son avis consultatif sur les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et expliqué que celle-ci renvoyait au minimum à un élément essentiel du traité²⁷. Cette idée a été reprise par la Commission dans son Guide de la pratique sur les réserves aux traités, qui dispose dans la directive 3.1.5 qu'

[u]ne réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité si elle porte atteinte à un élément essentiel du traité, nécessaire à son économie générale, de telle manière que sa raison d'être se trouve compromise²⁸.

48. Les États signataires et ceux qui «[ont] exprimé [leur] consentement à être lié[s] par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée» (art. 18) n'ont pas l'obligation d'appliquer un traité qui n'est pas en vigueur. Cependant, on aurait tort d'affirmer que ces États n'ont aucune obligation à l'égard du traité signé²⁹. Comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif,

la signature constitue la première étape dans la participation à la Convention. [...] En attendant la ratification, le statut provisoire créé par la signature confère aux signataires qualité pour formuler au titre conservatoire des objections ayant elles-mêmes un caractère provisoire. Celles-ci tomberaient si la signature n'était pas suivie de ratification ou elles deviendraient définitives avec la ratification³⁰.

49. La Cour a souligné le statut provisoire qui caractérise la situation de l'État signataire du traité et relevé que celui-ci pouvait tirer parti de la période séparant la signature de la ratification mais devait toujours respecter l'obligation de ne pas priver le traité de son objet et de son but, la signature constituant la «première étape dans la participation» au traité comme il est indiqué dans cet avis.

50. Il en va tout autrement de l'application provisoire. Il ne serait pas suffisant que les États qui décident de l'application à titre provisoire d'un traité s'abstiennent de priver le traité de son objet et de son but, dans la mesure où l'application provisoire est soumise à la règle *pacta sunt servanda*³¹.

51. En dernière analyse, les obligations qui découlent de l'application à titre provisoire doivent être exécutées avec la bonne foi attendue de l'État qui signe un traité international et a fortiori de l'État qui a exprimé son consentement à être lié par le traité. Le principe selon lequel la bonne foi doit régir le comportement des États signataires a été examiné bien avant l'existence de la Convention de Vienne de 1969 par la Cour permanente de Justice internationale, pour laquelle les actes d'un État signataire pourraient constituer un abus de droit avant l'entrée en vigueur du traité³².

52. Comme le relève Quast Mertsch, la prémisse selon laquelle l'application provisoire équivaudrait à l'obligation générale de ne pas priver le traité de son objet et de son but renferme un argument par l'absurde : pourquoi l'application provisoire serait-elle nécessaire si elle produit les mêmes effets juridiques que l'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur, comme l'envisage déjà l'article 18 ?³³

C. Article 24. Entrée en vigueur

53. La mise en application provisoire d'un traité suppose que celui-ci ne soit pas en vigueur. Certaines formalités doivent être accomplies avant son entrée en vigueur, laquelle peut notamment être subordonnée à une autorisation parlementaire préalable ou à la réunion d'un nombre déterminé de ratifications. Le Rapporteur spécial a précédemment évoqué les problèmes que posait l'emploi de l'expression «entrée en vigueur provisoire» pour désigner l'application à titre provisoire³⁴. Comme il l'a déjà dit³⁵, l'application provisoire doit se distinguer de l'entrée en vigueur au sens de l'article 24 de la Convention de Vienne de 1969³⁶. Il s'agit en définitive de notions juridiques distinctes.

54. Par ailleurs, le paragraphe 2 de l'article 24 excepte les dispositions du traité qui réglementent les questions qui se posent nécessairement avant l'entrée en vigueur du traité (authentification du texte, établissement du consentement, modalités de l'entrée en vigueur, réserves, fonctions du depositaire, etc.) et qui sont applicables dès l'adoption du texte, même quand celui-ci n'est pas encore entré en vigueur³⁷. Cette situation est là aussi distincte de celle qui résulte de la mise en application provisoire dans la mesure où les prévisions du paragraphe 2 de l'article 24 se limitent aux clauses dites finales d'un traité, tandis que l'application à titre provisoire a pour finalité l'application d'une partie ou de la totalité des dispositions matérielles du traité, autrement dit du régime juridique institué par le texte³⁸.

55. Enfin, il convient d'établir une autre distinction découlant de l'entrée en vigueur du traité quant à son application³⁹. Ainsi, il peut arriver que la date d'entrée en vigueur d'un traité, c'est-à-dire la date à laquelle les dispositions ayant fait l'objet des négociations se transforment en obligations, ne soit pas la même que celle à laquelle les dispositions commencent à être exécutées en totalité ou en partie. Cette deuxième date peut être ultérieure à la première⁴⁰. Si l'entrée en vigueur d'un traité et son application coïncident généralement, elles peuvent également tout à fait intervenir séparément⁴¹. Cet aspect est également distinct de l'objet du régime de l'application provisoire.

²⁷ *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 15, à la page 27.

²⁸ *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 29.

²⁹ Crnic-Grotic, «Object and purpose of treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties», p. 153.

³⁰ *Réserves à la Convention sur le génocide* (voir *supra* la note 27), p. 28.

³¹ Mathy, «Convention de Vienne de 1969 : Article 25. Application à titre provisoire», p. 1066 ; voir également Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 357.

³² *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 37.

³³ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*, p. 174.

³⁴ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/664, p. 93 et 94, par. 7, 15 et 16.

³⁵ *Ibid.*, p. 93 à 95, par. 7 à 24.

³⁶ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 354.

³⁷ *Ibid.* Aust, «1969 Vienna Convention: Article 24. Entry into force», p. 637.

³⁸ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*, p. 12.

³⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁰ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/CN.4/23, p. 242, par. 103.

⁴¹ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*, p. 12.

D. Article 26. *Pacta sunt servanda*

56. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial a déjà traité des effets juridiques des traités appliqués provisoirement. Aussi ne s'attardera-t-il pas trop sur le rapport entre l'application provisoire et les articles 25 et 26 de la Convention de Vienne de 1969⁴². Il a également indiqué que «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 souscrites⁴³». Ce point avait déjà été exprimé lors des débats de la Conférence de Vienne, en 1968 et 1969⁴⁴.

57. Le principe selon lequel les obligations doivent être respectées (*pacta sunt servanda*) s'étend également aux traités appliqués à titre provisoire. En ce sens, les conséquences juridiques de l'application provisoire d'un traité sont les mêmes que celles qui naissent après son entrée en vigueur. Le régime de l'application provisoire suppose que les obligations qui découlent du traité appliqué provisoirement seront totalement respectées jusqu'à ce que le traité entre en vigueur ou jusqu'à ce que son application provisoire prenne fin d'un commun accord entre les États entre lesquels il est provisoirement appliqué ou encore jusqu'à ce qu'un État notifie aux autres États appliquant provisoirement le traité son intention de ne pas devenir partie à celui-ci⁴⁵.

58. Pour autant qu'elle soit valide, l'application provisoire produit les mêmes effets juridiques que tout accord international et, partant, est soumise à la règle *pacta sunt servanda*⁴⁶. Ces effets seront définitifs et opposables et ne pourront être remis en question ultérieurement au nom du caractère «provisoire» de l'application du traité⁴⁷.

59. Ainsi, le principe *pacta sunt servanda* est applicable aux traités appliqués à titre provisoire jusqu'à ce que l'application provisoire prenne fin, que ce soit en vertu des dispositions du traité, d'un accord entre les parties, de la notification par un État de son intention de ne pas devenir partie au traité ou encore de l'entrée en vigueur de celui-ci.

E. Article 27. Droit interne et respect des traités

60. L'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 renvoie directement au caractère obligatoire des traités. Ces derniers sont régis exclusivement par le droit international, ce qui signifie que leur exécution par les parties ne peut en aucune façon être soumise ou conditionnée au droit interne de celles-ci⁴⁸. En d'autres termes, quel que

soit le contenu du droit interne d'un État partie au traité, celui-ci ne devra pas avoir d'incidences sur les obligations internationales de l'État et sur la responsabilité susceptible de naître du non-respect desdites obligations⁴⁹.

61. S'il est vrai que chaque État a la faculté, dans le cadre de son droit interne, de décider d'autoriser l'application à titre provisoire et d'en déterminer les conditions⁵⁰, la violation du droit interne ne peut être invoquée pour justifier la non-exécution des obligations mises à la charge d'un État par un traité international. Il s'ensuit que la violation d'un accord sur l'application à titre provisoire que l'on tente de justifier en invoquant des dispositions de droit interne d'un État mettra en cause sa responsabilité internationale⁵¹.

62. Le tribunal arbitral ayant eu à connaître de l'affaire *Yukos*⁵² a eu l'occasion de s'intéresser au rapport entre l'application provisoire du Traité sur la Charte de l'énergie et l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969. Dans cette affaire, la Fédération de Russie faisait valoir que la clause limitative prévue au paragraphe 1 de l'article 45 du Traité⁵³ reconnaissait la supériorité de la Constitution et devait être interprétée comme n'empiétant pas sur les prérogatives du pouvoir législatif (la Douma dans le cas de la Fédération de Russie) et soutenait par conséquent que toute disposition du Traité ne pouvait s'appliquer à titre provisoire que pour autant : a) qu'elle soit conforme à la législation existante ; b) qu'il s'agisse d'un acte relevant de la compétence exclusive du pouvoir exécutif ; ou c) qu'il s'agisse d'un acte approuvé par la Douma⁵⁴. Autrement dit, la Russie voulait assujettir l'application provisoire du Traité à son droit interne.

63. Le tribunal arbitral a estimé que, en vertu du principe *pacta sunt servanda* et de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969, un État ne pouvait invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité :

Selon le tribunal, ces principes excluent toute interprétation du paragraphe 1 de l'article 45 qui aurait pour effet de permettre à un signataire, dont le droit interne reconnaît l'institution de l'application provisoire, de se soustraire à l'application à titre provisoire d'un traité (qu'il a accepté) au motif qu'une ou plusieurs dispositions du traité sont contraires à son droit interne. Une telle interprétation mettrait en cause la raison fondamentale pour laquelle les États décident d'appliquer provisoirement un traité. Ceux-ci le font pour pouvoir assumer des obligations immédiatement en attendant la conclusion des diverses formalités internes nécessaires à l'entrée en vigueur du traité⁵⁵.

⁴² *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/675, p. 162 à 169, par. 23 à 68 et 86 à 95.

⁴³ *Ibid.*, p. 167, par. 65.

⁴⁴ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*, p. 49.

⁴⁵ Osminin, *Prinjatje i realizacija gosudarstvami meždunarodnyh dogovornych objazatel'stv* [L'adoption et la mise en œuvre par les États des obligations découlant des traités internationaux]; voir également Lefeber, «The provisional application of treaties», p. 89.

⁴⁶ Mathy, «Convention de Vienne de 1969 : Article 25. Application à titre provisoire», p. 1066.

⁴⁷ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 354.

⁴⁸ Schaus, «1969 Vienna Convention: Article 27. Internal law and observance of treaties», p. 689.

⁴⁹ *Annuaire... 1959*, vol. II, document A/CN.4/120, article 7, «Caractère obligatoire des traités : principe de la primauté du droit international sur le droit interne», p. 59.

⁵⁰ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*, p. 64.

⁵¹ Mathy, «Convention de Vienne de 1969 : Article 25. Application à titre provisoire», p. 1057.

⁵² Cour permanente d'arbitrage, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, affaire n° AA 227, sentence intérimaire du 30 novembre 2009 sur la compétence et la recevabilité.

⁵³ Traité sur la Charte de l'énergie, art. 45, par. 1 : «Les signataires conviennent d'appliquer le présent traité à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur pour ces signataires conformément à l'article 44, dans la mesure où cette application provisoire n'est pas incompatible avec leur Constitution ou leurs lois et règlements.»

⁵⁴ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation* (voir *supra* la note 52), par. 293.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 313.

64. Le tribunal est allé plus loin en affirmant que

permettre à un État de moduler (ou [...] de faire disparaître) son obligation d'application provisoire en fonction du contenu de son droit interne reviendrait à mettre en doute le principe selon lequel l'application provisoire crée des obligations contraignantes⁵⁶.

Il a souligné que les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne de 1969 s'opposaient à une interprétation ayant pour effet de permettre à un État signataire, dont le droit reconnaît l'application provisoire, de s'y soustraire en invoquant son droit interne⁵⁷.

65. Ainsi, dans l'affaire *Yukos*, le tribunal a considéré que l'application provisoire était une question de droit international public qui ne devait pas être combinée au droit interne pour constituer un régime hybride dans lequel le contenu de celui-ci détermine celui d'une obligation juridique internationale⁵⁸.

66. Il est important pour le Rapporteur spécial de souligner que, dans la décision sur la recevabilité et la compétence rendue dans l'affaire *Yukos*, le tribunal a reconnu qu'un traité ne devait pas admettre que le droit interne détermine le contenu d'une obligation juridique internationale, «à moins que la rédaction du traité ne soit claire et n'admette aucune autre interprétation⁵⁹», ce qui revient à réaffirmer que les États ont toute liberté pour négocier les dispositions d'un traité et, partant, pour l'appliquer provisoirement.

67. Un autre aspect intéressant qui se dégage de la présente analyse tient à la question de savoir s'il est nécessaire, pour que l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 s'applique, que le traité soit en vigueur du point de vue du droit interne. On considère en général que

⁵⁶ Ibid., par. 314.

⁵⁷ Ibid., par. 313.

⁵⁸ Ibid., par. 315.

⁵⁹ Ibid.

l'obligation d'exécuter un traité existe à partir du moment où celui-ci entre en vigueur sur le plan international⁶⁰.

68. De toute évidence, et comme il a déjà été dit dans les rapports antérieurs comme dans les débats tenus au sein de la Commission et de la Sixième Commission, les États ont recours à l'application provisoire à condition que celle-ci soit permise ou ne soit pas interdite par leur droit interne⁶¹. Il est intéressant de noter que, dans l'affaire *Yukos*, le tribunal s'est borné à relever que le droit interne de la Fédération de Russie reconnaissait l'institution de l'application provisoire⁶², sans toutefois préciser que celle-ci était une condition de sa validité sur le plan international.

69. Cela étant, même quand l'application provisoire n'est pas interdite, il arrive que les États n'en fassent pas usage pour la simple raison qu'une autorisation parlementaire est souvent nécessaire pour appliquer provisoirement un traité⁶³.

70. Le Rapporteur spécial considère cependant que, une fois que le traité est appliqué à titre provisoire, les dispositions du droit interne ne peuvent être invoquées pour justifier la non-exécution des obligations qui en résultent. Ce serait contraire au droit qui régit la responsabilité de l'État, selon lequel la qualification du fait de l'État comme internationalement illicite relève du droit international et n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne⁶⁴.

⁶⁰ Schaus, «1969 Vienna Convention: Article 27», p. 697.

⁶¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/664, p. 98, par. 44; *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/675, p. 162, par. 17.

⁶² *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation* (voir *supra* la note 52), par. 313.

⁶³ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 173.

⁶⁴ Article 3 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 37. Voir également résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

CHAPITRE III

Application à titre provisoire des traités par les organisations internationales

A. Historique

71. Dans son deuxième rapport sur l'application à titre provisoire des traités⁶⁵, le Rapporteur spécial s'est engagé à traiter de l'application à titre provisoire des traités par les organisations internationales dans le présent rapport, en réponse à une demande formulée aussi bien par les États Membres que par la Commission.

72. Depuis 1949, la Cour internationale de Justice a déterminé qu'une organisation est une personne internationale, ce qui signifie qu'elle est un sujet de droit international et qu'elle est titulaire de droits et de devoirs⁶⁶.

⁶⁵ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/675, p. 169, par. 98.

⁶⁶ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949, p. 174, à la page 179.

Cette personnalité juridique est l'élément fondamental qui permet à une organisation internationale d'être partie à des traités, bien que la capacité juridique à disposer de droits et à souscrire des obligations par l'intermédiaire de la conclusion de traités de l'organisation en question ne découle pas de sa qualité de sujet de droit international, comme c'est le cas s'agissant d'un État⁶⁷, mais soit déterminée par les règles qui la régissent⁶⁸.

73. Ce sont les États qui accordent une personnalité et une capacité juridiques aux organisations internationales, au moment de la création de ces dernières. Les États dotent une organisation internationale de pouvoirs lui permettant d'agir par l'intermédiaire de mécanismes contractuels qui sont inscrits dans le traité constitutif de l'organisation ou

⁶⁷ Article 6 de la Convention de Vienne de 1969.

⁶⁸ Article 6 de la Convention de Vienne de 1986.

qui donnent lieu à une procédure spéciale impliquant la conclusion d'un accord distinct du traité constitutif⁶⁹.

74. Il convient d'établir d'emblée une distinction. Le présent rapport examinera d'une part les traités par l'intermédiaire desquels deux États ou plus décident de constituer une organisation internationale, et les traités adoptés au sein d'une organisation internationale (traités constitutifs), conformément aux dispositions de l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969. Il s'intéressera d'autre part aux traités conclus entre des États et des organisations internationales ou entre des organisations internationales, qui sont régis par la Convention de Vienne de 1986 et qui peuvent constituer l'acte fondateur d'une nouvelle organisation ou entité internationale ou qui, comme cela arrive fréquemment, visent à réglementer les aspects relatifs au siège d'une organisation internationale déjà établie en vertu d'un accord distinct.

75. Dans ce contexte, aussi bien la Convention de Vienne de 1969 que la Convention de Vienne de 1986 sont pertinentes aux fins du présent rapport. Il convient de souligner que «la règle générale voulant que tous les traités entre États sont soumis aux règles de la Convention [de Vienne de 1969] "à moins que le traité n'en dispose autrement" vaut également pour les actes constitutifs des organisations internationales⁷⁰».

B. Étude du Secrétariat sur le développement législatif de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986

76. Si dans son premier rapport le Rapporteur spécial n'avait pas jugé nécessaire d'aborder la question du développement législatif de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986, l'analyse dudit article permet d'éclairer utilement la réflexion s'agissant du traitement du sujet qui nous occupe dans ce troisième rapport, de l'avis aussi bien des membres de la Commission que des États, comme ils l'ont fait savoir lors du débat de la Sixième Commission.

77. C'est pourquoi «[à] [sa] 3243^e séance, le 8 août 2014, la Commission a décidé de prier le Secrétariat d'établir une étude sur les travaux précédemment entrepris par la Commission sur ce sujet dans le cadre des travaux préparatoires relatifs aux dispositions pertinentes de la Convention de Vienne [...] de 1986⁷¹».

78. Il importe de souligner que ladite Convention n'est pas encore entrée en vigueur, étant donné qu'elle doit pour cela être ratifiée par 35 États, conformément à ce que prévoit son article 85. À ce jour, seuls 31 États et 12 organisations internationales l'ont ratifiée. L'histoire législative de ce texte éclaire néanmoins l'étude du présent sujet.

79. Le 25 novembre 2014, le Secrétariat a publié son étude⁷², qui complète le memorandum qu'il avait présenté en 2013 concernant les travaux précédemment entrepris

par la Commission dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités et des travaux préparatoires de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969⁷³.

80. Le Rapporteur spécial tient à remercier le Secrétariat d'avoir élaboré cette contribution extrêmement utile, qu'il n'est pas nécessaire de résumer dans le présent rapport mais dont il vaut la peine de souligner quelques éléments.

81. L'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 dispose ce qui suit :

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :

a) si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou

b) si les États et les organisations ou, selon le cas, les organisations ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États et les organisations internationales ayant participé à la négociation ou, selon le cas, les organisations ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation prend fin si cet État ou cette organisation notifie aux États et aux organisations entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

82. Comme il est évident à leur simple lecture, l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 et l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 sont pratiquement identiques. Comme cela a été réaffirmé dans le memorandum, en présentant ses projets d'articles 24 et 25, le Rapporteur spécial, M. Paul Reuter, a indiqué que «ces deux articles sont repris des dispositions correspondantes de la Convention de Vienne [de 1969], par rapport auxquelles ils ne présentent que les modifications rédactionnelles nécessaires pour tenir compte des organisations internationales⁷⁴». Il a ajouté que leur souplesse permet d'adapter les articles 24 et 25 de la Convention de Vienne de 1969 à toutes les situations que peuvent engendrer des accords conclus avec des organisations internationales⁷⁵.

83. L'étude du Secrétariat rappelle un deuxième élément, à savoir que, durant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Conférence de Vienne de 1986), le projet d'article 25 de la Convention a été renvoyé directement au Comité de rédaction, sans examen de fond en séance plénière de la Conférence⁷⁶. Finalement, l'article 25 a été adopté par la Conférence sans avoir été mis aux voix⁷⁷.

84. On pourrait penser que la Conférence de Vienne de 1986 a fait siennes, sans les répéter, les délibérations de la première session de la Conférence de Vienne de 1969 et les décisions qui ont été prises concernant le droit des traités entre États. Après tout, l'article 25 de la Convention de 1969 «a subi des modifications considérables à la Conférence de Vienne⁷⁸», raison pour laquelle la Confé-

⁶⁹ Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, p. 18.

⁷⁰ Troisième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, par Georg Nolte, Rapporteur spécial, document A/CN.4/683 (reproduit dans le présent volume), par. 22.

⁷¹ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 169, par. 227.

⁷² A/CN.4/676 (reproduit dans le présent volume).

⁷³ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/658, p. 101.

⁷⁴ *Annuaire... 1977*, vol. I, 1435^e séance, 7 juin 1977, p. 104, par. 4.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ A/CN.4/676 (reproduit dans le présent volume), par. 37.

⁷⁷ *Ibid.*, par. 40.

⁷⁸ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 357.

rence de Vienne de 1986 a fait l'économie de nouveaux débats qui auraient conduit au même résultat qu'en 1969.

85. Ces éléments, associés aux considérations figurant dans les premier et deuxième rapports⁷⁹, éclairent certains aspects des caractéristiques imprimées par la pratique à l'application à titre provisoire des traités :

a) le fait que le libellé de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 et de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 «est une preuve de la souplesse dont jouissent les États à l'égard d'un traité en gestation⁸⁰» ;

b) le fait que, bien que l'on puisse objecter qu'il s'agit d'une disposition qui n'était pas indispensable pour le régime du droit des traités, et qui par conséquent n'est pas obligatoire, elle a un caractère « indicatif » et que sa dimension générale « permettra son enrichissement grâce à la pratique »⁸¹ ;

c) le fait que l'article 25, « en énonçant un des nombreux aspects de la liberté des États en matière de conclusion de traités, reflète sans aucun doute une règle coutumière du droit international⁸² » ; et,

d) le fait que le régime juridique de l'application à titre provisoire des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales est, *mutatis mutandis*, le même que celui s'appliquant aux traités entre États, avec les effets juridiques découlant du principe *pacta sunt servanda*.

C. Application à titre provisoire de traités portant création d'organisations internationales ou de régimes internationaux

86. La pratique internationale montre que, de façon récurrente, les États ont décidé de se mettre d'accord concernant l'application à titre provisoire de traités en vertu desquels sont créés des organisations internationales ou un régime international de quelque nature que ce soit.

87. L'application à titre provisoire peut jouer un rôle clef dans la procédure complexe de création et de mise en marche d'une organisation internationale ou faciliter l'établissement d'une telle organisation⁸³.

88. En règle générale, la doctrine nous apprend que l'on peut trouver des exemples d'application provisoire d'instruments constitutifs d'organisations dès le XIX^e siècle : ainsi l'union administrative du XIX^e siècle, la création en 1875 du Bureau international des poids et mesures en vertu de la Convention du Mètre, ou encore la création de l'Organisation internationale du Travail, fondée le 28 juin 1919 par le Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles)⁸⁴.

⁷⁹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/664, p. 91, et *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/675, p. 159.

⁸⁰ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 357 et 358.

⁸¹ Vignes, « Une notion ambiguë : l'application à titre provisoire des traités », p. 192.

⁸² Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...*, p. 357.

⁸³ Michie, « The role of provisionally applied treaties in international organisations », p. 48.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 49.

89. De même, en 1973 le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a établi un rapport présentant des exemples de la pratique des États et des organisations internationales s'agissant de l'application à titre provisoire de traités portant création d'organisations internationales ou de régimes internationaux⁸⁵.

90. Dans ledit rapport, le Secrétaire général recense huit cas « où des mesures provisoires ont été prises à propos de traités multilatéraux qui, par la suite, sont entrés en vigueur⁸⁶ », qui constituent des précédents.

91. Les exemples donnés sont les suivants : l'Organisation provisoire de l'aviation civile internationale⁸⁷ ; la Commission préparatoire de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime⁸⁸ ; la Commission préparatoire de l'Organisation internationale pour les réfugiés⁸⁹ ; la Commission intérimaire de l'Organisation mondiale de la Santé⁹⁰ ; la Commission préparatoire de l'Agence internationale de l'énergie atomique⁹¹ ; l'Accord international sur le sucre ; la Convention sur la pêche ; et l'Office central des transports intérieurs européens⁹².

92. Comme indiqué dans l'introduction du rapport, les exemples cités se réfèrent « à des cas où des mesures provisoires ont été prises à propos de traités multilatéraux qui, par la suite, sont entrés en vigueur [...] ; c'est pourquoi les cas où les dispositions prises sont demeurées provisoires n'ont pas été inclus dans l'étude⁹³ ». Comme cela sera montré plus avant, il existe également des précédents de traités qui continuent d'être appliqués à titre provisoire, du moins de façon partielle.

93. Dans les quatre premiers cas susmentionnés, les mesures ont été adoptées pour couvrir la période comprise entre la date de préparation et l'entrée en vigueur des instruments portant création de ces quatre organismes spécialisés. Le cas de l'Agence internationale de l'énergie atomique répondait à une problématique similaire. Cependant les perspectives étaient différentes en ce qui concerne les trois derniers cas⁹⁴.

94. Comme le Rapporteur spécial l'avait déjà souligné dans son second rapport, l'application à titre provisoire d'un traité produit des effets juridiques⁹⁵.

⁸⁵ Rapport du Secrétaire général, « Exemples de précédents concernant l'application provisoire, en attendant leur entrée en vigueur, de traités multilatéraux, en particulier de traités portant création d'organisations ou de régimes internationaux » (A/AC.138/88).

⁸⁶ *Ibid.*, par. 3.

⁸⁷ Convention relative à l'aviation civile internationale.

⁸⁸ Convention portant création de l'Organisation maritime intergouvernementale.

⁸⁹ Accord relatif aux dispositions provisoires devant être prises à l'égard des réfugiés et personnes déplacées.

⁹⁰ Arrangement conclu par les Gouvernements représentés à la Conférence internationale de la Santé.

⁹¹ Annexe du Statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique.

⁹² Accord relatif à un Office provisoire des transports intérieurs européens.

⁹³ A/AC.138/88, par. 3.

⁹⁴ *Ibid.*, par. 4 et 5.

⁹⁵ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/675, p. 163, par. 24.

95. Se référant aux articles 24 et 25 de la Convention de Vienne de 1969, le Secrétaire général a indiqué dans son rapport que,

aux termes de ces articles, l'application à titre provisoire d'un traité ne se produit, à proprement parler, que si le traité lui-même en dispose ainsi ou si les États ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière. L'Accord international de 1968 sur le sucre est un exemple de traité multilatéral prévoyant qu'il entrera en vigueur à titre provisoire sous réserve de certaines conditions spécifiées⁹⁶.

96. Dans tous les autres cas cités, «on a eu recours à l'adoption d'un instrument distinct, [...] généralement par une procédure simplifiée, pour prendre des dispositions institutionnelles provisoires en attendant l'entrée en vigueur du traité principal et la création de l'organisme permanent⁹⁷», à l'exception de la Commission préparatoire de l'Organisation maritime intergouvernementale qui a été créée en vertu d'une résolution adoptée par une conférence, cas dans lequel l'application provisoire prend effet en général immédiatement⁹⁸.

97. En résumé, l'application à titre provisoire a permis de créer des organes ou des régimes internationaux qui devaient soit procéder aux préparatifs nécessaires au bon fonctionnement d'une organisation internationale permanente soit commencer effectivement à s'acquitter des responsabilités de l'organisation internationale en question⁹⁹.

98. Le fait que dans son analyse le Secrétaire général ait distingué, parmi les exemples qu'il fournit, entre les cas où la pratique reflète les dispositions de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, d'une part, et les «exemples particuliers de l'application de l'article 24 [de la Convention] pour ce qui est du mode d'entrée en vigueur¹⁰⁰», d'autre part, constitue une preuve supplémentaire de la souplesse dont font preuve les États et les organisations internationales elles-mêmes dans l'interprétation et l'application de l'article 25 de la Convention.

99. Le précédent le plus célèbre est sans doute l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947, qui, de façon très atypique¹⁰¹, a été appliqué à titre provisoire pendant plusieurs décennies en vertu d'un protocole d'application provisoire.

100. Le Traité sur la Charte de l'énergie, par lequel a été créée la Conférence de la Charte de l'énergie constitue un autre exemple intéressant. Le paragraphe 4 de son article 45 indique ce qui suit :

En attendant l'entrée en vigueur du présent traité, les signataires se réunissent périodiquement au sein de la Conférence provisoire de la Charte, dont la première réunion est convoquée par le Secrétariat provisoire visé au paragraphe 5 au plus tard 180 jours après la date d'ouverture à la signature du présent traité, indiquée à l'article 38.

101. En outre, le Secrétariat a élaboré et mis à la disposition du Rapporteur spécial un document récapitulatif recensant au total 50 traités multilatéraux conclus entre 1968 et 2013, qui indique les éléments suivants :

⁹⁶ A/AC.138/88, par. 9.

⁹⁷ Ibid., par. 10.

⁹⁸ États-Unis, Bibliothèque du Congrès, *Report on the Law of the Sea Treaty* (voir *supra* la note 9).

⁹⁹ A/AC.138/88, par. 12.

¹⁰⁰ Ibid., par. 10.

¹⁰¹ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 172 et 173.

a) l'article ou la disposition traitant de la question de l'application provisoire ; b) les extraits relatifs aux clauses d'application provisoire ; c) si ledit traité est ouvert aux organisations internationales ; et d) s'il l'est, les organisations qui y sont parties. Estimant qu'il s'agit là d'une référence très utile, le Rapporteur spécial annexe le document en question au présent rapport, tout en rappelant que la liste qui y est présentée n'est pas exhaustive.

102. Tous les exemples fournis illustrent comment on use du principe d'application à titre provisoire, voire comment on en « abuse utilement », comme on a pu l'écrire¹⁰².

D. Application à titre provisoire des traités négociés au sein des organisations internationales ou des conférences diplomatiques convoquées sous l'égide d'organisations internationales

103. Nonobstant l'existence des précédents examinés, au moment de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, les clauses relatives à l'application provisoire des traités étaient encore plutôt rares. Leur nécessité s'est progressivement imposée du fait, d'une part, de la possibilité d'obtenir rapidement l'entrée en vigueur des traités soumis à ratification et, d'autre part, de la difficulté même d'atteindre cet objectif. Le problème est encore plus grand dans le cas des traités adoptés sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies ou de ses institutions spécialisées, car leur entrée en vigueur requiert souvent un nombre élevé de ratifications¹⁰³. C'est pour cela qu'il est prévu une période d'application provisoire relativement courte, même si la réalité est tout autre¹⁰⁴.

104. On notera que, dans le but de rapprocher des intérêts divergents et des situations diverses, les clauses relatives à l'application provisoire des traités deviennent de plus en plus compliquées et couvrent un éventail de possibilités au lieu d'être axées sur une seule question ou un seul objectif¹⁰⁵.

105. À titre illustratif, 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 a été adopté par l'Assemblée générale le 28 juillet 1994 pour modifier, par voie d'interprétation, certaines dispositions controversées de la Convention. Il s'agissait de faire en sorte que l'Accord soit pleinement mis en œuvre au moment de l'entrée en vigueur de la Convention, le 16 novembre 1994. L'Accord a commencé à être appliqué à titre provisoire dès cette date, jusqu'à son entrée en vigueur le 28 juillet 1996, conformément à l'article 7 de la Convention, qui prévoit différentes modalités à cet égard. L'application à titre provisoire peut se faire en adressant une simple notification au depositaire, ainsi qu'il est prévu au paragraphe 1 c de l'article 7 de la Convention.

¹⁰² Lefeber, « The provisional application of treaties », p. 81.

¹⁰³ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 173.

¹⁰⁴ Traité sur le régime « Ciel ouvert », qui prévoit que l'application provisoire serait limitée à douze mois à compter de la date à laquelle le traité est ouvert à signature. Dans le cas où le traité n'entrerait pas en vigueur à la fin de la période d'application provisoire, cette période peut être prolongée si tous les États signataires en décident ainsi (art. 18, par. 2). L'ensemble du traité a été appliqué à titre provisoire à compter de la date de sa signature, en 1992, jusqu'à son entrée en vigueur, en 2002.

¹⁰⁵ Michie, « The role of provisionally applied treaties in international organisations », p. 39 à 56.

106. Cette notification, ou option simplifiée, est devenue pratique courante pour ce type de traités, comme le montrent l'article 15 de la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique de 1986 et l'article 13 de la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire, également de 1986, Conventions négociées sous les auspices de l'Agence internationale de l'énergie atomique.

107. Du fait de son caractère facultatif, ce type de clause peut même être utilisé par un État qui n'a pas fait partie des négociateurs du traité en question, compte tenu de la vocation naturellement universelle des traités multilatéraux, ainsi que de l'urgence de la situation en question ou de la gravité de ce que l'on cherche à prohiber au moyen du traité spécifique. Pour choisir l'application à titre provisoire moyennant notification, le seul préalable requis est que cette option soit prévue dans le traité en question ou convenue de toute autre manière.

108. De même, un État qui déciderait de ne pas appliquer un traité à titre provisoire, option mise à la disposition de toutes les futures parties au traité, devra le notifier au depositaire, ainsi qu'il est prévu à l'article 7, paragraphe 1 *a* et *b*, de l'Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

109. À l'heure actuelle, un autre exemple, de l'avis du Rapporteur spécial, illustre parfaitement l'importance que revêt le principe d'application provisoire pour la création et le fonctionnement d'une organisation internationale ; il s'agit de la Commission préparatoire de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires.

110. Le 10 septembre 1996, l'Assemblée générale a adopté le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, qui, près de vingt ans plus tard, n'est toujours pas entré en vigueur.

111. Néanmoins, l'article II du Traité prévoit la création de l'organisation internationale. À cette fin, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, en sa qualité de depositaire du Traité, a convoqué une réunion des États signataires à l'issue de laquelle a été adoptée une résolution portant création d'une commission préparatoire¹⁰⁶. L'annexe de la résolution contient 22 paragraphes qui précisent les attributions de cette commission, dont la prise de toutes les mesures requises pour que le régime de vérification établi par le Traité soit pleinement opérationnel au moment de l'entrée en vigueur de l'instrument¹⁰⁷. De plus, l'appendice de la résolution dresse une liste « indicative » de plusieurs pages énumérant les tâches de la Commission ayant trait à la vérification¹⁰⁸. À la lecture, il s'agit essentiellement de fonctions techniques, ayant des effets juridiques. Ainsi, la Commission préparatoire a conclu des accords avec des États en vue d'établir, sur leur territoire, des installations de surveillance, comme il est prévu dans le Protocole se rapportant au Traité d'interdiction complète des essais nucléaires¹⁰⁹. Actuellement, le

système de surveillance internationale compte des laboratoires et des stations de surveillance qui fonctionnent de manière effective dans 89 États¹¹⁰.

112. Le paragraphe 4 du Protocole, également appliqué à titre provisoire¹¹¹, dispose que

[c]onformément aux accords ou arrangements et procédures pertinents, l'État – partie ou non – qui est l'hôte d'installations du Système de surveillance internationale ou en assume la responsabilité d'une autre manière se met d'accord et coopère avec le Secrétariat technique pour établir, exploiter, mettre à niveau, financer et entretenir les installations de surveillance, les laboratoires homologués pertinents et les moyens de communication correspondants dans des zones placées sous sa juridiction ou son contrôle, ou ailleurs, conformément au droit international.

113. Comme on le voit, depuis près de vingt ans maintenant que la Commission préparatoire a été créée et fonctionne à titre provisoire, avec plein effet juridique, l'importance qu'elle revêt pour la mise en œuvre d'un système de surveillance internationale concernant les essais nucléaires n'est plus à démontrer. Par ailleurs, on estime que les ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, prévues dans l'instrument et à l'annexe 2 du document, ne devraient pas être obtenues de sitôt.

114. À cet égard, les accords cités et le fonctionnement provisoires de la Commission préparatoire pourraient se prolonger indéfiniment, ce qui met en avant l'importance de l'application provisoire du Traité, au-delà de sa fonction purement préparatoire¹¹².

115. Pour finir, il convient de s'arrêter sur l'application provisoire d'un ensemble d'amendements à la Convention portant création de l'Organisation internationale de télécommunications maritimes par satellites (INMARSAT), et à l'Accord d'exploitation de celle-ci¹¹³. Ces deux instruments sont muets sur l'application provisoire, même après amendement. Les États négociateurs ont dû répondre, notamment, aux questions suivantes : *a*) en l'absence de disposition expresse à cet égard dans la Convention, l'Assemblée des Parties a-t-elle le pouvoir de décider de l'application provisoire des amendements ? *b*) une décision adoptée par consensus serait-elle suffisante et que se passerait-il en cas de dissidence ? *c*) en cas de dissidence, combien de votes faudrait-il et quels sont les droits qui seraient reconnus aux parties dissidentes ?

116. Pour trancher, les États se sont fondés sur des précédents montrant que l'organe suprême de l'organisation a pris la décision d'appliquer les amendements à titre provisoire, sans s'appuyer pour cela sur une disposition expresse de l'instrument constitutif correspondant, à l'instar du congrès général de l'Union postale universelle, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et, surtout, de la pratique de l'Union internationale des télécommunications¹¹⁴.

¹⁰⁶ Résolution portant constitution de la Commission préparatoire de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, CTBT/MSS/RES/1, 19 novembre 1996.

¹⁰⁷ Ibid., par. 13.

¹⁰⁸ Ibid., appendice.

¹⁰⁹ Avec l'Australie par exemple, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2123, n° 36987, p. 41 ; les îles Cook, *ibid.*, n° 1235, p. 111 ; la

Finlande, *ibid.*, n° 36986, p. 27 ; la Jordanie, *ibid.*, n° 36988, p. 59 ; le Kenya, *ibid.*, n° 36989, p. 74 ; et l'Afrique du Sud, *ibid.*, n° 36990, p. 93.

¹¹⁰ Voir www.ctbto.org/verification-regime/background/overview-of-the-verification-regime/.

¹¹¹ Michie, « The provisional application of arms control treaties », p. 345 et 369.

¹¹² Ibid., p. 370.

¹¹³ Sagar, « Provisional application in an international organization ».

¹¹⁴ Ibid., p. 104 à 106.

117. En fin de compte, il s'agissait d'établir que la condition requise au paragraphe 1 *b* de l'article 25 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 était remplie, à savoir que l'application à titre provisoire avait été convenue d'une « autre manière ».

118. L'amendement adopté en 2011 par la réunion des parties au Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques est un autre exemple susceptible de faire pencher la balance en faveur de l'application à titre provisoire. Le Groupe de travail spécial sur les nouveaux engagements des Parties visées à l'annexe I au titre du Protocole de Kyoto, dans le cadre de son examen de l'interruption du fonctionnement du mécanisme pour un développement propre que l'entrée en vigueur des amendements au Protocole de Kyoto pourrait causer, a recommandé que ceux-ci soient appliqués à titre provisoire¹¹⁵. Cette recommandation a été approuvée par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto, qui, dans son rapport sur les travaux de sa huitième session, a décidé que « les Parties peuvent appliquer provisoirement l'amendement en attendant son entrée en vigueur, conformément aux articles 20 et 21 du Protocole de Kyoto et [...] que les Parties donneront notification de toute application provisoire de ce type au Dépositaire¹¹⁶ ».

119. Le Rapporteur spécial avait déjà abordé, dans son deuxième rapport, la question de l'application provisoire par la République arabe syrienne de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction¹¹⁷.

120. Toutefois, il est utile d'y revenir. Quand la République arabe syrienne a déclaré unilatéralement qu'elle appliquerait ladite convention à titre provisoire, le Directeur général de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques a répondu à la République arabe syrienne, en toute impartialité, que sa « demande » d'application provisoire serait communiquée aux États parties. Bien que la Convention ne prévoit pas l'application provisoire, qui n'a pas été envisagée lors des négociations, ni les États parties ni l'Organisation ne se sont opposés à ce que la République arabe syrienne donne suite à sa déclaration unilatérale¹¹⁸. En l'espèce, il convient de noter les échanges entre les États et l'Organisation, à travers son Directeur général, car « bien que le Directeur général de l'[Organisation] ne soit pas le dépositaire de la [Convention], l'Organisation, chargée de la mise en œuvre de la [Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction], avait

¹¹⁵ « Considérations juridiques relatives à un hiatus éventuel entre la première période d'engagement et les périodes d'engagement suivantes » (FCCC/KP/AWG/2010/10), par. 18.

¹¹⁶ Rapport de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto sur sa huitième session, tenue à Doha du 26 novembre au 8 décembre 2012 (FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1), par. 5.

¹¹⁷ *Annuaire...* 2014, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/675, p. 167, par. 66 à 68.

¹¹⁸ Voir Jacobsson, « Syria and the issue of chemical weapons: a snapshot of a legal time-frame: the United Nations Security Council resolution 2118 (2013) and the OPCW Executive Council decision », p. 137 à 141.

un rôle à jouer¹¹⁹ » dans la définition des effets juridiques de l'application provisoire. En outre, « le comportement des organisations internationales peut servir à catalyser la pratique des États¹²⁰ ».

121. En conclusion, comme l'a dit l'Association de droit international dans son rapport final de la Conférence de Berlin, en 2004, sur le droit relatif au contrôle des armes et au désarmement au sujet du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, « [l']application provisoire, comme mécanisme de renforcement de la confiance, renforce la légalité du [Traité d'interdiction complète des essais nucléaires] encourage les ratifications et décourage les États de procéder à des essais nucléaires dans l'avenir¹²¹ ».

E. Application provisoire des traités auxquels des organisations internationales sont parties

122. Une autre question qui mérite d'être analysée dans le contexte de ce troisième rapport concerne les traités appliqués à titre provisoire auxquels des organisations internationales sont parties. Le Rapporteur spécial a déjà dit que la Convention de Vienne de 1986 n'était pas entrée en vigueur; toutefois, ses dispositions, conformément aux règles du droit international coutumier, ont plein effet juridique¹²².

123. En ce sens, « la pratique des organisations internationales concernant leur comportement international ou celui des organisations internationales en général peut servir de pratique pertinente aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier¹²³ ».

124. Compte tenu de ce qui précède, on trouvera ci-après quelques cas pertinents pour l'étude de la pratique des organisations internationales en la matière.

125. Parmi les traités constitutifs d'organisations internationales appliqués à titre provisoire, nous pouvons citer :

a) l'Accord relatif au siège de l'Agence internationale de l'énergie atomique, signé entre l'Autriche et l'Agence. Entré en vigueur le 1^{er} mars 1958, il est appliqué à titre provisoire depuis le 1^{er} janvier 1958¹²⁴;

b) l'accord de siège signé entre l'Espagne et l'Organisation mondiale du tourisme, appliqué à titre provisoire depuis le 1^{er} janvier 1976 et en vigueur à compter du 2 juin 1977¹²⁵;

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 138.

¹²⁰ Document A/CN.4/682 (reproduit dans le présent volume), par. 75.

¹²¹ International Law Association, « Final report of the Committee on Arms Control and Disarmament Law », *Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16–21 August 2004*, Londres, 2004, p. 488 à 527, au paragraphe 8.

¹²² Michie, « The role of provisionally applied treaties in international organisations », p. 42 et 43. Pour un complément d'analyse, voir Michie, « The provisional application of treaties with special reference to arms control, disarmament and non-proliferation instruments », p. 86 à 111.

¹²³ Document A/CN.4/682 (reproduit dans le présent volume), par. 76.

¹²⁴ Accord entre la République d'Autriche et l'Agence internationale de l'énergie atomique relatif au siège de l'Agence internationale de l'énergie atomique (Vienne, 11 décembre 1957), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 339, n° 4849, p. 110, à la page 172, note 1.

¹²⁵ Convention entre l'Espagne et l'Organisation mondiale du tourisme relative au statut juridique de cette organisation en Espagne

c) l'accord de siège signé entre l'Allemagne et l'Organisation des Nations Unies pour la création de bureaux de l'Organisation à Bonn, «entré en vigueur» à titre provisoire le jour même de son adoption¹²⁶; et

d) l'accord de siège signé entre les Pays-Bas et l'Organisation des Nations Unies pour le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, qui stipule au paragraphe 4 de son article XXIX qu'il s'appliquera provisoirement à compter de la date de sa signature¹²⁷.

126. Certains traités conclus entre organisations internationales sont également appliqués à titre provisoire, notamment :

a) l'Accord sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques¹²⁸, qui dispose au paragraphe 2 de son article XVI, qu'il sera appliqué provisoirement dès sa signature ;

b) l'Accord entre l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l'Organisation de la conférence islamique, appliqué provisoirement depuis sa signature le 3 novembre 1992¹²⁹ ;

c) l'Accord sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et l'Autorité internationale des fonds marins, également appliqué provisoirement depuis la date de sa signature, le 14 mars 1997¹³⁰ ; et

(Madrid, 10 novembre 1975), *ibid.*, vol. 1047, n° 15762, p. 69, à la page 78, note 1.

¹²⁶ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne relatif à l'occupation et à l'emploi des locaux de l'Organisation des Nations Unies à Bonn (New York, 13 février 1996), *ibid.*, vol. 1911, n° 32554, p. 187, à la page 215, note 1.

¹²⁷ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Royaume des Pays-Bas relatif au siège du tribunal international chargé de poursuivre les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (New York, 29 juillet 1994), *ibid.*, vol. 1792, n° 31119, p. 351.

¹²⁸ Accord sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (New York, 17 octobre 2000), résolution 55/283 de l'Assemblée générale, en date du 7 septembre 2001, annexe.

¹²⁹ Accord entre l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l'Organisation de la conférence islamique relatif à l'établissement de relations de travail et à la coopération (Genève et Djeddah, 3 novembre 1992), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1727, n° 1079, p. 251, à la page 263, note 1.

¹³⁰ Accord sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et l'Autorité internationale des fonds marins (New York, 14 mars 1997),

d) l'Accord entre la Commission préparatoire de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires et l'Organisation météorologique mondiale, dont le paragraphe 2 de son article XIII prévoit l'application provisoire¹³¹.

127. De même, dans le cas de certains accords conclus par échange de lettres entre États et organisations internationales, l'application peut être non seulement provisoire, mais également rétroactive. Ce fut le cas entre Chypre et l'Organisation des Nations Unies concernant l'opération de maintien de la paix dans ce pays¹³², ou les accords conclus entre l'Organisation internationale du Travail et l'Éthiopie¹³³ ou la Fédération de Russie¹³⁴.

128. Cette flexibilité, en l'occurrence, découle de la nécessité de pouvoir utiliser telle ou telle disposition d'un traité dans un cadre juridique particulier. L'on voit également que les effets juridiques des traités appliqués à titre provisoire sont reconnus, tant par les États que par les organisations internationales.

129. L'on peut mentionner en corollaire un questionnaire élaboré par Quast Mertsch sur les effets juridiques de l'application provisoire (distribué aux États et aux conseillers juridiques d'organisations internationales en 2007-2008), dans lequel 12 États sur les 18 interrogés et 5 conseillers sur les 7 ayant répondu considèrent que les traités appliqués à titre provisoire sont juridiquement contraignants¹³⁵.

ibid., vol. 1967, n° 1165, p. 255, à la page 265, note 1.

¹³¹ Accord entre la Commission préparatoire de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires et l'Organisation météorologique mondiale, document CTBT/LEG.AGR/39.

¹³² Échange de lettres constituant un accord relatif au statut de la Force des Nations Unies chargée du maintien de la paix à Chypre (New York, 31 mars 1964), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 492, n° 7187, p. 57. Accord appliqué à titre provisoire le 31 mars 1964 et de façon rétroactive dès le 14 mars 1964 (*ibid.*, p. 59, note 1).

¹³³ Accord entre le Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie et l'Organisation internationale du Travail concernant le bureau de l'Organisation à Addis-Abeba (Addis-Abeba, 8 septembre 1997), *ibid.*, vol. 2157, n° 37726, p. 255. Accord appliqué à titre provisoire le 8 septembre 1997 et, de manière définitive, le 4 juin 2001, conformément à l'article 10 (*ibid.*, art. 10, par. 1).

¹³⁴ Accord entre le Gouvernement de la Fédération de Russie et l'Organisation internationale du Travail concernant le bureau de l'Organisation internationale du Travail à Moscou (Moscou, 5 septembre 1997), *ibid.*, vol. 2058, n° 35602, p. 29. Appliqué à titre provisoire le 5 septembre 1997 à compter de la date de signature et à titre définitif le 24 septembre 1998, par notification, conformément à l'article 15.

¹³⁵ Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties*, p. 171.

CHAPITRE IV

Propositions préliminaires de directives relatives à l'application provisoire

130. Dès la présentation de son premier rapport, le Rapporteur spécial avait évoqué l'idée d'élaborer des directives pouvant être utiles aux États et aux organisations internationales qui décideraient de recourir à l'application provisoire des traités¹³⁶.

¹³⁶ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/664, par. 54.

131. Le Rapporteur spécial propose donc dans les paragraphes qui suivent, dans le prolongement de l'analyse présentée dans les premier et deuxième rapports, une première série de projets de directives relatives à l'application provisoire des traités. Le débat au sein de la Commission et les avis des États Membres de la Sixième Commission de l'Assemblée générale fourniront des contributions précieuses qui permettront de juger s'il est

judicieux d'envisager que le Comité de rédaction examine ces projets de directive lors des prochaines sessions de la Commission.

«*Projet de directive 1*

«Les États et les organisations internationales pourront appliquer à titre provisoire tout ou partie d'un traité, si le traité en dispose ainsi ou si les États et organisations internationales en question en sont convenus d'une autre manière et à condition que le droit interne des États ou les règles des organisations internationales ne l'interdisent pas.

«*Projet de directive 2*

«L'accord permettant l'application provisoire de tout ou partie d'un traité pourra découler des termes du traité lui-même ou pourra être établi dans le cadre d'un accord distinct, ou par d'autres moyens, comme par la résolution d'une conférence internationale, ou de toute autre façon dont auront convenu les États ou les organisations internationales.

«*Projet de directive 3*

«L'application provisoire d'un traité pourra commencer au moment de la signature, de la ratification ou de l'acceptation du traité, ou de l'adhésion à celui-ci, ou à tout autre moment dont auront convenu les États

ou les organisations internationales, conformément aux modalités fixées par le traité ou à celles dont auront convenu les États ou les organisations internationales ayant participé à la négociation.

«*Projet de directive 4*

«L'application provisoire d'un traité produit des effets juridiques.

«*Projet de directive 5*

«Les obligations qui découlent de l'application provisoire de tout ou partie d'un traité doivent être respectées: i) jusqu'à l'entrée en vigueur du traité; ou ii) jusqu'à ce que l'application provisoire prenne fin conformément aux dispositions, selon le cas, du paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

«*Projet de directive 6*

«Le non-respect d'une obligation découlant de l'application provisoire de tout ou partie d'un traité mettra en cause la responsabilité internationale de l'État ou de l'organisation internationale concernée.»

CHAPITRE V

Conclusion

132. Le Rapporteur spécial estime avoir répondu par le présent rapport à la demande qui avait été faite d'examiner l'application provisoire des traités en rapport avec la pratique des organisations internationales, et il ne sera donc pas nécessaire de revenir sur cette question dans les prochains rapports.

133. Il a été clairement démontré que l'interprétation qui doit être faite de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 et de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 est pratiquement la même, en particulier en ce qui concerne les effets juridiques que produit l'institution de l'application provisoire.

134. Par ailleurs, un certain nombre d'exemples pertinents tirés de la pratique montrent qu'aussi bien les États que les organisations internationales recourent fréquemment à l'application provisoire.

135. S'agissant des rapports entre l'article 25 et d'autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969, le Rapporteur spécial a présenté une première étude sur le sujet, qui analyse en particulier les articles 11, 18, 24, 26 et 27.

136. Enfin, le Rapporteur spécial attend avec intérêt les réactions et observations que la Commission aussi bien que les États Membres formuleront à la suite du présent rapport, afin de déterminer la voie critique à adopter. Le Rapporteur spécial souhaiterait disposer de plus d'informations concernant la pratique des États et remercie d'avance ces derniers pour leur collaboration et la communication de ces informations à la Commission.

137. Pour ce qui est des travaux futurs, le Rapporteur spécial propose à la Commission de se pencher sur les questions suivantes: a) poursuivre l'analyse des rapports existant entre l'application à titre provisoire et d'autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969, comme le régime relatif aux réserves; b) entamer l'étude des rapports entre l'application provisoire et la succession d'États en matière de traités; c) examiner la question de la pratique des dépositaires de traités multilatéraux; et d) étudier les effets juridiques de la fin de l'application provisoire de traités octroyant des droits individuels.

138. Le Rapporteur spécial poursuivra en outre la formulation de projets de directive pour compléter ceux proposés dans le présent rapport.

ANNEXE

[Original: anglais]

Application provisoire des traités par les organisations internationales

<i>Traité</i>	<i>Article</i>	<i>Texte de l'article</i>	<i>Possibilité d'adhésion pour les organisations internationales ?</i>	<i>Organisations internationales appliquant le texte à titre provisoire</i>
Accord international de 1972 sur le cacao	Article 66	<p>1. Un Gouvernement signataire qui fait une notification en application du paragraphe 1 de l'article 65 peut aussi indiquer dans sa notification, ou à tout moment par la suite, qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire soit lorsque celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 67, soit, si le présent Accord est déjà en vigueur, à une date spécifiée. L'indication, par un Gouvernement signataire, de son intention d'appliquer le présent Accord lorsque celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 67 est considérée, aux fins de l'entrée en vigueur du présent Accord à titre provisoire, comme équivalant dans ses effets à un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Chaque Gouvernement qui donne cette indication déclare, au moment où il fait la notification, s'il entre dans l'Organisation en qualité de membre exportateur ou de membre importateur.</p> <p>2. Quand le présent Accord est en vigueur à titre soit provisoire soit définitif, un Gouvernement qui fait une notification conformément au paragraphe 2 de l'article 65 peut aussi indiquer dans sa notification, ou à tout moment par la suite, qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire à une date spécifiée. Chaque Gouvernement qui donne cette indication déclare, au moment où il fait la notification, s'il entre dans l'Organisation en qualité de membre exportateur ou de membre importateur.</p> <p>3. Un Gouvernement qui a indiqué, conformément au paragraphe 1 ou au paragraphe 2, qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire soit lorsque celui-ci entrera en vigueur, soit à une date spécifiée, est dès lors membre de l'Organisation à titre provisoire, jusqu'à ce qu'il ait déposé son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ou, sinon, jusqu'à expiration du délai fixé dans la notification visée à l'article 65. Toutefois, si le Conseil acquiert la conviction que le Gouvernement intéressé n'a pas déposé son instrument en raison de difficultés qu'il a éprouvées pour mener à terme sa procédure constitutionnelle, il peut prolonger le statut de membre à titre provisoire de ce Gouvernement pour un nouveau délai spécifié.</p>	Oui (voir art. 4)	Communauté économique européenne
Accord international de 1975 sur le cacao	Article 68	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, accepter ou approuver le présent Accord ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion, mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut, à tout moment, notifier au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 69, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée. Chaque gouvernement qui fait cette notification déclare, au moment où il la fait, s'il sera membre exportateur ou membre importateur.</p> <p>2. Un gouvernement qui a notifié conformément au paragraphe 1 qu'il appliquera le présent Accord, soit quand celui-ci entrera en vigueur, soit à une date spécifiée, est dès lors membre à titre provisoire. Il reste membre à titre provisoire jusqu'à la date de dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.</p>	Oui (voir art. 4)	Communauté économique européenne

<i>Traité</i>	<i>Article</i>	<i>Texte de l'article</i>	<i>Possibilité d'adhésion pour les organisations internationales ?</i>	<i>Organisations internationales appliquant le texte à titre provisoire</i>
Accord international de 1980 sur le cacao	Article 65	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé les conditions d'adhésion, mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut, à tout moment, notifier au dépositaire qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 66 soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée. Chaque gouvernement qui fait cette notification déclare, au moment où il la fait, s'il sera membre exportateur ou membre importateur.</p> <p>2. Un gouvernement qui a notifié conformément au paragraphe 1 du présent article qu'il appliquera le présent Accord soit quand celui-ci entrera en vigueur soit à une date spécifiée est dès lors membre à titre provisoire. Il reste membre à titre provisoire jusqu'à la date de dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.</p>	Oui (voir art. 4)	Communauté économique européenne
Accord international de 1986 sur le cacao	Article 69	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé les conditions d'adhésion, mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut à tout moment notifier au dépositaire que, conformément à sa procédure constitutionnelle, il appliquera le présent Accord à titre provisoire soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 70 soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée. Chaque gouvernement qui fait cette notification déclare, au moment où il la fait, s'il sera membre exportateur ou membre importateur.</p> <p>2. Un gouvernement qui a notifié conformément au paragraphe 1 du présent article qu'il appliquera le présent Accord soit quand celui-ci entrera en vigueur soit à une date spécifiée est dès lors membre à titre provisoire. Il reste membre à titre provisoire jusqu'à la date de dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.</p>	Oui (voir art. 4)	Communauté économique européenne
Accord international de 1993 sur le cacao	Article 55	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé les conditions d'adhésion, mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut à tout moment notifier au dépositaire que, conformément à sa procédure constitutionnelle et/ou à ses lois et règlements nationaux, il appliquera le présent Accord à titre provisoire soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 56 soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée. Chaque gouvernement qui fait cette notification déclare, au moment où il la fait, s'il sera Membre exportateur ou Membre importateur.</p> <p>2. Un gouvernement qui a notifié, conformément au paragraphe 1 du présent article, qu'il appliquera le présent Accord soit quand celui-ci entrera en vigueur soit à une date spécifiée est, dès lors, Membre à titre provisoire. Il reste Membre à titre provisoire jusqu'à la date de dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.</p>	Oui (voir art. 4)	Communauté européenne
Accord international de 2001 sur le cacao	Article 57	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord ou un gouvernement qui a l'intention d'y adhérer, mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut à tout moment notifier au dépositaire que, conformément à sa procédure constitutionnelle et/ou à ses lois et règlements nationaux, il appliquera le présent Accord à titre provisoire soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 58 soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée. Chaque gouvernement qui fait cette notification déclare, au moment où il la fait, s'il sera Membre exportateur ou Membre importateur.</p> <p>2. Un gouvernement qui a notifié, conformément au paragraphe 1 du présent article, qu'il appliquera le présent Accord soit quand celui-ci entrera en vigueur soit à une date spécifiée est, dès lors, Membre à titre provisoire. Il reste Membre à titre provisoire jusqu'à la date de dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.</p>	Oui (voir art. 4)	—

<i>Traité</i>	<i>Article</i>	<i>Texte de l'article</i>	<i>Possibilité d'adhésion pour les organisations internationales ?</i>	<i>Organisations internationales appliquant le texte à titre provisoire</i>
Accord international de 2010 sur le cacao	Article 56	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord ou un gouvernement qui a l'intention d'y adhérer, mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut à tout moment notifier au dépositaire que, conformément à sa procédure constitutionnelle et/ou à ses lois et règlements nationaux, il appliquera le présent Accord à titre provisoire soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 57 soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée. Chaque gouvernement qui fait cette notification indique au Secrétaire général, au moment de la notification ou dès que possible après la notification, s'il sera Membre exportateur ou Membre importateur.</p> <p>2. Un gouvernement qui a notifié, conformément au paragraphe 1 du présent article, qu'il appliquera le présent Accord soit quand celui-ci entrera en vigueur soit à une date spécifiée est, dès lors, Membre à titre provisoire. Il reste Membre à titre provisoire jusqu'à la date de dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.</p>	Oui (voir art. 4, par. 5 et 6)	Union européenne
Accord international de 1986 sur l'huile d'olive et les olives de table	Article 54	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, accepter ou approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut, à tout moment, notifier au dépositaire qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 55, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.</p> <p>2. Un gouvernement qui a notifié conformément au paragraphe 1 du présent article qu'il appliquera le présent Accord quand celui-ci entrera en vigueur ou, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée, est dès lors Membre à titre provisoire jusqu'à ce qu'il dépose son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion et devienne ainsi Membre.</p>	Oui (voir art. 5)	–
Protocole de 1993 portant reconduction de l'Accord international de 1986 sur l'huile d'olive et les olives de table	Article 54	<p>Remplacer le numéro de l'Article « 54 » par « 55 ».</p> <p>Dans le paragraphe 1, à l'avant-dernière ligne, remplacer le numéro de l'article « 55 » par « 56 ».</p>	Oui (voir art. 5)	–
Convention sur le commerce des céréales de 1995	Article 26	Tout gouvernement signataire et tout autre gouvernement remplissant les conditions nécessaires pour signer la présente Convention ou dont la demande d'adhésion est approuvée par le Conseil peut déposer auprès du dépositaire une déclaration d'application à titre provisoire. Tout gouvernement déposant une telle déclaration applique provisoirement cette Convention en accord avec ses lois et règlements et il est considéré provisoirement comme y étant partie.	Oui (voir art. 2, par. 2)	Communauté européenne
Convention sur le commerce du blé de 1986	Article 26	Tout gouvernement signataire et tout autre gouvernement remplissant les conditions nécessaires pour signer la présente Convention ou dont la demande d'adhésion est approuvée par le Conseil peut déposer auprès du dépositaire une déclaration d'application à titre provisoire. Tout gouvernement déposant une telle déclaration applique provisoirement la présente Convention et il est considéré provisoirement comme y étant partie.	Oui (voir art. 2, par. 2)	Communauté économique européenne
Convention relative à l'aide alimentaire de 1986	Article XIX	Tout gouvernement signataire peut déposer auprès du dépositaire une déclaration d'application à titre provisoire de la présente Convention. Il applique la présente Convention à titre provisoire et est réputé provisoirement y être partie.	Oui (voir art. II, par. 2)	Communauté économique européenne
Convention relative à l'aide alimentaire de 1995	Article XIX	Tout gouvernement signataire peut déposer auprès du dépositaire une déclaration d'application à titre provisoire de la présente Convention. Il applique la présente Convention selon les lois et règlements à titre provisoire et est réputé provisoirement y être partie.	Oui (voir art. II, par. 2)	Communauté européenne

Traité	Article	Texte de l'article	Possibilité d'adhésion pour les organisations internationales ?	Organisations internationales appliquant le texte à titre provisoire
	Déclaration faite lors de la déclaration d'application provisoire : Communauté européenne	La République d'Autriche, la République de Finlande et le Royaume de Suède étant devenus États membres de la Communauté européenne au 1 ^{er} janvier 1995, n'adhéreront plus individuellement à la présente Convention mais seront couverts par l'adhésion de la Communauté à la Convention. La Communauté européenne s'engage dès lors également à exercer les droits et à s'acquitter des obligations prévues par la présente Convention pour ces trois pays et ceci dès l'application provisoire de la présente Convention.		
Convention relative à l'aide alimentaire de 1999	Article XXII c	Tout gouvernement signataire peut déposer auprès du dépositaire une déclaration d'application à titre provisoire de la présente Convention. Il applique la présente Convention à titre provisoire selon ses lois et règlements et il est réputé provisoirement y être partie.	Oui (voir art. II, par. b)	Communauté européenne
Sixième Accord international sur l'étain	Article 53	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion conformément à l'article 54, mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut, à tout moment, notifier au dépositaire que, dans les limites de ses procédures constitutionnelles et/ou législatives, il appliquera le présent Accord à titre provisoire soit quand il entrera en vigueur conformément à l'article 55, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.</p> <p>2. Tout gouvernement visé au paragraphe 1 du présent article notifiant au dépositaire que, du fait qu'il applique le présent Accord dans les limites de ses procédures constitutionnelles et/ou législatives, il ne sera pas en mesure de verser sa contribution au compte du stock régulateur, n'exerce pas ses droits de vote s'il s'agit de questions se rapportant aux chapitres X à XV inclus du présent Accord. Ce gouvernement fait néanmoins face à toutes ses obligations financières concernant le compte administratif. La qualité de membre à titre provisoire d'un gouvernement qui fait la notification visée dans le présent paragraphe ne durera pas plus de 12 mois à compter de l'entrée en vigueur du présent Accord à titre provisoire, à moins que le Conseil n'en décide autrement.</p>	Oui (voir art. 56)	Communauté économique européenne
Accord international de 1968 sur le café, tel que prorogé, et Protocole pour le maintien en vigueur dudit Accord	Paragraphe 2 de l'article 62	L'Accord pourra entrer provisoirement en vigueur le 1 ^{er} octobre 1968. À cette fin, si un gouvernement signataire ou toute autre Partie contractante à l'Accord international de 1962 sur le café notifie au Secrétaire général des Nations Unies, au plus tard le 30 septembre 1968, qu'il s'engage à appliquer provisoirement les dispositions de l'Accord et à chercher à obtenir, aussi rapidement que le permet sa procédure constitutionnelle, l'approbation, la ratification ou l'acceptation de l'Accord, cette notification est considérée comme de même effet qu'un instrument d'approbation, de ratification ou d'acceptation. Un gouvernement qui s'engage à appliquer provisoirement les dispositions de l'Accord sera autorisé à déposer un instrument d'approbation, de ratification ou d'acceptation et sera provisoirement considéré comme Partie à l'Accord, jusqu'à celle des deux dates qui sera la plus proche : celle du dépôt de son instrument d'approbation, de ratification ou d'acceptation ou le 31 décembre 1968 inclusivement.	Non	—
Accord international de 1976 sur le café	Paragraphe 2 de l'article 61	L'Accord peut entrer en vigueur provisoirement le 1 ^{er} octobre 1976. À cette fin, si un gouvernement signataire ou toute autre Partie contractante à l'Accord international de 1968 sur le café tel que prorogé par protocole notifie au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui recevra la notification au plus tard le 30 septembre 1976, qu'il s'engage à appliquer les dispositions du présent Accord à titre provisoire et à chercher à obtenir, aussi vite que le permet sa procédure constitutionnelle, la ratification, l'acceptation ou l'approbation, cette notification est considérée comme de même effet qu'un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Un gouvernement qui s'engage à appliquer provisoirement les dispositions de l'Accord en attendant le dépôt d'un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation sera considéré comme provisoirement Partie à l'Accord jusqu'à celle des deux dates qui sera la plus proche : celle du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, ou le 31 décembre 1976 inclusivement. Le Conseil peut accorder une prorogation du délai pendant lequel un gouvernement qui applique provisoirement l'Accord peut déposer un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.	Oui (voir art. 4, par. 3)	Communauté économique européenne

Traité	Article	Texte de l'article	Possibilité d'adhésion pour les organisations internationales ?	Organisations internationales appliquant le texte à titre provisoire
Accord international de 1983 sur le café et première, deuxième, troisième et quatrième prorogations, avec modifications, dudit Accord	Paragraphe 2 de l'article 61	L'Accord peut entrer en vigueur provisoirement le 1 ^{er} octobre 1983. À cette fin, si un gouvernement signataire ou toute autre Partie contractante à l'Accord international de 1976 sur le café tel que prorogé notifie au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui recevra la notification au plus tard le 30 septembre 1983, qu'il s'engage à appliquer les dispositions du présent Accord à titre provisoire et à chercher à obtenir, aussi vite que le permet sa procédure constitutionnelle, la ratification, l'acceptation ou l'approbation, cette notification est considérée comme de même effet qu'un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Un gouvernement qui s'engage à appliquer provisoirement les dispositions de l'Accord en attendant le dépôt d'un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation sera considéré comme provisoirement Partie à l'Accord jusqu'à celle des deux dates qui sera la plus proche : celle du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, ou le 31 décembre 1983 inclusivement. Le Conseil peut accorder une prorogation du délai pendant lequel un gouvernement qui applique provisoirement l'Accord peut déposer un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.	Oui (voir art. 4, par. 3)	Communauté économique européenne (pour la première prorogation seulement)
Accord international de 1994 sur le café, tel que prorogé jusqu'au 30 septembre 2001, avec modifications, par la résolution n° 384 adoptée par le Conseil international du café à Londres le 21 juillet 1999	Paragraphe 2 de l'article 40	Le présent Accord peut entrer en vigueur provisoirement le 1 ^{er} octobre 1994. À cette fin, si un gouvernement signataire ou toute autre Partie contractante à l'Accord international de 1983 sur le café tel que prorogé notifie au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui recevra la notification au plus tard le 26 septembre 1994, qu'il s'engage à appliquer les dispositions du présent Accord à titre provisoire, conformément à ses lois et règlements, et à chercher à obtenir, aussi vite que le permet sa procédure constitutionnelle, la ratification, l'acceptation ou l'approbation, cette notification est considérée comme de même effet qu'un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Un gouvernement qui s'engage à appliquer provisoirement les dispositions du présent Accord, conformément à ses lois et règlements, en attendant le dépôt d'un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation sera considéré comme provisoirement Partie à cet Accord jusqu'à celle des deux dates qui sera la plus proche : celle du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, ou le 31 décembre 1994 inclusivement. Le Conseil peut accorder une prorogation du délai pendant lequel un gouvernement qui applique provisoirement le présent Accord peut déposer un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.	Oui (voir art. 4, par. 3)	–
Accord international de 2001 sur le café	Paragraphe 2 de l'article 45	Un gouvernement qui s'engage à appliquer provisoirement les dispositions du présent Accord, conformément à ses lois et règlements, en attendant le dépôt d'un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation sera considéré comme provisoirement Partie à cet Accord jusqu'à ce que celle des deux dates qui sera la plus proche : celle du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, ou le 30 juin 2002 inclusivement. Le Conseil peut accorder une prorogation du délai pendant lequel un gouvernement qui applique provisoirement le présent Accord peut déposer un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.	Oui (voir art. 4, par. 3)	–
Accord international de 1968 sur le sucre	Article 62	<p>1. Tout gouvernement qui fait une notification en application de l'article 61 peut aussi indiquer dans sa notification, ou par la suite, qu'il appliquera l'Accord à titre provisoire.</p> <p>2. Durant toute période où l'Accord est en vigueur, à titre soit provisoire, soit définitif, et avant d'avoir déposé son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, ou retiré sa déclaration d'intention, un gouvernement qui indique qu'il appliquera l'Accord à titre provisoire est Membre provisoire jusqu'à l'expiration du délai prévu dans la notification adressée en application de l'article 61. Toutefois, si le Conseil conclut que le gouvernement intéressé n'a pas pu déposer son instrument en raison de difficultés tenant à sa procédure constitutionnelle, le Conseil peut prolonger son statut de membre provisoire jusqu'à une date ultérieure, qui doit être spécifiée.</p> <p>3. En attendant la ratification, l'acceptation ou l'approbation de l'Accord, ou l'adhésion à l'Accord, tout membre provisoire est considéré comme étant Partie contractante.</p>	Oui (voir art. 2, par. 26)	–

<i>Traité</i>	<i>Article</i>	<i>Texte de l'article</i>	<i>Possibilité d'adhésion pour les organisations internationales ?</i>	<i>Organisations internationales appliquant le texte à titre provisoire</i>
Accord international de 1973 sur le sucre, et première et deuxième prorogations dudit Accord	Article 35	<p>1. Tout gouvernement qui fait une notification en application de l'article 34 peut aussi indiquer dans sa notification, ou par la suite, qu'il appliquera l'Accord à titre provisoire.</p> <p>2. Durant toute période où l'Accord est en vigueur, à titre soit provisoire, soit définitif, un gouvernement qui indique qu'il appliquera l'Accord à titre provisoire est Membre provisoire de l'Organisation jusqu'à ce qu'il dépose son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, devenant ainsi Partie contractante au présent Accord, ou jusqu'à expiration du délai fixé pour le dépôt dudit instrument aux termes de l'article 34, selon celle des deux dates qui est la plus rapprochée.</p>	Oui (voir art. 2, par. 11)	–
Accord international de 1977 sur le sucre, tel que prorogé	Article 74	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, accepter ou approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion, mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut, à tout moment, notifier au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 75, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.</p> <p>2. Un gouvernement qui a notifié conformément au paragraphe 1 du présent article qu'il appliquera le présent Accord quand celui-ci entrera en vigueur ou, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée, est dès lors Membre à titre provisoire jusqu'à ce qu'il dépose son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion et devienne ainsi Membre.</p>	Oui (voir art. 2, par. 23)	–
Accord international de 1984 sur le sucre	Article 37	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, accepter ou approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut, à tout moment, notifier au dépositaire qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 38, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.</p> <p>2. Un gouvernement qui a notifié conformément au paragraphe 1 du présent article qu'il appliquera le présent Accord quand celui-ci entrera en vigueur ou, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée, est dès lors Membre à titre provisoire jusqu'à ce qu'il dépose son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion et devienne ainsi Membre.</p>	Oui (voir art. 5)	–
Accord international de 1987 sur le sucre	Article 38	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, accepter ou approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut, à tout moment, notifier au dépositaire qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 39, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.</p> <p>2. Un gouvernement qui a notifié conformément au paragraphe 1 du présent article qu'il appliquera le présent Accord quand celui-ci entrera en vigueur ou, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée, est dès lors Membre à titre provisoire jusqu'à ce qu'il dépose son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion et devienne ainsi Membre.</p>	Oui (voir art. 5)	–
Accord international de 1992 sur le sucre	Article 39	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut, à tout moment, notifier au dépositaire qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 40, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.</p> <p>2. Un gouvernement qui a notifié, conformément au paragraphe 1 du présent article, qu'il appliquera le présent Accord quand celui-ci entrera en vigueur ou, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée, est dès lors Membre à titre provisoire jusqu'à ce qu'il dépose son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion et devienne ainsi Membre.</p>	Oui (voir art. 5)	–

<i>Traité</i>	<i>Article</i>	<i>Texte de l'article</i>	<i>Possibilité d'adhésion pour les organisations internationales ?</i>	<i>Organisations internationales appliquant le texte à titre provisoire</i>
Accord international de 1979 sur le caoutchouc naturel	Article 60	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut, à tout moment, notifier au dépositaire qu'il appliquera intégralement le présent Accord à titre provisoire, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 61, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.</p> <p>2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, un gouvernement peut stipuler, dans sa notification d'application à titre provisoire, qu'il appliquera le présent Accord seulement dans les limites de ses procédures constitutionnelles et/ou législatives. Le gouvernement qui fait une telle stipulation doit toutefois honorer toutes ses obligations financières relatives au Compte administratif. La qualité de membre provisoire reconnue au gouvernement qui fait une telle notification ne l'est que pour les 18 mois suivant l'entrée en vigueur provisoire du présent Accord. S'il s'avère nécessaire de procéder à un appel de fonds destinés au Compte du stock régulateur pendant les 18 mois en question, le Conseil prend une décision quant au statut d'un gouvernement ayant la qualité de membre provisoire en vertu du présent paragraphe.</p>	Oui (voir art. 5)	Communauté économique européenne
Accord international de 1987 sur le caoutchouc naturel	Article 59	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut, à tout moment, notifier au dépositaire qu'il appliquera intégralement le présent Accord à titre provisoire, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 60, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.</p> <p>2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, un gouvernement peut stipuler, dans sa notification d'application à titre provisoire, qu'il appliquera le présent Accord seulement dans les limites de ses procédures constitutionnelles et/ou législatives. Le gouvernement qui fait une telle stipulation doit toutefois honorer toutes ses obligations financières relatives au Compte administratif. La qualité de membre provisoire reconnue au gouvernement qui fait une telle notification ne l'est que pour les douze mois suivant l'entrée en vigueur provisoire du présent Accord. S'il s'avère nécessaire de procéder à un appel de fonds destinés au Compte du stock régulateur pendant les douze mois en question, le Conseil prend une décision quant au statut d'un gouvernement ayant la qualité de membre provisoire en vertu du présent paragraphe.</p>	Oui (voir art. 5)	Communauté économique européenne
Accord international de 1994 sur le caoutchouc naturel	Article 60	<p>1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut, à tout moment, notifier au dépositaire qu'il appliquera intégralement le présent Accord à titre provisoire, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 61, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.</p> <p>2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, un gouvernement peut stipuler, dans sa notification d'application à titre provisoire, qu'il appliquera le présent Accord seulement dans les limites de ses procédures constitutionnelles et/ou législatives et de ses lois et règlements nationaux. Le gouvernement qui fait une telle stipulation doit toutefois honorer toutes ses obligations financières relatives au présent Accord. La qualité de membre provisoire reconnue au gouvernement qui fait une telle notification ne l'est que pour les 12 mois suivant l'entrée en vigueur provisoire du présent Accord, à moins que le Conseil n'en décide autrement conformément au paragraphe 2 de l'article 59.</p>	Oui (voir art. 5)	Communauté européenne
Accord international de 1983 sur les bois tropicaux	Article 36	Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut à tout moment notifier au dépositaire qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 37, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.	Oui (voir art. 5)	Communauté économique européenne

<i>Traité</i>	<i>Article</i>	<i>Texte de l'article</i>	<i>Possibilité d'adhésion pour les organisations internationales ?</i>	<i>Organisations internationales appliquant le texte à titre provisoire</i>
Accord international de 1994 sur les bois tropicaux	Article 40	Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut à tout moment notifier au dépositaire qu'il appliquera l'Accord à titre provisoire, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 41 soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.	Oui (voir art. 5)	Communauté européenne
Accord international de 2006 sur les bois tropicaux	Article 38	Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut à tout moment notifier au dépositaire qu'il appliquera l'Accord à titre provisoire, en conformité avec ses lois et règlements, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 39, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée.	Oui (voir art. 5)	Communauté européenne
Accord international de 1982 sur le jute et les articles en jute	Article 39	1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut à tout moment notifier au dépositaire qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire, soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 40, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée. En faisant sa notification à cet effet, le gouvernement intéressé se déclare membre exportateur ou membre importateur. 2. Un gouvernement qui a notifié conformément au paragraphe 1 du présent article qu'il appliquera le présent Accord quand celui-ci entrera en vigueur ou, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée, est dès lors membre de l'Organisation à titre provisoire jusqu'à ce qu'il dépose son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion et devienne ainsi membre.	Oui (voir art. 5)	Communauté économique européenne
Accord international de 1989 sur le jute et les articles en jute	Article 39	1. Un gouvernement signataire qui a l'intention de ratifier, d'accepter ou d'approuver le présent Accord, ou un gouvernement pour lequel le Conseil a fixé des conditions d'adhésion mais qui n'a pas encore pu déposer son instrument, peut à tout moment notifier au dépositaire qu'il appliquera le présent Accord à titre provisoire soit quand celui-ci entrera en vigueur conformément à l'article 40, soit, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée. En faisant sa notification à cet effet, le gouvernement intéressé se déclare membre exportateur ou membre importateur. 2. Un gouvernement qui a notifié conformément au paragraphe 1 du présent article qu'il appliquera le présent Accord quand celui-ci entrera en vigueur ou, s'il est déjà en vigueur, à une date spécifiée, est dès lors membre de l'Organisation à titre provisoire jusqu'à ce qu'il dépose son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion et devienne ainsi membre.	Oui (voir art. 5)	Communauté économique européenne
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	Article 7, paragraphe 1.	Si le présent Accord n'est pas entré en vigueur le 16 novembre 1994, il sera appliqué à titre provisoire jusqu'à son entrée en vigueur par : a) Les États qui ont consenti à son adoption au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, à l'exception de ceux qui avant le 16 novembre 1994 notifieront par écrit au dépositaire soit qu'ils n'appliquent pas l'Accord à titre provisoire soit qu'ils ne consentent à une telle application que moyennant une signature ou notification écrite ultérieure ; b) Les États et entités qui signent le présent Accord, à l'exception de ceux qui notifieront par écrit au dépositaire au moment de la signature qu'ils n'appliquent pas l'Accord à titre provisoire ; c) Les États et entités qui consentent à son application à titre provisoire en adressant au dépositaire une notification écrite à cet effet ; d) Les États qui adhèrent au présent Accord.	Non précisé. Voir toutefois art. 8, par. 2.	Communauté économique européenne
Convention sur les armes à sous-munitions	Article 18	Un État peut, au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation de la présente Convention, ou de l'adhésion à celle-ci, déclarer qu'il en appliquera, à titre provisoire, l'article 1 de la présente Convention en attendant son entrée en vigueur pour cet État.	Non	—

<i>Traité</i>	<i>Article</i>	<i>Texte de l'article</i>	<i>Possibilité d'adhésion pour les organisations internationales ?</i>	<i>Organisations internationales appliquant le texte à titre provisoire</i>
Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction	Article 18	Un État peut, au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation de la présente Convention, ou de l'adhésion à celle-ci, déclarer qu'il en appliquera, à titre provisoire, le paragraphe 1 de l'article 1, en attendant l'entrée en vigueur de la présente Convention.	Non	–
Statuts du Groupe d'étude international du cuivre	Paragraphe 22 c	Tout État ou organisme intergouvernemental visé au paragraphe 5 qui désire devenir membre du Groupe notifie au dépositaire son acceptation des présents Statuts, soit à titre provisoire, en attendant l'aboutissement de ses procédures internes, soit à titre définitif. Tout État ou organisme intergouvernemental qui a notifié son acceptation provisoire des présents Statuts s'efforce de mener ses procédures à terme dans les 36 mois suivant la date d'entrée en vigueur desdits Statuts, ou la date de sa notification, si elle est postérieure, et en fait notification au dépositaire. Si un État ou un organisme intergouvernemental n'est pas en mesure de mener à bien ses procédures dans le délai susmentionné, le Groupe peut lui accorder une prorogation dudit délai.	Oui (voir par. 5)	–
Accord portant création de l'Union des pays exportateurs de bananes	Article 38	Si son droit interne le lui permet, tout gouvernement de pays membre peut communiquer à la Chancellerie dépositaire l'attestation de son acceptation provisoire du présent Accord, pendant qu'il procède aux formalités nécessaires aux fins de ratification définitive. Le pays qui recourt à cette procédure assume toutes les obligations et exerce tous les droits découlant de la ratification définitive.	Non	–
Traité sur le commerce des armes	Article 23	Tout État peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, 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.	Non	–
Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (LXXV. Arrangement concernant le commerce international des textiles)	–	L'Arrangement ne mentionne pas expressément d'application à titre provisoire. Cependant, le paragraphe 1 de l'Article 13 stipule que l'Arrangement « sera ouvert à l'acceptation, par signature ou autrement, des gouvernements qui sont parties contractantes à l'Accord général ou qui ont accédé à titre provisoire audit Accord, ainsi que de la Communauté économique européenne ». La Communauté économique européenne figure également sur la liste des États et organisations ayant accepté l'Arrangement à titre provisoire.	Oui (voir art. 13, par. 1)	–

APPLICATION PROVISoire DES TRAITÉS

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/676

Étude du Secrétariat

[Original: anglais]
[25 novembre 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent document	85
Résumé.....	86
	<i>Paragraphes</i>
Introduction.....	1-5 86
<i>Chapitres</i>	
I. HISTORIQUE DE L'ADOPTION DE LA CONVENTION DE VIENNE DE 1986	6-13 86
A. Avant 1970.....	6-8 86
B. Examen par la Commission, 1970-1982.....	9-12 87
C. Conférence de Vienne de 1986.....	13 87
II. ÉLABORATION DE L'ARTICLE 25	14-40 88
A. Examen par la Commission.....	14-35 88
1. Première lecture du projet d'articles	14-24 88
2. Observations formulées en première lecture	25-26 90
3. Seconde lecture du projet d'articles.....	27-33 90
4. Observations sur le projet d'articles adopté en seconde lecture.....	34-35 91
B. Examen à la Conférence de Vienne de 1986.....	36-40 91

Instruments multilatéraux cités dans le présent document

Sources

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.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981)	Ibid., vol. 1520, n° 26363, p. 217.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]	A/CONF.129/15.

Résumé

L'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986 (Convention de Vienne de 1986), prévoit qu'un traité peut s'appliquer à titre provisoire pour les États et les organisations internationales ayant participé à la négociation. Lors des travaux préparatoires de la Convention, la Commission du droit international a fait fond sur l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (Convention de Vienne de 1969). La présente étude retrace l'historique des négociations de cette disposition à la Commission et à la Conférence de Vienne de 1986.

Introduction

1. À sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission du droit international a inscrit le sujet « Application provisoire des traités » à son programme de travail¹.

2. À sa soixante-sixième session, en 2014, la Commission a « décidé de prier le Secrétariat d'établir une étude sur les travaux précédemment entrepris par la Commission sur ce sujet dans le cadre des travaux préparatoires relatifs aux dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986² ».

3. On trouvera ci-après, au chapitre I de la présente étude, un bref historique des origines, de la préparation et de la négociation de la Convention de Vienne de 1986³.

4. Le chapitre II contient une description des travaux préparatoires concernant l'article 25 de la Convention, plus précisément des travaux effectués par la Commission pour

préparer le projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, adopté en 1982⁴, ainsi que dans le cadre des négociations et de l'adoption de la Convention à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires tenue en 1986.

5. L'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 se lit comme suit :

Application à titre provisoire

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :

a) [s]i le traité lui-même en dispose ainsi ; ou

b) [s]i les États et les organisations ou, selon le cas, les organisations ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États et les organisations internationales ayant participé à la négociation ou, selon le cas, les organisations ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation prend fin si cet État ou cette organisation notifie aux États et aux organisations entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

⁴ Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 17, par. 63.

¹ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 68, par. 141.

² *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 169, par. 227. La présente étude en complète une autre [*Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/658], également effectuée par le Secrétariat à la demande de la Commission, sur les travaux qu'elle avait déjà menés sur ce sujet dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités, et sur les travaux préparatoires des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969).

³ Non encore en vigueur au 21 novembre 2014.

CHAPITRE I

Historique de l'adoption de la Convention de Vienne de 1986

A. Avant 1970

6. Lorsque la Commission a examiné le projet d'articles sur le droit des traités, de 1950 à 1966, elle s'est demandé en plusieurs occasions si le texte devait s'appliquer non seulement aux traités entre États mais aussi aux traités conclus par d'autres entités⁵, en particulier les organisations internationales. Toutefois, elle a ensuite décidé de limiter l'étude aux traités entre États⁶.

⁵ Voir le premier rapport sur la question des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 187, document A/CN.4/258, et l'historique de la question établi par le Secrétariat [document A/CN.4/L.161 et Add.1 et 2, reprographié (en anglais)].

⁶ L'article 1 du projet d'articles sur le droit des traités, adopté par la Commission en 1966, se lit comme suit : « Les présents articles se

7. Lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, tenue à Vienne en 1968 et 1969, les États-Unis d'Amérique ont proposé un amendement qui aurait élargi le champ d'application de la future convention aux traités conclus par des organisations internationales⁷. Ils ont ensuite retiré leur proposition devant la crainte que cet amendement ne retarde le travail de la Conférence⁸.

réfèrent aux traités conclus entre États », *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, chapitre II, p. 193.

⁷ A/CONF.39/C.1/L.15 (« ou autres sujets du droit international »), 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)*, 2^e séance, p. 13 et 14, par. 3 à 5.

⁸ *Ibid.*, p. 22, 3^e séance, par. 64.

8. En revanche, la Conférence a adopté une résolution par laquelle, entre autres, elle

[a r]ecommand[é] à l'Assemblée générale des Nations Unies de renvoyer à la Commission du droit international pour étude, en consultation avec les principales organisations internationales, la question des traités conclus entre des États et des organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales⁹.

B. Examen par la Commission, 1970-1982

9. Donnant suite à la résolution de la Conférence, l'Assemblée générale, dans sa résolution 2501 (XXIV) en date du 12 novembre 1969,

[a r]ecommand[é] à la Commission du droit international d'étudier, en consultation avec les principales organisations internationales, selon qu'elle le jugera[it] approprié compte tenu de sa pratique, la question des traités conclus entre les États et les organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, en tant que question importante.

10. L'année suivante, la Commission a décidé d'inscrire la question à son programme de travail et chargé une sous-commission d'effectuer une étude préliminaire¹⁰. À la vingt-troisième session, en 1971, M. Paul Reuter a été nommé Rapporteur spécial pour le sujet¹¹. Sur la base des 11 rapports présentés par le Rapporteur spécial de 1972 à 1982, la Commission a élaboré un ensemble de 80 projets d'article et une annexe sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, qu'elle a adoptés en 1982 avec les commentaires y relatifs¹².

11. Au moment de l'adoption, la Commission a formulé des observations sur la relation entre le projet d'articles et la Convention de Vienne de 1969 et donné quelques explications sur la méthode suivie durant l'élaboration du projet d'articles. Elle a en particulier indiqué ce qui suit :

35. Ce travail de codification présente, si on le compare à d'autres, des caractères très particuliers en raison des rapports très étroits que le projet entretient avec la Convention de Vienne.

36. Historiquement, les dispositions qui constituent le projet d'articles auraient trouvé leur place dans la Convention de Vienne si la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités n'avait pas décidé de s'en tenir au droit des traités entre États. La nouvelle étape de la codification du droit des traités que représente l'élaboration d'un projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales ne peut donc être détachée de cette œuvre fondamentale qu'est la Convention de Vienne.

37. Cette dernière a fourni le cadre général du projet. Cela veut dire d'abord que le projet examine les mêmes questions que celles qui ont constitué la substance de la Convention de Vienne. La Commission n'a pas eu de meilleur guide que de reprendre un à un le texte de chacun des articles de cette convention et d'examiner quelles modifications de forme ou de fond appelle l'élaboration d'un article similaire traitant du même problème lorsqu'il s'agit de traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

⁹ Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Documents de la Conférence (A/CONF.39/11/Add.2, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), Acte final de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, document A/CONF.39/26, annexe, résolution relative à l'article premier de la Convention de Vienne sur le droit des traités, p. 307.

¹⁰ Annuaire... 1970, vol. II, document A/8010/Rev.1, p. 331, par. 89.

¹¹ Annuaire... 1971, vol. II (1^{re} partie), document A/8410/Rev.1, p. 368, par. 118 a.

¹² Voir *supra* la note 4.

[...]

40. Le traité est basé par essence sur l'égalité des parties contractantes, et cette remarque fondamentale conduirait à assimiler autant que possible la situation conventionnelle des organisations internationales à celle des États. La Commission a fait largement droit à ce principe en décidant d'une manière générale de suivre autant que possible les articles de la Convention de Vienne sur les traités entre États pour les traités entre États et organisations internationales, et pour les traités entre organisations internationales. La multiplication des conventions auxquelles participent des organisations internationales est d'ailleurs un témoignage de l'utilité que le traité présente autant pour les organisations internationales que pour les États.

41. Cependant, même en la limitant au domaine du droit des traités, l'assimilation des organisations internationales aux États devient assez rapidement inexacte. En effet, alors que tous les États sont égaux au regard du droit international, les organisations internationales sont le résultat d'un acte de volonté des États, acte qui modèle leur figure juridique en conférant à chacune d'elles des caractères individuels fortement marqués qui limitent sa ressemblance avec toute autre organisation internationale. Structure composée, l'organisation reste unie par des liens étroits avec les États qui en sont membres ; elle s'en « détache », certes, par l'analyse qui distingue en elle une personnalité distincte, mais elle reste encore unie d'une manière étroite aux États qui la composent. Dotée d'une compétence plus limitée que celle d'un État, et souvent définie peu clairement (surtout en matière de relations extérieures), l'organisation internationale, pour les traités auxquels elle est partie, oblige parfois à un réaménagement de certaines des règles posées pour les traités entre États.

42. La source de bien des problèmes de fond qui se sont posés au cours de l'examen de ce sujet réside dans la contradiction qui risque d'apparaître entre le *consensualisme* à base d'égalité entre les parties contractantes et les différences qui existent entre les États et les organisations internationales. Ayant, comme la Convention de Vienne elle-même, souvent pour objet d'élaborer des règles supplétives, donnant des solutions à défaut d'un accord des parties, le projet d'articles doit élaborer des règles générales pour des situations qui risquent de présenter des variations plus grandes que celles qui n'intéressent que des États. En effet, les organisations internationales diffèrent non seulement des États, mais encore entre elles. La figure juridique de chaque organisation, ses fonctions, ses pouvoirs et sa structure changent d'une organisation à une autre ; il en est surtout ainsi de sa compétence en matière de conclusion de traités¹³.

12. La Commission a ensuite expliqué qu'elle avait recouru à une méthodologie destinée à rendre le projet d'articles

autonome par rapport à la Convention de Vienne en ce sens que l'ensemble de son texte constitue un tout complet, susceptible de recevoir une forme qui lui fera produire des effets de droit indépendamment des effets de droit produits par la Convention de Vienne. Si, comme il est recommandé, le projet d'articles devient une convention, celle-ci liera d'autres parties que les parties à la Convention de Vienne, elle produira ses effets quels que soient les avatars de la Convention de Vienne¹⁴.

C. Conférence de Vienne de 1986

13. Donnant suite à la recommandation de la Commission de tenir une conférence pour conclure une convention¹⁵, l'Assemblée générale a ensuite décidé¹⁶ de convoquer la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales à Vienne du 18 février

¹³ Annuaire... 1982, vol. II (2^e partie), p. 12 et 13, par. 35 à 37 et 40 à 42.

¹⁴ Ibid., p. 44, par. 46.

¹⁵ Ibid., p. 16, par. 57.

¹⁶ Résolutions de l'Assemblée générale 37/112 du 16 décembre 1982, 38/139 du 19 décembre 1983, 39/86 du 13 décembre 1984 et 40/76 du 11 décembre 1985.

au 21 mars 1986¹⁷. Au paragraphe 5 de sa résolution 39/86 du 13 décembre 1984, l'Assemblée générale a « [r]envoy[é] à la Conférence, en tant que proposition de base à examiner, le projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre

¹⁷ L'Assemblée générale était saisie de plusieurs rapports du Secrétaire général contenant les observations et commentaires écrits reçus d'États Membres et d'organisations intergouvernementales. Voir A/38/145 et Corr.1 et Add.1 et A/39/491 ; voir également la déclaration du Comité administratif de coordination relative aux traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (A/C.6/38/4, annexe).

organisations internationales adopté par la Commission du droit international à sa trente-quatrième session». Quatre-vingt-dix-sept États ont participé à la Conférence, qui a abouti à l'adoption de la Convention¹⁸.

¹⁸ Comme suite à une demande du représentant de la Bulgarie, la Convention dans son ensemble a été adoptée par 67 voix contre 1, avec 23 abstentions, le 20 mars 1986 [Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, Vienne, 18 février-21 mars 1986, vol. I, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière (A/CONF.129/16, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.5, vol. I), 7^e séance plénière, 20 mars 1986, p. 31, par. 52].

CHAPITRE II

Élaboration de l'article 25

A. Examen par la Commission

1. PREMIÈRE LECTURE DU PROJET D'ARTICLES

14. La Commission a procédé à la première lecture du projet d'articles de 1970 à 1980, se fondant sur les neuf premiers rapports du Rapporteur spécial, M. Paul Reuter. La question de l'application provisoire des traités a été examinée pour la première fois¹⁹ dans son quatrième rapport²⁰, soumis à la vingt-septième session, en 1975, qui contenait, concernant le projet d'article 25, la proposition suivante :

Article 25. Application à titre provisoire

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :

- a) si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou
- b) si les États ou les organisations internationales ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États ou organisations internationales ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation prend fin si cet État ou cette organisation notifie aux autres États ou organisations entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

15. Dans le commentaire de cet article, le Rapporteur spécial a simplement indiqué que ce texte « ne présent[ait] par rapport à l'article 25 de la Convention de 1969 que les modifications rédactionnelles nécessaires pour tenir compte des organisations internationales²¹ ».

16. La Commission a examiné la proposition concernant le projet d'article 25 à sa vingt-neuvième session, en 1977. En présentant le projet d'article en même temps

¹⁹ On trouve une référence antérieure à l'application provisoire des traités dans les observations faites par M. Sette Câmara, le 14 janvier 1971, en réponse à un questionnaire adressé aux membres de la Commission, dans laquelle il a notamment dit qu'« il faudrait également examiner [les articles 24 et 25 de la Convention de Vienne de 1969] en vue de les incorporer, avec les retouches nécessaires, aux dispositions pertinentes des nouvelles règles », *Annuaire... 1971*, vol. II (2^e partie), document A/CN.4/250, annexe II, p. 205.

²⁰ *Annuaire... 1975*, vol. II, document A/CN.4/285, p. 42.

²¹ *Ibid.*

que la proposition concernant le projet d'article 24 (sur l'entrée en vigueur), le Rapporteur spécial a indiqué, entre autres, que

[c]omme le texte de l'article 24 de la Convention de Vienne est extrêmement souple, il peut s'adapter à toutes les situations que peuvent engendrer des accords conclus par des organisations internationales ; c'est pourquoi le Rapporteur spécial n'a pas distingué, d'une part, les traités conclus entre des organisations et, d'autre part, les traités conclus entre des États et des organisations internationales. *Il n'a pas non plus fait cette distinction dans son projet d'article 25*²².

17. Au cours du débat qui a suivi, les membres qui ont pris la parole se sont surtout préoccupés de ce que le projet d'article envisageait de mettre les États et les organisations internationales sur un pied d'égalité. M. Laurel B. Francis a fait observer que

l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 25 conférerait aux organisations internationales le droit de se prononcer sur la question de savoir si un traité à la négociation duquel elles ont participé avec des États pourrait s'appliquer à titre provisoire. L'alinéa *b* du même paragraphe semble toutefois laisser entendre que dans les cas où le traité a été négocié à la fois par des organisations internationales et par des États, seuls ces derniers peuvent décider s'il doit ou non s'appliquer à titre provisoire. Par ailleurs, le paragraphe 2 de l'article 25 risque lui aussi de donner lieu à des difficultés, car comment une organisation internationale pourrait-elle procéder à la notification visée dans cette disposition envers les « autres États », puisqu'elle n'est pas elle-même un État ? Si l'idée est que les organisations internationales doivent avoir les mêmes droits que les États avec lesquels elles ont négocié les traités pour ce qui est de l'entrée en vigueur et de l'application provisoire de ces traités, il faudra modifier le texte de l'alinéa *b* du paragraphe 1 et du paragraphe 2 de l'article 25²³.

18. Le Rapporteur spécial a confirmé que « [son] intention [...] était de mettre les États et les organisations internationales sur un pied d'égalité, étant donné qu'il ne saurait en résulter aucun inconvénient²⁴ ».

19. M. Nikolai A. Ouchakov, quant à lui, s'est dit

convaincu qu'il n'[était] pas possible d'appliquer aux États et aux organisations internationales une formule unique, et qu'il fa[il]l[ai]t prévoir une disposition pour les traités conclus entre des organisations internationales et une autre pour les traités conclus entre des États et des organisations internationales²⁵.

²² *Annuaire... 1977*, vol. I, 1435^e séance, 7 juin 1977, p. 104, par. 4.

²³ *Ibid.*, par. 6.

²⁴ *Ibid.*, p. 105, par. 7.

²⁵ *Ibid.*, par. 8.

Il a fait observer qu'

il n'[était] pas question d'un accord entre des «parties», comme le di[sai]t le Rapporteur spécial, mais entre des États et des organisations internationales «ayant participé à la négociation». Se référant à l'alinéa c de l'article 3 de la Convention de Vienne, qui réserve l'application de cette convention aux relations entre États régies par des accords internationaux auxquels sont également parties d'autres sujets du droit international, [il] s'[est] demandé comment les articles à l'examen permettraient l'application de cette disposition aux traités auxquels seraient parties un grand nombre d'États et une seule organisation internationale. Selon l'article 25, par exemple, il faudrait que l'organisation internationale ayant participé aux négociations donne son accord à l'application provisoire du traité. Si la future convention sur le droit de la mer prévoyait la participation de l'ONU et qu'elle ne contienne aucune disposition sur son entrée en vigueur ou son application provisoire, l'accord de l'ONU serait donc indispensable pour que cet instrument entre en vigueur ou qu'il soit appliqué provisoirement²⁶.

20. En réponse, le Rapporteur spécial a fait observer ce qui suit :

M. Ouchakov remet en question la notion de partie à un traité. Selon le Rapporteur spécial, l'accord de l'État isolé est indispensable, par exemple, si le traité porte sur une assistance que doivent lui fournir un certain nombre d'organisations internationales. De même, on ne saurait concevoir qu'un traité conclu entre un grand nombre d'États et une organisation internationale chargeant celle-ci d'assurer un contrôle nucléaire puisse entrer en vigueur ou s'appliquer provisoirement sans le consentement de cette organisation. Si la Commission décidait de conférer aux organisations internationales un statut spécial, il faudrait modifier [...] les articles [...], si bien que des règles restrictives s'appliqueraient aux organisations. Au cas où la Commission suivrait cette voie, le Rapporteur spécial s'inclinerait, bien qu'il défende un autre point de vue. Dans les circonstances actuelles, il estime que les articles 24 et 25 pourraient être renvoyés au Comité de rédaction, afin qu'il les examine [...] ²⁷.

21. Le Comité de rédaction a ensuite établi un projet d'article 25 et un projet d'article 25 bis libellés comme suit :

Article 25. Application à titre provisoire des traités entre des organisations internationales

1. Un traité ou une partie d'un traité entre des organisations internationales s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur

a) si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou

b) si les organisations internationales ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenues d'une autre manière.

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les organisations internationales ayant participé à la négociation n'en soient

²⁶ Ibid., p. 106, par. 18.

²⁷ Ibid., par. 17. Voir également les avis de M. Milan Šahović («peut-être conviendrait-il de retenir la suggestion de M. Ouchakov et de subdiviser les articles à l'examen pour en faciliter la compréhension»), *ibid.*, p. 105, par. 14, et de M. Stefan Verosta («Conformément à l'article 1^{er} du projet d'articles, ce dernier ne s'applique pas aux traités en général, mais à deux catégories particulières de traités : les traités entre un ou plusieurs États et une ou plusieurs organisations internationales, et les traités entre des organisations internationales. Ce sont donc les deux catégories de traités dont il y a lieu de tenir compte en formulant les articles du projet»), *ibid.*, p. 107, par. 27. Un avis différent a été exprimé par M. Juan José Calle y Calle (qui «[était] d'accord avec M. Ouchakov pour penser qu'il est essentiel d'établir une distinction entre les États et les organisations internationales dans certains articles, mais [...] ne cro[ya]it pas que cette distinction s'impose dans le cas des articles 24 et 25»), *ibid.*, p. 105, par. 13, et par M. Stephen M. Schwebel («L'existence de différences entre les organisations internationales et les États est certainement une considération valable, que tous les membres de la Commission admettent, mais sur laquelle il ne faudrait pas insister outre mesure. [...] M. Schwebel n'est pas certain que la Commission ferait œuvre utile en classant les traités selon la prépondérance des adhésions»), *ibid.*, p. 107, par. 29 et 30.

convenues autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité entre des organisations internationales à l'égard d'une organisation internationale prend fin si cette organisation notifie aux autres organisations internationales entre lesquelles le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

Article 25 bis. Application à titre provisoire des traités entre un ou plusieurs États et une ou plusieurs organisations internationales

1. Un traité ou une partie d'un traité entre un ou plusieurs États et une ou plusieurs organisations internationales s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur

a) si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou

b) si l'État ou les États et l'organisation internationale ou les organisations internationales ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

2. À moins qu'un traité entre un ou plusieurs États et une ou plusieurs organisations internationales n'en dispose autrement ou que l'État ou les États et l'organisation internationale ou les organisations internationales ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement,

a) l'application provisoire du traité ou d'une partie du traité à l'égard d'un État prend fin si cet État notifie aux autres États, à l'organisation internationale ou aux organisations internationales entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité ;

b) l'application provisoire du traité ou d'une partie du traité à l'égard d'une organisation internationale prend fin si cette organisation notifie aux autres organisations internationales, à l'État ou aux États entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité²⁸.

22. En présentant le rapport du Comité de rédaction, son Président a indiqué que «le Comité de rédaction s'en [était] tenu à la distinction fondamentale entre deux types différents de traités, à savoir les traités conclus entre des organisations internationales et les traités conclus entre des États et des organisations internationales²⁹» et que

[c]ompte tenu de la distinction fondamentale entre les deux types de traités considérés, le Comité de rédaction a[vait] élaboré des articles distincts, mais parallèles, chaque fois que cela était nécessaire par souci de clarté ou de précision, à savoir dans le cas [...] de l'application à titre provisoire des traités (art. 25 et 25 bis)³⁰.

Les deux projets d'article ont été adoptés à cette session, en première lecture, sans remarque ni objection, sous la forme proposée par le Comité de rédaction³¹.

23. Dans le commentaire du projet d'article 25, également adopté en 1977, il était simplement indiqué que

[p]our la clarté du texte, les dispositions qui correspondent à l'article 25 de la Convention de Vienne sont l'objet de deux articles distincts et symétriques, les articles 25 et 25 bis, qui ne comportent par rapport à la Convention de Vienne que les modifications rédactionnelles nécessitées par la prise en considération des deux catégories d'accords auxquels les présents articles sont consacrés³².

24. Le rapport de la Commission précisait en outre ce qui suit :

65. [...] Fidèle à sa méthode arrêtée dès l'origine, la Commission s'est efforcée de suivre dans la mesure du possible les dispositions de la

²⁸ Ibid., 1451^e séance, 1^{er} juillet 1977, p. 202, par. 45.

²⁹ Ibid., p. 197, par. 14.

³⁰ Ibid., par. 15.

³¹ Ibid., p. 202, par. 45.

³² *Annuaire... 1977*, vol. II (2^e partie), p. 117. Le commentaire de l'article 25 bis disait que les observations présentées à propos de l'article 25 étaient également valables pour l'article 25 bis (*ibid.*, p. 118).

Convention de Vienne, mais elle devait rencontrer dans cette voie des problèmes rédactionnels ainsi que des problèmes de fond. [...]

66. La source de ces problèmes de fond [...] réside dans la contradiction qui risque d'apparaître entre le consensualisme à base d'égalité entre les parties contractantes et les différences qui existent entre les États et les organisations internationales. Ayant, comme la Convention de Vienne elle-même, souvent pour objet d'élaborer des règles supplémentives, donnant des solutions à défaut d'un accord des parties, le projet d'articles doit élaborer des règles générales pour des situations qui risquent de présenter des variations plus grandes que celles qui n'intéressent que des États. En effet, les organisations internationales diffèrent non seulement des États, mais encore entre elles. La figure juridique de chaque organisation, ses fonctions, ses pouvoirs et sa structure changent d'une organisation à une autre; il en est surtout ainsi de sa compétence en matière de conclusion de traités [...]. Par ailleurs, si le nombre et la variété des accords internationaux auxquels une ou plusieurs organisations internationales sont parties ont continué à se développer, la pratique internationale reste, sur certaines questions essentielles [...] limitée, voire [...] inexistante.

[...]

75. Les articles de la Convention de Vienne concernant [...] l'application à titre provisoire [...] des traités ont été adaptés aux traités qui font l'objet du présent projet d'articles sans soulever de problèmes de fond³³.

2. OBSERVATIONS FORMULÉES EN PREMIÈRE LECTURE

25. Les seules observations de gouvernements sur la question ont été faites dans le cadre de la Sixième Commission lors de la trente-deuxième session de l'Assemblée générale, en 1977. Le Pérou a approuvé les articles rédigés par le Rapporteur spécial, concernant notamment l'application provisoire des traités³⁴. La République démocratique allemande a suggéré

[d']adopter une règle prévoyant que le refus d'une organisation internationale de devenir partie à un traité international ne constitue un obstacle à l'entrée en vigueur ou à l'application provisoire dudit traité que si la participation de cette organisation est essentielle à l'objet et au but du traité³⁵.

La Tchécoslovaquie a estimé que

la méthode adoptée par la [Commission du droit international], qui consiste à suivre les dispositions de la Convention de Vienne tout en ayant présente à l'esprit la situation spéciale des organisations internationales, est la seule possible. [...] Il y aurait lieu, d'autre part, de suivre la Convention de Vienne en ce qui concerne l'entrée en vigueur et l'application provisoire du projet d'articles. Cette méthode pourrait permettre de parvenir à une certaine unification et à une certaine stabilisation des règles juridiques, ce qui est l'une des principales conditions d'un travail de codification réussi³⁶.

26. Dans les observations écrites sur le projet d'articles adopté en première lecture, la République fédérale d'Allemagne, tout en se félicitant que la Commission ait suivi de près le libellé de la Convention de Vienne de 1969, a cependant exprimé l'avis que

le projet de la [Commission du droit international] pour une nouvelle convention parallèle présente certains inconvénients du fait du caractère excessivement pesant et perfectionniste du libellé des adaptations nécessaires. L'intelligibilité et la clarté de nombreux articles s'en ressentent par voie de conséquence (voir art. 1^{er}, 3, 10 à 25 bis [...]). La Commission devrait donc se demander s'il n'est pas possible d'éviter l'extrême morcellement des règles et des termes ayant trait aux particularités des organisations internationales³⁷.

³³ Ibid., p. 96 et 97, par. 65 et 66, et p. 99, par. 75.

³⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-deuxième session, Sixième Commission, 35^e séance (A/C.6/32/SR.35), Questions juridiques*, par. 21.

³⁵ Ibid., par. 32.

³⁶ Ibid., 38^e séance (A/C.6/32/SR.38), par. 9.

³⁷ *Annuaire... 1981*, vol. II (2^e partie), p. 184.

Il a donc proposé de fusionner les articles 25 et 25 bis car, de son avis, il semblait inutile de diviser cette question en deux articles³⁸.

3. SECONDE LECTURE DU PROJET D'ARTICLES

27. La seconde lecture du projet d'articles, sur la base des dixième et onzième rapports du Rapporteur spécial, a commencé à la trente-troisième session de la Commission, en 1981, et s'est terminée l'année suivante à la trente-quatrième session. Elle visait principalement la simplification du texte. La Commission a expliqué ce processus comme suit :

51. À mesure que les travaux de la Commission ont progressé, des voix se sont élevées pour dire que la rédaction adoptée en première lecture était trop lourde et trop complexe. En fait, presque toutes ces critiques adressées aux projets d'articles mettaient en cause une double position de principe, qui était à l'origine du caractère de certains articles :

[s]elon la première, il y a entre un État et une organisation internationale une différence suffisante pour interdire dans certains cas de les soumettre à une disposition unique ;

[s]elon la seconde, il faut distinguer et soumettre à des dispositions différentes les traités entre États et organisations internationales et les traités entre organisations internationales.

Il n'est en effet pas douteux que c'étaient ces deux principes qui étaient à l'origine des lourdeurs de forme que l'on relevait facilement dans le projet d'articles tel qu'il avait été adopté en première lecture.

52. Pendant toute la deuxième lecture du projet d'articles, [...] la Commission s'est demandé s'il était possible, dans les cas concrets, de combiner certains articles qui traitaient du même sujet ainsi que divers éléments du texte d'un même article [...] [Elle] a, dans certains cas, regroupé deux articles en un seul article simplifié (art. [...] 25 et 25 bis)³⁹.

28. Dans son dixième rapport, en 1981, le Rapporteur spécial a proposé un nouveau projet d'article 25, recommandant de fusionner les projets d'articles 25 et 25 bis comme suit⁴⁰ :

Article 25. Application à titre provisoire

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur

a) si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou

b) si les participants à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les participants à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation internationale prend fin si cet État ou cette organisation notifie aux autres États et organisations entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

Ce faisant, il a expliqué que

[l]es articles [...] 25 et 25 bis n'avaient pas fait l'objet d'observations de fond. Leur rédaction ainsi que leurs titres pouvaient être simplifiés, et les articles [...] 25 et 25 [...] bis pouvaient être [...] ramenés à un seul article⁴¹.

³⁸ Ibid., p. 186.

³⁹ *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 15.

⁴⁰ *Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/341 et Add.1, p. 67, par. 85.

⁴¹ Ibid., p. 66, par. 85.

29. Aucune observation de fond n'a été faite au cours du débat en séance plénière sur le dixième rapport, tenu à la trente-troisième session, avant le renvoi du projet d'article au Comité de rédaction⁴².

30. Par la suite, le Président du Comité de rédaction, présentant le texte remanié du projet d'article 25, a expliqué que le texte de l'article «a[vait] été rédigé selon le principe [...] de l'alignement du régime des organisations internationales sur celui des États. En conséquence, [...] l'article 25 [remplaçait] les articles 25 et 25 bis». Il a fait observer que le nouveau libellé «correspond[ait] plus étroitement [à l'article] 25 de la Convention de Vienne, avec les ajustements rédactionnels nécessaires»⁴³.

31. La Commission a ensuite adopté en seconde lecture⁴⁴, sans observations, le libellé ci-après pour le projet d'article 25, proposé par le Comité de rédaction :

Article 25. Application à titre provisoire

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur :

a) si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou

b) si les organisations ayant participé à la négociation ou, selon le cas, les États et les organisations ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les organisations ayant participé à la négociation ou, selon le cas, les États et les organisations ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État ou d'une organisation prend fin si cet État ou cette organisation notifie aux autres États et aux organisations ou, selon le cas, aux autres organisations et aux États entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

32. Dans le commentaire des projets d'articles 24 et 25, également adopté à la trente-troisième session, en 1981, il a été expliqué que

[c]es deux articles n'ont, à la suite de la deuxième lecture, subi aucune modification de fond. Leur rédaction a été sensiblement allégée par la fusion en un seul article d'une part des articles 24 et 24 bis, d'autre part des articles 25 et 25 bis adoptés en première lecture. Dans leur nouvelle rédaction les articles 24 et 25 ne diffèrent des textes correspondants de la Convention de Vienne que par une rédaction qui permet de tenir compte de la distinction des traités entre organisations internationales et traités entre États et organisations internationales (art. 24, par. 1, 2 et 3 ; art. 25, par. 1, al. b, et par. 2)⁴⁵.

33. Le projet d'article 25 figurait dans le projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales transmis à l'Assemblée générale en 1982⁴⁶.

4. OBSERVATIONS SUR LE PROJET D'ARTICLES
ADOPTÉ EN SECONDE LECTURE

34. Parmi les observations écrites dont la Commission était saisie à la seconde lecture, la seule observation concernant le projet d'article 25 provenait du Conseil de

l'Europe, selon lequel «[l']application provisoire a[vait] été prévue par un certain nombre d'instruments élaborés au sein du Conseil de l'Europe mais qui [étaient] des traités entre États uniquement⁴⁷».

35. Lors des débats de la Sixième Commission à la trente-sixième session de l'Assemblée générale, en 1981, la seule observation sur ce projet d'article a été formulée par le Zaïre, qui a fait observer ce qui suit⁴⁸ :

Pour ce qui est de l'application provisoire des traités dont il est question à l'article 25, [...] cette idée a déjà été combattue à la Conférence ministérielle qui s'est tenue à Banjul, en 1981, en vue de l'élaboration de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Plusieurs délégations se sont en effet opposées à ce que la commission d'arbitrage et de médiation prévue dans le projet de charte soit constituée avant l'entrée en vigueur de cette charte⁴⁹.

B. Examen à la Conférence de Vienne de 1986

36. En préparant la Conférence de Vienne de 1986, l'Assemblée générale, à sa trente-neuvième session, en 1984, a demandé aux participants potentiels de tenir des consultations informelles portant notamment sur le règlement intérieur et sur les «grandes questions de fond», afin d'assurer le succès des travaux en facilitant un accord général⁵⁰. Les négociations qui ont suivi ont abouti à un accord sur un projet de règlement intérieur, qui a ensuite été transmis à la Conférence⁵¹ et qui avait été «rédigé pour l'utilisation spécifique de cette conférence, eu égard à sa nature particulière et au sujet traité⁵²». En particulier, une distinction était faite dans le règlement intérieur entre les articles du texte élaboré par la Commission, figurant à l'annexe II de la résolution 40/76 de l'Assemblée générale, dont l'examen au fond était jugé nécessaire, et tous les autres articles. En vertu de l'article 28 du règlement intérieur, la Conférence ne renvoyait à la Commission plénière que les projets d'article exigeant un examen de fond, tous les autres étant renvoyés directement au Comité de rédaction. En outre, afin d'accélérer ses travaux, la Conférence a décidé que le Comité de rédaction rendrait compte directement à la Commission plénière de la Conférence⁵³.

37. Le projet d'article 25 était l'un des projets d'article renvoyés directement au Comité de rédaction, c'est-à-dire sans examen de fond en séance plénière de la Conférence.

38. Le Président du Comité de rédaction a ensuite présenté un libellé révisé pour cet article – qui est devenu l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986⁵⁴ – à la cinquième réunion de la plénière, tenue le 18 mars 1986.

⁴⁷ Ibid., annexe, p. 151, par. 38.

⁴⁸ Aucune des observations écrites reçues des gouvernements et des organisations internationales après l'examen en seconde lecture en 1982 (voir *supra* la note 17) ne portait sur l'article 25.

⁴⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Sixième Commission, 47^e séance (A/C.6/36/SR.47), Questions juridiques*, par. 41.

⁵⁰ Résolution 39/86 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 1984, par. 8.

⁵¹ Résolution 40/76 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1985, annexe I.

⁵² Ibid., par. 4.

⁵³ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales...* (A/CONF.129/16) [voir *supra* la note 18], 4^e séance plénière, 13 mars 1986, p. 9, par. 4.

⁵⁴ Voir plus haut le paragraphe 5.

⁴² Ibid., vol. I, 1652^e séance, 15 mai 1981, p. 51 et 52, par. 30 et 31.

⁴³ Ibid., 1692^e séance, 16 juillet 1981, p. 249, par. 44.

⁴⁴ Ibid., par. 43.

⁴⁵ Ibid., vol. II (2^e partie), p. 142.

⁴⁶ *Annuaire...* 1982, vol. II (2^e partie), p. 17, par. 63.

Dans le rapport qu'il a présenté à la plénière, il a expliqué ce qui suit :

Le paragraphe 1 de l'article 25 demeure inchangé. Le paragraphe 2, en revanche, a été remanié [...]. La mention faite dans la proposition de base des complications entraînées par le désir d'énoncer toutes les « autres » permutations des partenaires à un traité avait donné naissance à un texte pesant qui, au demeurant, ne couvrirait pas réellement toutes les situations possibles. Comme le texte visait le fait de notifier les partenaires au traité, il était clair et manifeste qu'il s'agissait de notifier les « autres » partenaires au traité. C'est pourquoi l'expression que contenait initialement le paragraphe 2 – « aux autres États et aux organisations ou, selon le cas, aux autres organisations et aux États » – a fait place à « aux États et aux organisations »⁵⁵.

⁵⁵ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales...* (A/CONF.129/16) [voir *supra* la note 18], 5^e séance plénière, 18 mars 1986, p. 15, par. 65.

39. La seule observation de fond sur la disposition en séance plénière a été formulée par le Brésil, qui a dit

[qu']à l'intention du compte rendu et aux fins d'interprétation, [...] [l'article] 25 [...], aussi bien dans la Convention de 1969 que dans les présents projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction, d[evai]t, à son sens, être considér[é], pour ce qui est des États, conjointement avec le principe général de l'approbation des traités par les parlements et la pratique qui en découle, mais que sa délégation reconnaî[ssai]t aussi la nature résiduelle de ces dispositions tant dans la Convention de 1969 que dans les présents projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction⁵⁶.

40. L'article 25 a été adopté sans mise aux voix à la même séance⁵⁷.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 67.

⁵⁷ *Ibid.*

DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

[Point 7 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/682

Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial*

[Original: anglais]
[27 mars 2015]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	93
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	94
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-11 100
<i>Chapitres</i>	
I. LIEN ENTRE LES DEUX ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER	12-18 102
II. L'INACTION COMME PRATIQUE ET PREUVE DE L'ACCEPTATION DE LA PRATIQUE COMME ÉTANT LE DROIT.....	19-26 104
III. LE RÔLE DES TRAITÉS ET DES RÉOLUTIONS	27-54 107
A. Traités	31-44 108
B. Résolutions adoptées par les organisations internationales et lors de conférences internationales.....	45-54 116
IV. JURISPRUDENCE ET DOCTRINE.....	55-67 121
A. Jurisprudence.....	58-61 121
B. Doctrine	62-67 122
V. L'IMPORTANCE DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES.....	68-79 123
VI. COUTUME PARTICULIÈRE.....	80-84 128
VII. OBJECTEUR PERSISTANT	85-95 130
VIII. PROGRAMME DE TRAVAIL FUTUR	96-98 134
ANNEXE. Nouveaux projets de conclusion proposés.....	136

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.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949)	Ibid., vol. 75, n° 970 à 973, p. 31.
Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957)	Ibid., vol. 294, n° 4300, p. 3. Voir également la version consolidée du Traité sur l'Union européenne, <i>Journal officiel de l'Union européenne</i> , C 326, 26 octobre 2012, p. 13.

* Le Rapporteur spécial tient à remercier M. Omri Sender du concours inestimable qu'il a bien voulu lui apporter à l'occasion de l'établissement du présent rapport.

Sources

Convention sur la haute mer (Genève, 29 avril 1958)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 450, n° 6465, p. 11.
Convention sur le plateau continental (Genève, 29 avril 1958)	Ibid., vol. 499, n° 7302, p. 311.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]	A/CONF.129/15.
Convention 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

- 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, p. 9 à 463.
«La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté», *International Law at the Time of its Codification. Essays in Honour of Robert Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. I, p. 53 à 65.
- ACQUAVIVA, Guido, et Fausto POCAR
«*Stare decicis*», dans R. Wolfram (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 469 à 475.
- AKEHURST, Michael
«Custom as a source of international law», *The British Year Book of International Law 1974-1975*, vol. 47, p. 1 à 53.
«The hierarchy of the sources of international law», *ibid.*, p. 273 à 285.
- ALEXANDROWICZ, Charles Henry
The Law-making Functions of the Specialised Agencies of the United Nations, Sydney, Angus and Robertson, 1973.
- ALVAREZ, José E.
International Organizations as Law-makers, Oxford, Oxford University Press, 2005.
«International organizations: then and now», *AJIL*, vol. 100 (2006), p. 324 à 347.
- AMERICAN LAW INSTITUTE
Restatement of the Law Third: the Foreign Relations Law of the United States, vol. 1, St. Paul, American Law Institute, 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 à 124.
- ARMSTRONG, David, Theo FARRELL, et Hélène LAMBERT
International Law and International Relations, 2nd éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BARBERIS, Julio A.
«Réflexions sur la coutume internationale», *AFDI*, vol. 36 (1990), p. 9 à 46.
«Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens», *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer, 1995, p. 21 à 39.
- 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.
- BASDEVANT, Jules
«Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1936-IV*, t. 58, p. 471 à 690.
- BAXTER, R. R.
«Multilateral treaties as evidence of customary international law», *The British Year Book of International Law 1965-1966*, vol. 41, p. 275 à 300.
«Treaties and custom», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, t. 129, p. 25 à 105.
- BEDERMAN, David J.
«Acquiescence, objection and the death of customary international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21 (2010), p. 31 à 45.
- 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 (2007), p. 443 à 471.
- BERNHARDT, R.
«Custom and treaty in the law of the sea», *The Hague Academy of International Law, 1987-V*, vol. 205 (1989), p. 247 à 330.
- BISHOP, William W.
«General course of public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1965-II*, t. 115, p. 147 à 470.
- BOAS, Gideon
Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives, Cheltenham, Edward Elgar, 2012.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence
«Qu'est-ce que la pratique en droit international ?», dans Société française pour le droit international, *Colloque de Genève: la pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 13 à 47.
- BOS, Maarten
«The identification of custom in international law», *German Yearbook of International Law*, vol. 25 (1982), p. 9 à 53.

- BOYLE, Alan, et Christine CHINKIN
The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRADLEY, Curtis A., et Mitu GULATI
 «Withdrawing from international custom», *Yale Law Journal*, vol. 120 (2010), p. 202 à 275.
- BRÖLMANN, Catherine
 «Law-making treaties: form and function in international law», *Nordic Journal of International Law*, vol. 74 (2005), p. 383 à 404.
- BROWNLIE, Sir Ian
 «Presentation», dans A. Cassese et J. H. H. Weiler (dir. publ.), *Change and Stability in International Law-making*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 66 à 71.
 «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.
- CAFLISCH, Lucius
 «Pratique suisse en matière de droit international public 1993», *Swiss Review of International and European Law*, vol. 5 (1994), p. 597 à 639.
- CAHIN, Gérard
La coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier, Paris, Pedone, 2001.
- CASSESE, Antonio
International Law, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005.
Le droit international dans un monde divisé, Paris, Berger-Levrault, 1986.
- CASTAÑEDA, Jorge
Legal Effects of United Nations Resolutions, New York, Columbia University Press, 1969.
 «Valeur juridique des résolutions des Nations Unies», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, vol. 129, p. 205 à 332.
- CHARLESWORTH, H. C. M.
 «Customary international law and the Nicaragua case», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 11 (1991), p. 1 à 31.
- CHARNEY, Jonathan
 «The persistent objector rule and the development of customary international law», *The British Year Book of International Law*, vol. 56 (1985), p. 1 à 24.
 «International agreements and the development of customary international law», *Washington Law Review*, vol. 61 (1986), p. 971 à 996.
 «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, 2nd éd., New Haven, Yale University Press, 2000.
- CHENG, Bin
 «United Nations resolutions on outer space: "instant" international customary law?», *Indian Journal of International Law*, vol. 5 (1965), p. 23 à 48.
 «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, 1983, p. 513 à 554.
- COHEN-JONATHAN, Gérard
 «La coutume locale», *AFDI*, vol. 7 (1961), p. 119 à 140.
- COLSON, David A.
 «How persistent must the persistent objector be?», *Washington Law Review*, vol. 61 (1986), p. 957 à 970.
- COMBACAU, Jean, et Serge SUR
Droit international public, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2012.
- CONDORELLI, Luigi
 «Customary international law: the yesterday, today, and tomorrow of general international law», dans A. Cassese (dir. publ.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 147 à 157.
- CORTEN, Olivier
 «La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières», *Revue belge de droit international* (2004), p. 552 à 567.
Méthodologie du droit international public, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2009.
- CORTEN, Olivier, et Pierre KLEIN
Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- CRAWFORD, James
Brownlie's Principles of Public International Law, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.
 «Chance, order, change: the course of international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2013*, t. 365, p. 12 à 389.
- CREMA, Luigi
 «The "right mix" and "ambiguities" in particular customs: a few remarks on the Navigational and Related Rights case», 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. 65 à 75.
- D'AMATO, Anthony
The Concept of Custom in International Law, Ithaca, Cornell University Press, 1971.
 «The concept of special custom in international law», *AJIL*, vol. 63 (1969), p. 211 à 223.
- DAILLIER, Patrick, Mathias FORTEAU, et Alain PELLET
Droit international public, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009.
- DANILENKO, Gennady M.
Law-making in the International Community, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
 «The theory of international customary law», *German Yearbook of International Law*, vol. 31 (1988), p. 9 à 47.
- DE VISSCHER, Paul
 «Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies», E. Diez *et al.*, *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Stämpfli, 1980, p. 173 à 186.
- DEBARTOLO, David M.
 «Identifying international organizations' contributions to custom», *AJIL Unbound*, 23 décembre 2014, disponible en ligne à l'adresse suivante: www.asil.org.

- DEGAN, V. D.
Sources of International Law, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997.
- DETTET, Ingrid
 «The effect of resolutions of international organizations», 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 Law International, 1996, p. 381 à 392.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel
Instituciones de derecho internacional público, 18^e éd., Madrid, Tecnos, 2013.
- DINSTEIN, Yoram
 «The interaction between customary law and treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2006, t. 322, p. 242 à 428.
- DIVAC ÖBERG, Marko
 «The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ», *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), p. 879 à 906.
- DUMBERRY, Patrick
 «Incoherent and ineffective: the concept of persistent objector revisited», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59 (2010), p. 779 à 802.
- DUPUY, Pierre-Marie
 «À propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l'"objecteur persistant"», dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 257 à 272.
 «Théorie des sources et coutume en droit international contemporain», dans *International Law in an Evolving World*, Liber Amicorum «In Tribute» to Professor Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, p. 51 à 68.
- DUPUY, René-Jean
 «Coutume sage et coutume sauvage», dans *La communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 75 à 87.
- ECONOMIDÉS, Constantin
 «Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international», *AFDI*, vol. 34 (1988), p. 131 à 145.
- ELIAS, Olufemi
 «Persistent objector», dans R. Wolfram (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 280 à 286.
 «Some remarks on the persistent objector rule in customary international law», *Denning Law Journal*, vol. 6 (1991), p. 37 à 51.
 «The relationship between general and particular customary international law», *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 8 (1996), p. 67 à 88.
- ELIAS, Olufemi, et C. L. LIM
The Paradox of Consensualism in International Law, La Haye, Kluwer Law International, 1998.
- ESTREICHER, Samuel
 «A post-formation right of withdrawal from customary international law?: Some cautionary notes», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21 (2010), p. 57 à 64.
- 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, p. 1 à 70.
- FORTEAU, Mathias
 «Regional international law», dans R. Wolfram (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 838 à 844.
 «Organisations internationales et sources du droit», dans E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir. publ.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, 2013, p. 257 à 286.
- FRANÇOIS, J.-P.-A.
 «L'influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international», dans *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, Paris, Sirey, 1961, p. 275-281.
- GAJA, Giorgio
 «Article 38», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1505 à 1522.
 «The protection of general interests in the international community: general course of public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2012, t. 364, p. 9 à 186.
- GAMBLE, John King, Jr.
 «The treaty/custom dichotomy: an overview», *Texas International Law Journal*, vol. 16 (1981), p. 305 à 320.
- GAMIO, José María
 «Costumbre Universal y Particular», dans M. Rama-Montaldo (dir. publ.), *International Law in an Evolving World. Liber Amicorum in Tribute to Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, p. 69 à 98.
- GATTINI, Andrea
 «Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale», dans D. Alland et al. (dir. publ.), *Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2014, p. 253 à 273.
- GREEN, James A.
The International Court of Justice and Self-Defence in International Law, Oxford, Hart, 2009.
 «Persistent objector teflon? Customary international human rights law and the United States in international adjudicative proceedings», dans J. A. Green et C. Waters (dir. publ.), *Adjudicating International Human Rights. Essays in Honour of Sandy Ghandhi*, Leyde, Brill Nijhoff, 2015, p. 167 à 191.
- GREIG, D. W.
International Law, Londres, Butterworths, 1970.
- GUILLAUME, Gilbert
 «Avis d'amicus curiae», *Revue française de droit administratif*, vol. 28 (2012), p. 19 à 26.
- GULDAHL, Camilla G.
 «The role of persistent objection in international humanitarian law», *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), p. 51 à 86.
- 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.
 «Saving customary international law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 27 (2005), p. 115 à 176.
- HANNIKAINEN, Lauri
 «The collective factor as a promoter of customary international law», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), p. 125 à 141.
- HENCKAERTS, Jean-Marie
 «Étude sur le droit international coutumier: une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 87 (2005), sélection française, p. 289 à 330.

- HENCKAERTS, Jean-Marie, et Louise DOSWALD-BECK
Droit international humanitaire coutumier, vol. I, Règles, Bruxelles, Comité international de la Croix-Rouge et Bruylant, 2006.
- HIGGINS, Rosalyn
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.
- JIA, Bing Bing
 «The relations between treaties and custom», *Chinese Journal of International Law*, vol. 9 (2010), p. 81 à 109.
- JENNINGS, Sir Robert
 «The judiciary, national and international, and the development of international law», *ILR*, vol. 102 (1996), p. ix à xxiii.
 «Reflections on the subsidiary means for the determination of rules of law», dans *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2004, p. 319 à 338.
- 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*, t. 159, 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.
- KACZOROWSKA, Alina
Public International Law, 4^e éd., Londres, Routledge, 2010.
- KAMMERHOFER, Jörg
Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective, Londres, Routledge, 2011.
 «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.
- KELLY, J. Patrick
 «The twilight of customary international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 40 (1999-2000), p. 449 à 543.
- KIRCHNER, Jörg
 «Thoughts about a methodology of customary international law», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 43 (1992), p. 215 à 239.
- KLABBERS, Jan
 «International organizations in the formation of customary international law», E. Cannizzaro et P. Palchetti (dir. publ.), *Customary International Law on the Use of Force*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005.
- KOLB, Robert
 «Selected problems in the theory of customary international law», *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (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.
- KOROMA, Abdul G.
 «The application of international law by the International Court of Justice», *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, vol. 4, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1 à 156.
- KOSKENNIEMI, Martti
From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- KRITSIOTIS, Dino
 «On the possibilities of and for persistent objection», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21 (2010), p. 121 à 141.
- LACHS, Manfred
 «Teachings and teaching of international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-III*, t. 151 (1978), p. 161-252.
- LAU, Holning
 «Rethinking the persistent objector doctrine in international human rights law», *Chicago Journal of International Law*, vol. 6 (2005), p. 495-510.
- 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.
The Development of International Law by the International Court, 2^e éd., Londres, Stevens and Sons, 1958.
 «International law — the general part», dans E. Lauterpacht (dir. publ.), *International Law: Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.
- LEPARD, Brian D.
Customary International Law: A New Theory with Practical Implications, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LOCKWOOD, George H.
 «Report on the trial of mercenaries: Luganda, Angola, June 1976», *Manitoba Law Journal*, vol. 7 (1977), p. 183 à 202.
- LOWE, Vaughan
 «Can the European Community bind the member States on questions of customary international law?», dans M. Koskenniemi (dir. publ.), *International Law Aspects of the European Union*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 149 à 168.
International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- LUKASHUK, Igor
 «Customary norms in contemporary international law», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 487 à 508.
- MACGIBBON, Iain
 «Some observations on the part of protest in international law», *The British Year Book of International Law 1953*, vol. 30 (1954), p. 293 à 319.
 «The scope of acquiescence in international law», *The British Year Book of International Law 1954*, vol. 31 (1956), p. 143 à 186.
 «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.
- MARQUES ANTUNES, Nuno Sérgio
 «Acquiescence», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 53 à 58.

- McCLANE, J. Brock
«How late in the emergence of a norm of customary international law may a persistent objector object?», *ILSA Journal of International Law*, vol. 13 (1989), p. 1 à 26.
- McDOUGAL, Myres S., et Harold D. LASSWELL
«The identification and appraisal of diverse systems of public order», dans L. Gross (dir. publ.), *International Law in the Twentieth Century*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1969, p. 169 à 200.
- 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.
- MENDELSON, Maurice
«State acts and omissions as explicit or implicit claims», dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offerts à Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 373 à 382.
«The International Court of Justice and the sources of international law», dans V. Lowe et M. Fitzmaurice (dir. publ.), *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 63 à 89.
«The formation of customary international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1998, t. 272 (1999), p. 155 à 410.
- 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.
- MÜNCH, Fritz
«Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht», dans *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de droit de l'Université de Genève et Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 490 à 507.
- MURPHY, Sean D.
Principles of International Law, 2^e éd., St. Paul, West, 2012.
- O'KEEFE, Roger, et Christian J. TAMS
The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property. A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- ORAISON, André
«Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" (Flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées)», *Revue belge de droit international*, vol. 24 (1991), p. 507 à 580.
- ORAKHELASHVILI, Alexander
The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- PARRY, Clive
The Sources and Evidences of International Law, Manchester, Manchester University Press, 1965.
- PEIL, Michael
«Scholarly writings as a source of law: a survey of the use of doctrine by the International Court of Justice», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1 (2012), p. 136 à 161.
- PELLET, Alain
«L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2007, t. 329, p. 10 à 47.
«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.
- PELLET, Alain, et Alina MIRON
Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public, Paris, Dalloz, 2015.
- PETERS, Christopher
«Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin?», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), p. 617 à 642.
- POCAR, Fausto
«To what extent is Protocol I customary international law?», dans A. E. Wall (dir. publ.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, Newport, Rhode Island, Naval War College, 2002, p. 337 à 351.
- POSTEMA, Gerald J.
«Custom in international law: a normative practice account», dans A. Perreau-Saussine et J. B. Murphy (dir. publ.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 279 à 306.
- PROST, Mario, et Paul KINGSLEY CLARK
«Unity, diversity and the fragmentation of international law: how much does the multiplication of international organizations really matter?», *Chinese Journal of International Law*, vol. 5 (2006), p. 341 à 370.
- QUINCE, Charles
The Persistent Objector and Customary International Law, Denver, Colorado, Outskirts Press, 2010.
- RAGAZZI, Maurizio
The Concept of International Obligations Erga Omnes, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- REINISCH, August, et Peter BACHMAYER
«Customary international law in Austrian courts», 4 juillet 2013, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2289788.
- REISMAN, W. Michael, *et al.*
International Law in Contemporary Perspective, New York, Foundation Press, 2004.
- ROACH, J. Ashley
«Today's customary international law of the sea», *Ocean Development and International Law*, vol. 45 (2014), p. 239 à 259.
- 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.
The Law and Practice of the International Court, 1920-2005, vol. I, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006.
- SANTULLI, Carlo
Introduction au droit international, Paris, Pedone, 2013.
- SAROOSHI, Dan
International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- SCOTT, Gary L., et Craig L. CARR
«Multilateral treaties and the formation of customary international law», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 25 (1996), p. 71 à 94.
- SCHACHTER, Oscar
«The development of international law through the legal opinions of the United Nations Secretariat», *The British Year Book of International Law 1948*, vol. 25, p. 91 à 132.

- «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, 1989, p. 717 à 738.
- SCHMALENBACH, Kirsten
 «International organizations or institutions, general aspects», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1126 à 1153.
- SCHWARZENBERGER, Georg
 «The province of the doctrine of international law», dans G. W. Keeton et G. Schwarzenberger (dir. publ.), *Current Legal Problems*, Londres, Stevens and Sons, 1956, p. 235 à 265.
- SCHWEBEL, Stephen M.
 «The effect of resolutions of the U.N. General Assembly on customary international law», *Proceedings of the 73rd Annual Meeting of the American Society of International Law held in Washington, D.C., April 26–28, 1979*, Washington, American Society of International Law, 1979, p. 301 à 309.
 «United Nations resolutions, recent arbitral awards and customary international law», A. Bos et H. Siblesz (dir. publ.), *Realism in Law-making. Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, p. 203 à 210.
 «The influence of bilateral investment treaties on customary international law», *Proceedings of the 98th Annual Meeting of the American Society of International Law, March 31–April 3, 2004*, Washington, American Society of International Law, 2004, p. 27 à 29.
- SHAW, Malcolm N.
International Law, 7^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- SHIHATA, Ibrahim
 «The treaty as a law-declaring and custom-making instrument», *Revue égyptienne de droit international*, vol. 22 (1966), p. 51 à 90.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento
 «Treaties as evidence of customary international law», dans *International Law at the Time of Its Codification. Essays in Honour of Roberto Ago*, Milan, Dott, A. Giuffrè Editore, 1987, p. 387 à 397.
- SIMMA, Bruno, et Andreas L. PAULUS
 «The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view», *AJIL*, vol. 93 (1999), p. 302 à 316.
- SINCLAIR, Sir Ian
The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984.
 «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, 1986, p. 211 à 229.
 «Estoppel and Acquiescence», 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. 104 à 120.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof
 «Forms of participation of international organizations in the law-making processes», *International Organization*, vol. 18 (1964), p. 790 à 805.
 «Elements of custom and The Hague court», *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), p. 810 à 854.
- SLOAN, Blaine
 «General Assembly resolutions revisited (forty years later)», *The British Year Book of International Law* 1987, vol. 58 (1988), p. 39 à 150.
- SOHN, Louis B.
 «Unratified treaties as a source of customary international law», dans A. Bos et H. Siblesz (dir. publ.), *Realism in Law-Making. Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, p. 231 à 246.
- STEIN, Ted L.
 «The approach of the different drummer: the principle of the persistent objector in international law», *Harvard International Law Review*, vol. 26 (1985), p. 457 à 482.
- STEINFELD, Adam
 «Nuclear objections: the persistent objector and the legality of the use of nuclear weapons», *Brooklyn Law Review*, vol. 62 (1996), p. 1635 à 1686.
- STERN, Brigitte
 «Custom at the heart of international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11 (2001), p. 89 à 108.
- 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 and Noordhoff, 1978, p. 187 à 200.
- TANAKA, Yoshifumi
The International Law of the Sea, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- THIRLWAY, Hugh
International Customary Law and Codification, Leyde, Sijthoff, 1972.
The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence, vol. I et II, Oxford, Oxford University Press, 2013.
The Sources of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2014.
 «Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues», *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), p. 495 à 506.
- TOMKA, PETER
 «Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 195 à 216.
- TOMUSCHAT, Christian
 «Obligations arising for States without or against their will», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1993-IV, t. 241, p. 195 à 374.
 «The concluding documents of world order conferences», 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 Law International, 1996, p. 563 à 586.
- TREVES, Tullio
 «Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1990, vol. 223, p. 9 à 302.
 «Customary international law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, 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.
Theory of International Law, Wildy, Simmonds & Hill, 2003.
- 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.

VERDIER, Pierre-Hugues, et Erik VOETEN

«Precedent, compliance, and change in customary international law: an explanatory theory», *AJIL*, vol. 108 (2014), p. 389 à 434.

VIGNES, Daniel

«The impact of international organizations on the development and application of public international law», dans R. St. J. Macdonald, D. M. Johnston (dir. publ.), *The Structure and Process of International Law. Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, p. 809 à 856.

VILLIGER, Mark E.

Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985.

Customary International Law and Treaties, 2^e 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.

WEIL, Prosper

«Towards relative normativity in international law?», *AJIL*, vol. 77 (1983), p. 413 à 442.

WEISBURD, Arthur M.

«Customary international law: the problem of treaties», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21 (1988), p. 1 à 46.

«The International Court of Justice and the concept of State practice», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31 (2009), p. 295 à 372.

WESSEL, Ramses A., et Steven BLOCKMANS

«The legal status and influence of decisions of international organizations and other bodies in the European Union», *Research Papers in Law*, Bruges, Collège d'Europe, 2014.

WOLFKE, Karol

Custom in present international law, 2^e éd., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

«Some persistent controversies regarding customary international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), p. 1 à 16.

«Treaties and custom: aspects of interrelation», dans J. 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. Wolfram (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 299 à 313.

WOOD, Sir Michael

«Teachings of the most highly qualified publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)», dans R. Wolfram (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 783 à 787.

«Weighing the articles on responsibility of international organizations», dans M. Ragazzi (dir. publ.), *Responsibility of International Organizations. Essays in Memory of Sir Ian Brownlie*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2013, p. 55 à 66.

«International organizations and customary international law», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48 (2015), p. 609 à 620.

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, 2011, p. 190 à 224.

Introduction

1. En 2012, ayant inscrit le sujet «Formation et identification du droit international coutumier» à son programme de travail¹, la Commission a organisé un débat préliminaire sur la base d'une note établie par les soins du Rapporteur spécial².

2. En 2013, la Commission a tenu un débat général³ sur la base du premier rapport du Rapporteur spécial⁴ et d'une étude du Secrétariat⁵. Elle a alors décidé de modifier comme suit l'intitulé de la question: «Détermination du droit international coutumier»⁶.

3. Dans son deuxième rapport⁷, établi en prévision de la soixante-sixième session de la Commission en 2014, le

Rapporteur spécial s'est intéressé à la démarche à retenir pour déterminer les règles du droit international coutumier, avant d'analyser en détail la nature et le rôle des deux éléments constitutifs de la coutume et de définir la manière d'en apprécier l'existence. Il a formulé 11 projets de conclusion, articulés en quatre parties. Il a expliqué qu'il semblait souhaitable de traiter dans le même rapport à la fois de la pratique et de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), étant donné le lien étroit unissant les deux⁸, et indiqué que d'autres projets de conclusion sur ces points et sur d'autres seraient proposés dans le troisième rapport.

4. La Commission a tenu un débat sur le deuxième rapport du 11 au 18 juillet 2014⁹, qui a confirmé que l'approche dite «des deux éléments» recueillait l'assentiment général. Les membres de la Commission se sont de nouveau accordés à dire que les éléments susceptibles d'éclairer le sujet étaient à trouver principalement dans la jurisprudence des juridictions internationales, au premier

¹ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 11, par. 19.

² *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/653, p. 57.

³ Voir *Annuaire... 2013*, vol. I, 3181^e à 3186^e séance, 17 au 25 juillet 2013; voir aussi *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 69 à 73, par. 66 à 107.

⁴ *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, p. 119.

⁵ Voir *ibid.*, document A/CN.4/659, p. 159.

⁶ *Ibid.*, vol. I, 3186^e séance, 25 juillet 2013, p. 114.

⁷ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672.

⁸ *Ibid.*, par. 10.

⁹ *Ibid.*, vol. I, 3222^e à 3227^e séance, 11 au 18 juillet 2014; voir également *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 157 à 163, par. 137 à 185.

rang desquelles la Cour internationale de Justice, et que les résultats des travaux sur le sujet devraient prendre la forme d'un guide pratique destiné à aider les praticiens à déterminer les règles de droit international coutumier. Il a également été dit qu'il importait de trouver un juste équilibre non seulement entre les projets de conclusion et les commentaires, mais aussi entre la nécessité de disposer d'orientations claires et celle de conserver à la coutume sa souplesse en tant que source de droit international. Il a en outre été souligné que plusieurs questions soulevées dans le rapport, notamment le poids de l'inaction et le rôle des organisations internationales dans la détermination du droit international coutumier, devaient faire l'objet d'une analyse et d'un débat plus poussés.

5. À l'issue du débat, les 11 projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport ont été communiqués au Comité de rédaction, qui en a adopté 8 à titre provisoire (deux n'ont pas pu être examinés faute de temps et un a été écarté). Le 7 août 2014, le Président du Comité a présenté à la plénière un rapport intermédiaire sur les activités menées en la matière par cet organe en 2014¹⁰. Les huit projets de conclusion adoptés à titre provisoire ont été reproduits dans une annexe jointe au rapport. Comme le Président l'a expliqué, le Comité espérait présenter officiellement un ensemble de projets de conclusion contenant notamment ceux formulés dans le rapport intermédiaire (révisés si nécessaire au vu du présent rapport et des débats tenus en plénière et au sein du Comité de rédaction) en vue de leur adoption par la Commission à sa soixante-septième session en 2015.

6. Les huit projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction en 2014 sont divisés en trois parties : a) introduction ; b) approche fondamentale ; c) pratique générale. Il est proposé d'ajouter une quatrième partie regroupant les projets de conclusion formulés dans le deuxième rapport qui n'ont pas encore été examinés, intitulée « Acceptation d'une pratique générale comme étant le droit (*opinio juris*) ». Dans le présent rapport, il est également proposé d'ajouter deux autres parties, intitulées « Formes particulières de pratique et de preuves » et « Exceptions à l'application générale des règles de droit international coutumier ».

7. Lors du débat tenu par la Sixième Commission de l'Assemblée générale en 2014, l'élaboration d'un guide pratique, sous forme de conclusions assorties de commentaires, destiné à aider les praticiens à déterminer les règles de droit international coutumier a recueilli l'assentiment général. Les délégations ont pleinement souscrit à l'approche dite des deux éléments. Plusieurs ont ajouté que la thèse selon laquelle, dans certains domaines, un seul élément suffirait à établir l'existence d'une règle de droit international coutumier ne trouvait confirmation ni dans la pratique internationale ni dans la jurisprudence. Certaines délégations ont proposé d'étudier les variations dans le poids accordé aux deux éléments dans différentes branches du droit international. Si plusieurs délégations ont reconnu que c'était surtout la pratique des États qui devait être prise en compte pour déterminer l'existence

d'une règle de droit international coutumier, certaines ont également souligné l'importance de la pratique des organisations internationales dans la formation et la détermination des règles coutumières, en particulier lorsque les États Membres leur ont transféré des compétences¹¹.

8. Le présent rapport doit être lu en conjonction avec les deux premiers rapports de 2013 et 2014, les travaux réalisés par le Comité de rédaction en 2014 et les débats tenus à la Commission du droit international et au sein de la Sixième Commission. Il a pour objet de compléter la série de projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial. Il aborde plusieurs questions non traitées dans le deuxième rapport ainsi que des points sur lesquels il a été décidé que la Commission reviendrait en 2015. Chaque chapitre du présent rapport est consacré à une question particulière : le chapitre I approfondit l'analyse des liens unissant les deux éléments constitutifs ; le chapitre II offre une étude plus détaillée de l'inaction comme pratique ou comme preuve de l'acceptation de la pratique comme étant le droit ; le chapitre III porte sur le rôle des traités et des résolutions adoptés par les organisations internationales et dans le cadre des conférences internationales ; le chapitre IV est consacré à la jurisprudence et à la doctrine ; le chapitre V revient sur la pratique des organisations internationales ; les chapitres VI et VII portent sur deux notions particulières : la « coutume particulière » et l'« objecteur persistant » ; enfin, le chapitre VIII esquisse le futur programme de travail sur la question. Par commodité, les projets de conclusion formulés dans le présent rapport, qui doivent être lus en parallèle avec ceux déjà proposés par le Rapporteur spécial et par le Comité de rédaction, sont reproduits en annexe.

9. À sa soixante-sixième session, en 2014, la Commission

[a] renouve[lé] la demande qu'elle a faite aux États de lui fournir, le 31 janvier 2015 au plus tard, des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments servant à identifier ce droit dans une situation donnée. Cette pratique peut être reflétée dans :

a) des déclarations officielles faites devant des corps législatifs, des juridictions et des organisations internationales ;

b) des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous-régionales¹².

La Commission a ajouté qu'elle « apprécierait des informations sur les recueils et études portant sur la pratique des États dans le domaine du droit international coutumier¹³ ».

10. À la date de l'établissement du présent rapport, en plus des contributions communiquées en 2014¹⁴, six autres contributions avaient été reçues¹⁵. Les contributions restent bienvenues à tout moment.

¹¹ Voir le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session, établi par le Secrétaire (A/CN.4/678, reprographié), par. 52 à 59.

¹² *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 20, par. 29.

¹³ *Ibid.*, par. 30.

¹⁴ Allemagne, Belgique, Botswana, Cuba, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Irlande, République tchèque, et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

¹⁵ Allemagne, Autriche, Finlande, République de Corée, République tchèque et Royaume-Uni.

¹⁰ *Annuaire... 2014*, vol. I, 3242^e séance, 7 août 2014 ; le texte intégral du rapport intermédiaire du Président en date du 7 août 2014 est disponible sur le site Web de la Commission, à l'adresse suivante : <https://legal.un.org/ilc>, à la soixante-sixième session.

11. Plusieurs organismes ont organisé des réunions à la fois encourageantes et stimulantes sur différents aspects de la question. L'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique étudie actuellement la question de la détermination des règles du droit international. À la connaissance du Rapporteur spécial, son groupe d'experts informel a examiné le rapport de son rapporteur spécial et adopté une série de commentaires devant être soumis

à l'examen de l'Organisation à sa session d'avril 2015¹⁶. En outre, les éléments nouveaux intervenus dans la jurisprudence et la doctrine depuis l'établissement du deuxième rapport ont été pris en considération dans le présent rapport.

¹⁶ La cinquante-quatrième session annuelle de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique se tiendra à Beijing du 13 au 17 avril 2015, peu après la présentation du présent rapport.

CHAPITRE I

Lien entre les deux éléments constitutifs du droit international coutumier

12. La nécessité d'examiner plus avant le lien unissant les deux éléments constitutifs du droit international coutumier a été évoquée au sein de la Commission du droit international et de la Sixième Commission en 2014¹⁷. L'aspect temporel des deux éléments et l'application de l'approche des deux éléments dans différentes branches du droit international font partie des points soulevés à cet égard.

13. Pratique générale acceptée comme étant le droit, le droit international coutumier se manifeste dans et par des comportements assortis d'une *opinio juris*. Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré à plusieurs reprises, «[n]on 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 droit¹⁸». Il a été dit que les deux éléments constitutifs du droit international coutumier «n'étaient pas deux entités juxtaposées mais n'étaient que deux aspects d'un même phénomène : un comportement donné exécuté ou perçu subjectivement d'une certaine manière¹⁹».

¹⁷ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), par. 153 ; résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session, établi par le Secrétariat (voir *supra* la note 11), par. 53.

¹⁸ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 77. Voir également *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 ; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 122, par. 55.

¹⁹ Stern, «Custom at the heart of international law», p. 92. Voir également Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 81 et 82 («bien que l'*opinio juris* soit considérée comme distincte de la coutume, en pratique seules les manifestations visibles du comportement de l'État permettent d'en avoir connaissance. Dans le cadre de la formation du droit coutumier, les règles de comportement créées par l'évolution de la pratique étatique sont acceptées comme étant le droit par le biais d'actes qui font également partie de la pratique au sens large. De plus, les mêmes actes et décisions qui constituent la pratique pertinente peuvent exprimer à la fois la position des États à l'égard du contenu de la règle de conduite qui se fait jour et la reconnaissance de cette règle comme juridiquement contraignante. Il en découle que l'*opinio juris* ne peut être totalement dissociée de la pratique»); Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 62 («La pratique et l'*opinio juris* fournissent ensemble les informations nécessaires pour décider si une règle coutumière existe, mais le rôle de l'une – la pratique ou l'*opinio* – n'est pas dissociable de celui de l'autre; elles se complètent»); Worster, «The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law», p. 8 et 9 («Les éléments objectif et subjectif ne sont pas séparés [...] nous ne nous demandons pas si la pratique est suffisante pour ensuite, seulement une fois cela établi, nous demander si l'*opinio juris* est présente. En fait, nous examinons, ou devrions examiner si la pratique est suffisante lorsqu'elle s'accompagne de l'*opinio juris*, ce qui signifie que

14. Si les deux éléments du droit international coutumier sont effectivement «réellement indissociables, l'un ne pouvant exister sans l'autre²⁰», il faut, pour déterminer s'il existe une règle de droit international coutumier, examiner et vérifier l'existence de chaque élément séparément²¹. Cette opération suppose d'évaluer, pour chaque élément, plusieurs preuves, car, comme il est expliqué dans le deuxième rapport, la pratique acceptée comme étant le droit ne devrait généralement pas se prouver par la pratique même que le droit international coutumier est censé prescrire²²: «ce n'est pas parce qu'une chose est faite que cette chose *doit* être faite²³».

nous recherchons également une masse critique de pratique accompagnée de l'*opinio juris*»).

²⁰ Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», p. 345; voir également *ibid.*, p. 341, 344, 346 et 347 [«comme le recto et le verso, [les deux éléments] peuvent être distingués aux fins de l'analyse mais [...] ils ne peuvent exister indépendamment l'un de l'autre [...] La question de savoir s'il existe des normes coutumières dénuées de l'un de ces deux éléments – la pratique et l'*opinio juris* – est une fausse question. Il existe toujours une certaine pratique "effective"; à défaut, on ne pourrait pas simplement parler de comportements systématiques qui peuvent être (ou ne pas être) juridiquement obligatoires.»]

²¹ Comme M. Mahmoud D. Hmoud l'a dit, on peut affirmer que les deux éléments sont imbriqués et que leur formation et leur preuve se conjuguent dans de nombreux cas, mais il n'en reste pas moins que ce sont deux éléments distincts aux fins de la détermination de l'existence d'une règle de droit» (voir *Annuaire... 2014*, vol. I, 3226^e séance, 17 juillet 2014); voir également son intervention le 17 juillet 2014 (disponible auprès de la Division de la codification). Voir également Pellet, «Article 38», p. 813 («scinder la définition de la coutume en deux éléments distincts – un élément "matériel" ou "objectif", la pratique, et un élément "psychologique", "intellectuel" ou "subjectif", généralement appelé *opinio juris* [...] est extrêmement utile pour "découvrir" des règles coutumières»); Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 23 [«l'existence d'une coutume [...] est la conclusion à laquelle quelqu'un (un conseiller juridique, un tribunal, un gouvernement, un commentateur) aboutit en réponse à deux questions connexes : a) existe-t-il une pratique générale ; b) cette pratique est-elle acceptée comme étant le droit international ?»].

²² *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 72 à 74.

²³ Shaw, *International Law*, p. 53. Voir également *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 *supra*), p. 44, par. 76 («le fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique»), et *ibid.*, par. 77 («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 suffisent»); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, aux pages 253 et 254, par. 65 à 68 ; *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 [...] que différents accords internationaux [...] aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure

15. Lorsqu'on cherche à déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, la preuve de la pratique correspondante ne devrait pas servir à prouver également l'acceptation de cette pratique comme étant le droit : il faut éviter cette double prise en compte (ou référence répétée)²⁴).²⁵ Comme Thirlway l'a fait observer,

il est tout à fait possible que les manifestations d'une pratique et les formes de preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit se recoupent, mais, il ne s'ensuit pas, en général, que tel ou tel acte puisse être constitutif des deux, sauf à revenir à la théorie moniste de la coutume²⁶.

16. Le droit international coutumier a souvent été décrit comme une pratique qui, accompagnée de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit, se cristallise en norme juridique. Cela étant, on s'accorde de plus en plus à dire que si la pratique des États constitue «le facteur initial à prendre en considération²⁷», il n'est pas impératif que toutes les règles du droit international coutumier y trouvent leurs racines²⁸. Autrement dit, l'acceptation d'une pratique comme étant le droit (*opinio juris* naissante) peut se développer en premier et donner lieu à une pratique qui incarne cette acceptation, de façon à produire une règle de droit international coutumier²⁹. Comme l'a souligné

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»); *Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 28 ; Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre préliminaire, dossier n° 002/19-09-2007-CETC-CP/BCJI (CP38), décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entrepris criminelle commune, 20 mai 2010, par. 53 («Une abondante pratique ne suffit pas, habituellement, à présumer de l'existence d'une *opinio juris*»).

²⁴ *Annuaire... 2014*, vol. I, 3223^e séance, 15 juillet 2014 (M. Murase).

²⁵ Voir également *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 74 : «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 droit.»

²⁶ Thirlway, «Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues», p. 502 (l'auteur écrit également : «La théorie des deux éléments implique nécessairement l'existence de quelque chose susceptible d'être qualifié de pratique étatique, quelque chose qui indique, ou dont on peut conclure, que les États considèrent qu'une règle de droit coutumier existe»). Voir également Mendelson, «The formation of customary international law», p. 206 et 207 [«Il faut toutefois éviter de compter le même acte à la fois comme élément subjectif et élément objectif. Si l'on adhère à l'opinion "dominante" selon laquelle il est nécessaire que les deux éléments soient présents, et en particulier que l'élément subjectif s'accompagne d'une pratique "concrète", on ne saurait considérer une déclaration à la fois comme un acte et comme la manifestation d'une conviction (ou d'une volonté)»]; Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, p. 136 à 141. Néanmoins, «[f]ort souvent, les deux éléments coïncident; même dans les affaires dans lesquelles elle a proclamé la validité de la distinction théorique entre pratique et *opinio juris*, la Cour [internationale de Justice] les confond» (Pellet, «Article 38», p. 827); voir cependant Koroma, «The application of international law by the International Court of Justice», p. 101.

²⁷ Shaw, *International Law*, p. 54. Voir également Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 208 (où l'auteur évoque l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* : «Cette recherche de l'*opinio juris* présuppose bien entendu qu'il existe une pratique suffisante»).

²⁸ Pour reprendre les termes employés par Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 68.

²⁹ Bien entendu, l'*opinio juris*, au sens strict, ne saurait précéder la pratique qu'elle est censée accompagner : il y a plutôt l'idée qu'une règle devrait exister (ou l'idée erronée qu'elle existe). Si, par la suite, on constate l'existence d'une pratique conforme à cette idée, on pourra facilement lui imputer. En ce sens, l'*opinio* peut, pour ainsi dire, être

le représentant de l'Afrique du Sud devant la Sixième Commission, pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, «ce qui compte est que les deux éléments soient présents, et non leur chronologie³⁰».

17. L'approche des deux éléments, qui est largement soutenue au sein de la Commission et par les États et trouve un appui dans la pratique internationale en général ainsi que dans la jurisprudence et la doctrine³¹, s'applique à la formation et la détermination de toutes les règles de droit international coutumier. Toutefois, comme le Rapporteur spécial l'a relevé dans son deuxième rapport, il peut y avoir «des variations dans la mise en œuvre de l'approche des deux éléments, selon la branche du droit [international] (ou, peut-être plus précisément, selon le type de règle)³²». Ce constat montre que le droit international coutumier est souple par définition et témoigne du rôle qu'il joue dans l'ordre juridique international. Par conséquent, dans certains cas, une forme particulière (ou plusieurs manifestations particulières) de pratique ou une preuve particulière de l'acceptation d'une pratique comme étant le droit peut être plus pertinente que dans d'autres ; en outre, il faut, dans l'évaluation des éléments constitutifs, prendre en considération les conditions dans lesquelles la règle présumée est apparue et doit être appliquée³³. En tout état de cause, il ne faut pas dénaturer la

antidatée ; mais au moment où elle a été exprimée, il ne s'agissait que d'une *opinio* et non d'une *opinio juris*. Voir également Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 64 et 65 ; Daillier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, p. 262 («Traditionnellement, la pratique est à l'origine de l'*opinio juris*. C'est la répétition des précédents dans le temps qui fait naître le sentiment de l'obligation. On assiste cependant, dans certains cas, à une inversion du processus : l'expression d'un "besoin de droit" [...] est à l'origine d'une pratique qui parachève la formation de la norme coutumière. Aux coutumes "sages" s'opposent ce que l'on a appelé les coutumes "sauvages"»); Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, p. 80 à 85.

³⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 94. Cet argument a également été avancé par MM. Ki Gab Park, Shinya Murase et Georg Nolte lors du débat à la soixante-sixième session de la Commission (*Annuaire... 2014*, vol. I, 3223^e séance, 15 juillet 2014, et 3226^e séance, 17 juillet 2014). Voir également Cassese, *Le droit international dans un monde divisé*, p. 162 («Naturellement ces deux facteurs ne sont pas exigés dès le départ»).

³¹ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 21 à 27. Comme M. Huikang Huang l'a expliqué lors du débat tenu à la soixante-sixième session de la Commission, on pourrait comparer le droit international coutumier à un être humain dont le corps serait la pratique générale et l'âme, l'*opinio juris* : autrement dit, les deux éléments sont d'une importance vitale (ibid., vol. I, 3226^e séance, 17 juillet 2014).

³² *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 28. Selon M. Pavel Šturma, reconnaître que le poids accordé à la pratique et à l'*opinio juris* puisse différer selon la branche du droit international considérée ne nécessite pas de remplacer la théorie uniforme de la coutume internationale par des théories sectorielles en droit international des droits de l'homme, en droit international humanitaire, en droit pénal international, etc. (ibid., vol. I, 3226^e séance, 17 juillet 2014); voir également MM. Ki Gab Park, Hussein A. Hassouna et Mahmoud D. Hmoud (*Annuaire... 2014*, vol. I, 3223^e, 3225^e et 3226^e séances, respectivement).

³³ Voir également Condorelli, «Customary international Law: the yesterday, today, and tomorrow of general international law», p. 148 (sur l'établissement de l'existence du droit international coutumier : «c'est l'opération qui consiste à réunir des éléments de preuve attestant l'effet sociétal des règles en question. Ces éléments de preuve peuvent être multiples, et le poids à accorder à chacun d'eux peut également être différent selon la situation : l'écoulement d'une longue période peut parfois être nécessaire, ou les éléments de preuve peuvent parfois opérer concomitamment. Dans tous les cas, ces éléments doivent être considérés

nature fondamentale du droit international coutumier en tant que pratique générale acceptée comme étant le droit³⁴.

(Suite de la note 33.)

comme suffisants s'ils permettent de conclure que la règle concernée a effectivement un effet sociétal au sein de la communauté internationale. En bref, l'objet recherché est unique, et c'est également une méthode unique qui doit être utilisée, mais les voies à emprunter pour trouver cet objet peuvent être différentes: plus longues et délicates parfois, parfois plus rapides, voire, peut-être, très rapides»; Thirlway, «Human rights in customary law», p. 503 («Il est bien entendu possible d'admettre que tant l'*opinio juris* que la pratique sont nécessaires pour établir l'existence d'une règle coutumière du droit des droits de l'homme tout en considérant que, dans ce domaine particulier, chacun des deux éléments, mais spécialement la pratique, peut être de nature différente de ce qui est généralement requis pour établir la coutume»); *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 *supra*), p. 230, opinion dissidente de M. Lachs («Il y a, dans l'activité des États et le droit international, certains domaines qui par leur nature même n'engendrent que très difficilement un droit général, tandis qu'il en est d'autres, anciens et nouveaux, où cela est plus facile»), et *ibid.*, p. 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. [...] Chaque fait doit être apprécié en fonction des circonstances particulières. [...] [Il faut apprécier les deux éléments] 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»]; Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 15 («En ce qui concerne ces moyens de prouver l'existence d'une coutume, on ne peut établir une liste exhaustive de principes directeurs»).

³⁴ Voir également Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 145 («La nature des deux éléments constitutifs de la

18. Le Rapporteur spécial propose d'ajouter le projet de paragraphe 2 suivant au projet de conclusion 3 [4]:

«Projet de conclusion 3 [4]. *Appréciation de la preuve pour les deux éléments*

«[...]»

«2. Chaque élément doit être établi séparément. D'une manière générale, il faut pour cela apprécier les preuves propres à chaque élément.»

coutume peut également évoluer, dès lors que cette évolution ne dénature pas l'essence de la coutume»); Waldock, «General course of public international law», p. 49 («Dans chaque affaire, le problème essentiel [...] est d'évaluer la cohérence, la durée et la généralité de la pratique et de les mettre en balance avec d'autres éléments, par exemple les considérations politiques, économiques et sociales qui motivent cette pratique. Pour ce faire, le juge ou le conseiller juridique de l'État se fondera sur la connaissance qu'il a des affaires internationales et des positions et politiques des États, mais la question ultime à laquelle il devra toujours répondre est la suivante: "la pratique en cause est-elle acceptée comme étant le droit ?". Cela est particulièrement vrai au sein de la communauté internationale, car ceux qui participent à la formation de la coutume sont les États souverains, détenteurs des pouvoirs décisionnels et normatifs au niveau international. La reconnaissance par les États d'une pratique comme étant le droit est de manière très directe le fondement essentiel du droit coutumier»). Les propos de Simma et Paulus sont également intéressants à ce sujet: «Il semble que jusqu'à présent les sources traditionnelles du droit international se soient révélées assez souples pour s'adapter aux évolutions. Même si elles ne satisfont peut-être pas la recherche intellectuelle de l'unité dans le système juridique international, ces sources ont résisté à l'épreuve du temps et ont été largement acceptées. Aussi longtemps qu'il n'existe pas d'autres processus juridiques susceptibles d'être universellement acceptés, force est de se contenter de ceux qui existent. Quoi qu'il en soit, l'idéal d'un droit international plus propice à la réalisation des valeurs universelles demeure compatible avec le régime des sources traditionnelles [...] dans la mesure où ces valeurs sont "suffisamment exprimées sous forme de règles juridiques"» (Simma et Paulus, «The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view», p. 316).

CHAPITRE II

L'inaction comme pratique et preuve de l'acceptation de la pratique comme étant le droit

19. Comme le Rapporteur spécial l'a indiqué dans son deuxième rapport, l'inaction (également dénommée pratique passive, abstention d'agir, silence ou omission) «peut être un élément essentiel à la formation et à la détermination de règles du droit international coutumier³⁵». À la lumière des débats tenus en 2014, le Rapporteur spécial a entrepris de revenir plus en détail sur cette question dans le présent rapport³⁶.

20. L'inaction est une forme de pratique qui (lorsqu'elle est générale et assortie de l'acceptation comme étant le droit) peut donner naissance à une règle de droit international coutumier³⁷. Parmi les exemples

bien connus, on peut mentionner le fait de ne pas protéger certaines personnes naturalisées³⁸, celui de s'abs-

of international law», p. 421 («La coutume consistant à s'abstenir d'agir dans certaines circonstances peut assurément aboutir à la création d'une règle de conduite susceptible de devenir une norme juridique. À l'évidence, tout ce qui a été dit au sujet des éléments de répétition, de durée et de continuité s'applique également à la pratique de l'abstention»); Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 10 («La pratique étatique [...] peut également être constituée par des omissions ou par le silence»); Danilenko, «The theory of international customary law», p. 28 («s'abstenir généralement ou habituellement d'actes spécifiques peut constituer une pratique aboutissant à une règle imposant l'obligation de s'abstenir des actes en question dans des situations similaires, c'est-à-dire une pratique constituant une norme prohibitive du droit international»); Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, p. lvii («Si la pratique consiste en grande partie en abstention et en silence, il faut qu'il y ait des indications montrant que l'abstention est fondée sur une attente légitime en ce sens de la part de la communauté internationale»); Mendelson, «State acts and omissions as explicit or implicit claims»; Koroma, «The application of international law by the International Court of Justice», p. 93; *Restatement of the Law Third: the Foreign Relations Law of the United States*, par. 102 b («L'inaction peut constituer une pratique étatique»).

³⁸ *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955, p. 4, à la page 22.

³⁵ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 42. Voir également le paragraphe 1 du projet de conclusion 6 [7], adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction en 2014 (voir *supra* la note 10).

³⁶ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), par. 180.

³⁷ Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 99 et 100, par. 188 («La Cour doit néanmoins s'assurer de l'existence, dans le droit international coutumier, d'une *opinio juris* relative à la valeur obligatoire d'une telle abstention»); Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms

tenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État³⁹, et celui de s'abstenir d'exercer des poursuites pénales dans certaines circonstances⁴⁰. Plus encore que les autres formes de pratique, l'inaction peut parfois être difficile à repérer et à qualifier ; en tout état de cause, comme pour les autres formes de pratique, « il ne suffit pas de prouver [...] des omissions dont on prétend qu'elles constituent une pratique des États mais [...] il faut encore les interpréter » pour s'assurer qu'elles sont effectivement acceptées comme étant le droit⁴¹. Quand il n'est pas possible d'établir clairement l'existence de cette acceptation, l'inaction peut être qualifiée d'« omission ambiguë »⁴².

21. L'inaction peut également valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) lorsqu'elle vaut assentiment d'une pratique donnée. Aux fins de la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier, il s'agit d'une autre forme d'inaction⁴³ : en substance, nous avons affaire là à la tolérance, par un État, de la pratique d'un ou de plusieurs autres États dans des circonstances qui montrent que l'État qui s'abstient

³⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 18), p. 99, par. 188.

⁴⁰ *Affaire du « Lotus »* (voir *supra* la note 23). Voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 23 *supra*), p. 253, par. 65 (la Cour déclare que les États qui proposent une interdiction se réfèrent à une « pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires par les États »); *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 18 *supra*), p. 135, par. 77 (« L'absence presque totale de toute jurisprudence contraire est également significative, tout comme le fait qu'aucun État n'a jamais déclaré [...] que le droit international coutumier ne prescrivait pas l'immunité dans ce type d'affaires »); *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. Petrin (où il est affirmé à propos de la pratique de la non-reconnaissance : « Le terme même de non-reconnaissance 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 (où il est question du fait que le Département d'État américain a refusé de faire des représentations au nom d'une société américaine et que les États-Unis n'ont pas fait valoir un argument donné pour s'opposer à une réclamation dans un différend international).

⁴¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 23 *supra*), p. 423 (opinion dissidente de M. Shahabuddeen). Durant le débat à la Sixième Commission, l'Irlande a fait valoir que, dans le cadre de l'évaluation de l'inaction comme forme de pratique, le « contexte [était] particulièrement important et [qu'il] jouera[it] vraisemblablement un plus grand rôle que dans l'évaluation des autres formes de pratique » [Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 39].

⁴² Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 61.

⁴³ Comme l'a expliqué M. Mahmoud D. Hmoud, il est vrai que l'inaction peut être considérée comme une action négative, mais il faut faire une distinction entre l'inaction comme comportement, qui relève de l'élément objectif (pratique), et l'inaction comme forme d'acquiescement, qui relève du deuxième élément, subjectif (voir *Annuaire... 2014*, vol. I, 3226^e séance, 17 juillet 2014; voir également son intervention le même jour). Voir également l'intervention de M. Mathias Forteau au cours du débat à la soixante-sixième session de la Commission (ibid., vol. I, 3225^e séance, 17 juillet 2014); Danilenko, « The theory of international customary law », p. 28 et 29 (« Par pratique "passive" ou "négative", on peut entendre deux [types distincts de] pratique »).

considère que la pratique en question est conforme au droit international⁴⁴. Comme l'a affirmé la Chambre de la Cour internationale de Justice saisie de l'affaire du *Golfe du Maine*, l'acquiescement « équiv[aut] à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement⁴⁵ ».

⁴⁴ Manley O. Hudson, Rapporteur spécial sur l'article 24 du statut de la Commission du droit international, a fait observer que, pour devenir une règle du droit international coutumier, la règle devait « être généralement admis[e] dans la pratique d'autres États » (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/CN.4/16, p. 26, par. 11); au sujet des éléments essentiels du droit international coutumier, il écrit ailleurs : « l'action concordante et récurrente de nombreux États dans le domaine des relations internationales, la conviction que dans chaque cas cette action est dictée par le droit, et le fait que les autres États ne contestent pas cette conviction » (Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 — A Treatise*, p. 609). Voir, par exemple, Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° CH/AC/2010/02, décision en appel concernant l'ordonnance du juge de la mise en état relative à la compétence et à la qualité pour ester en justice, Chambre d'appel, 10 novembre 2010, par. 47 (« La série de décisions rendues relativement à cette question [des pouvoirs inhérents des cours et des tribunaux] ajoutée à l'acceptation tacite ou l'acquiescement de tous les sujets de droit international concernés indiquent clairement l'existence d'une pratique et d'une *opinio juris* qui nous fondent à conclure qu'une règle de droit international coutumier s'est constituée »); Argentine, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, Cour suprême, affaire n° 16.063/94, 2 novembre 1995, par. 90. Voir également Skubiszewski, « Elements of custom and the Hague court », p. 838 (« L'invocation d'un droit par un ou plusieurs États, le fait que les autres États tolèrent ou admettent que ce ou ces États exercent ce droit et l'exécution de l'obligation correspondante – il s'agit là de phénomènes attestant que les États considèrent qu'ils sont passés du domaine des faits à celui du droit »); Shaw, *International Law*, p. 64 (« lorsque des États acquiescent au comportement d'autres États sans protester, force est de supposer que ce comportement est accepté comme légitime »); Akehurst, « Custom as a source of international law », p. 39 (« Si les actes de certains États (ou le droit d'agir qu'ils invoquent) rencontrent l'acquiescement d'autres États, une règle permissive du droit international voit le jour ; si ces actes ou prétentions suscitent des protestations, leur légalité est pour le moins douteuse »); Meijers, « How is international law made? – The stages of growth of international law and the use of its customary rules », p. 4 et 5 (« ceux qui agissent l'emportent sur ceux qui restent passifs [...] l'absence de protestation – l'absence d'objection publique à la formation de la nouvelle règle – suffit pour qu'une règle du droit coutumier se forme (de même que l'obligation correspondante de s'y conformer) ». Comme l'a écrit MacGibbon, « l'acquiescement [...] confère un élément de souplesse contrôlée bienvenu au processus de formation des règles du droit international coutumier » [MacGibbon, « Customary international law and acquiescence », p. 145 (où l'auteur donne toutefois un avis particulier sur le lien entre *opinio juris* et acquiescement)].

⁴⁵ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, à la page 305, par. 130. En l'espèce, l'inaction comme forme d'assentiment découle des notions d'acquiescement et d'estoppel en droit international, normalement applicables dans un cadre bilatéral ; le rapprochement n'est pas forcément exact mais peut néanmoins être utile. Voir également MacGibbon, « The scope of acquiescence in international law », p. 145 (« La fonction de l'acquiescement peut être assimilée à celle du consentement, décrite par le professeur Smith comme « le processus législatif du droit international » ; il s'agit d'une procédure permettant d'apposer le sceau de la légalité sur des règles qui étaient en formation ou des droits qui étaient en voie de consolidation [...] son intérêt tient principalement au fait qu'il constitue une forme de reconnaissance de la légalité et de condamnation de l'illégalité et fournit un critère à la fois objectif et concret »); Marques Antunes, « Acquiescence », par. 2 (« En droit international, le terme "acquiescement" – du latin *quiescere* (garder le silence) – dénote un consentement. Il désigne le consentement qu'un État exprime tacitement, unilatéralement, en gardant le silence ou en demeurant passif face à la conduite d'un autre État dans des circonstances qui appelleraient une réaction exprimant un désaccord ou une objection. L'acquiescement est donc un consentement déduit d'un silence ou d'une inaction juridiquement pertinents »).

22. Le refus ou le défaut d'agir, y compris l'incapacité d'agir ou l'absence d'intérêt direct⁴⁶, pouvant avoir diverses raisons, toute inaction n'aura pas forcément valeur d'assentiment : seul le « silence qualifié⁴⁷ », détaillé dans les paragraphes qui suivent, peut être considéré comme un assentiment donné à la pratique considérée⁴⁸. L'interprétation de l'inaction devrait de façon générale être relative et tenir compte (de l'enchaînement) des faits et de la relation unissant les États concernés⁴⁹.

23. Premièrement, l'inaction pourrait permettre d'établir l'assentiment uniquement si la pratique considérée appelle une réaction. Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire *Malaisie/Singapour*, « [l']absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement. [...] Autrement dit, un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse⁵⁰ ». Cela suppose que la pratique

⁴⁶ De même, M. Kriangsak Kittichaisaree a déclaré que le fait de ne pas protester contre des violations interétatiques pouvait avoir de nombreuses explications plausibles autres que le fait d'être convaincu de la licéité de l'action, et M^{me} Jacobsson a souligné que l'inaction pouvait constituer une preuve de l'acceptation de la pratique comme étant le droit, mais que l'inverse pouvait aussi être vrai : l'inaction pouvait être interprétée autrement que comme une forme d'acceptation (voir *Annuaire... 2014*, vol. I, 3225^e et 3226^e séances, 17 juillet 2014, respectivement; voir également leurs interventions le même jour). Voir également Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 25 (« Le silence peut dénoter un accord tacite ou un simple manque d'intérêt pour la question »); Shaw, *International Law*, p. 57 (« En elle-même, l'inaction d'un État est, tout autant que ses actes, une preuve de sa position. Elle rend pareillement compte de la manière dont il envisage son environnement [...] L'inaction peut découler soit d'une obligation juridique de ne pas agir, soit d'une incapacité ou d'un refus d'agir eu égard aux circonstances particulières »). Voir *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 *supra*), p. 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 conjecturables mais les faits demeurent »).

⁴⁷ Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 39.

⁴⁸ Voir également MacGibbon, « The scope of acquiescence in international law », p. 183 (« Pour en exclure l'application dans les situations où elle n'est pas justifiée et en assurer l'acceptation lorsqu'elle l'est, la doctrine [de l'acquiescement] s'accompagne des garanties nécessaires »).

⁴⁹ Marques Antunes, « Acquiescence », par. 19. Voir également Brownlie, « Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom », p. 315 (« Une minorité d'auteurs ont affirmé que le fait pour le Conseil de sécurité de ne pas condamner telle ou telle action d'un État valait approbation de cette action. Cette position est beaucoup trop simpliste. Tout dépend du contexte et du contenu précis des comptes rendus des débats. Le fait que la conduite d'un État ne soit pas expressément censurée peut avoir des causes procédurales et politiques diverses sans lien aucun avec la question de la licéité »).

⁵⁰ *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 12, aux pages 50 et 51, par. 121 (sur le plan de l'établissement de la souveraineté). Selon M^{me} Escobar Hernández, l'inaction « doit être appréciée à la lumière des circonstances et en particulier au regard de la question de savoir si l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'État agisse » (*Annuaire... 2014*, vol. I, 3226^e séance, 17 juillet 2014; voir également son intervention le même jour). Voir également *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 *supra*), p. 130, par. 31 (opinion individuelle de M. Foad Ammouh); Bos, « The identification of custom in international law », p. 37 (« il convient de souligner que, parfois, le silence peut ne pas dénoter un acquiescement : on ne saurait en effet considérer que les États ont l'obligation permanente de protester contre tout ce qui ne leur plaît pas. Pour que le silence ait des conséquences juridiques, de bonnes raisons doivent attester qu'une réaction s'imposait »); MacGibbon, « The scope of acquiescence in international law », p. 143 (« L'acquiescement prend ainsi la forme du silence ou de l'absence de protestation dans des circonstances appelant généralement une

en question ait des conséquences pour les intérêts ou les droits de l'État qui s'abstient ou refuse d'agir⁵¹; par ailleurs, « s'agissant des relations qui touchent les intérêts de l'humanité toute entière, il semble que l'intérêt général de tous les États suffise pour faire présumer que l'absence de protestation vaut acquiescement⁵² ».

24. Deuxièmement, l'État sur l'inaction duquel on cherche à s'appuyer pour déterminer si une règle de droit international coutumier s'est formée doit avoir eu connaissance de la pratique en question ou les circonstances doivent avoir été telles qu'il est présumé avoir eu cette connaissance⁵³.

réaction positive dénotant une objection »). Il convient de rappeler que le paragraphe 2 du projet de conclusion 9 du projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adopté à titre provisoire par la Commission en 2014 dispose que « [l]e silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction » [*Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), par. 75 et 76].

⁵¹ Voir également l'intervention de la Grèce lors du débat tenu en 2014 à la Sixième Commission sur les travaux de la Commission du droit international [« C'est l'inaction délibérée d'un État intéressé à l'égard de la pratique en question, souvent considérée en relation avec un acte, une proposition ou une déclaration d'un autre État appelant une réaction, qui peut être pertinente, et pas n'importe quelle forme d'inaction », *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 29]; *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 *supra*), p. 229, opinion dissidente de M. Lachs (« [États qui] ont acquiescé [à une pratique] lorsqu'ils se sont trouvés placés devant des actes législatifs d'autres États dont les effets les concernaient »); Tunkin, *Theory of International Law*, p. 139 (« Certes, tout silence ne peut être considéré comme valant consentement. En particulier, lorsque la formation d'une norme coutumière ne touche pas les intérêts d'un État à un moment donné, le silence de cet État ne peut être considéré comme la reconnaissance tacite de cette norme. Mais lorsqu'une règle en formation touche les intérêts de tel ou tel État, l'absence d'objection à l'issue d'un laps de temps suffisant peut, en règle générale, être considérée comme la reconnaissance tacite de cette norme »); Akehurst, « Custom as a source of international law », p. 40 (« L'absence de protestation contre une affirmation *in abstracto* concernant la teneur du droit coutumier revêt moins d'importance que l'absence de protestation contre un acte concret accompli par un État dans une affaire donnée et qui affecte directement les intérêts d'un autre État »); Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 108 (« En droit international positif, l'absence de protestation vaut acquiescement uniquement si la pratique en cause affecte les intérêts et les droits de l'État demeuré passif [...] Déterminer si [cette] condition est remplie implique généralement une évaluation des caractéristiques précises de la pratique en question compte tenu, en particulier, du domaine dans lequel la réglementation intervient et de la matière sur laquelle elle porte. En règle générale, les intérêts non seulement directs mais également indirects peuvent être pris en considération »); Skubiszewski, « Elements of custom and the Hague court », p. 846 (« La simple tolérance d'une pratique, c'est-à-dire l'absence de protestation associée à l'absence de consentement ou d'acquiescement exprès, est suffisante lorsque les prétentions de ceux qui suivent la pratique en cause n'imposent pas d'obligations à ceux qui ne la suivent pas [...] Mais lorsque le droit revendiqué dans l'exercice de la pratique emporte une obligation correspondante, l'attitude de ceux qui ne suivent pas cette pratique doit – pour contribuer à la formation de la coutume – avoir un caractère plus explicite. Elle doit prendre la forme d'un consentement exprès ou d'un acquiescement sans équivoque »).

⁵² Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 108.

⁵³ Voir également *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 138 et 139; Shaw, *International Law*, p. 58 (« l'acquiescement doit reposer sur la pleine connaissance de la règle [alléguée]. Lorsque l'inaction est d'une manière ou d'une autre liée ou associée à la méconnaissance de toutes les circonstances pertinentes ou motivée par celle-ci, elle ne peut être interprétée comme un acquiescement »); Charney, « Universal international law », p. 536 et 537 (« l'acceptation peut être établie par l'acquiescement. Souvent, l'acquiescement d'un État n'équivaut pas à un consentement informé et volontaire. Pour que l'acquiescement acquière cette qualité, l'État

25. Troisièmement, et relativement à l'exigence de connaissance de la pratique en question, il faut que l'inaction ait duré suffisamment longtemps⁵⁴.

concerné doit avoir connaissance de l'objet du consentement et savoir que l'absence d'objection vaudra acceptation. Ainsi, l'acquiescement, pour créer des obligations, doit traduire un consentement effectif, quoiqu'exprimé par l'inaction et non par un acte»; Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 39 («les actes ou déclarations d'un État dont on ne pouvait attendre des autres États qu'ils en aient connaissance ont très peu de poids, et aucune conclusion ne peut être tirée de l'absence de protestation contre de tels actes ou déclarations»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 39 [«Bien entendu, la passivité ne peut être assimilée à un silence qualifié que si l'État concerné a connaissance de la pratique des autres États et de la règle coutumière (en formation)»]. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, le Canada a déclaré que «[l']essence du principe de l'acquiescement est la connaissance qu'un État avait (ou aurait dû avoir) de la conduite ou des prétentions juridiques de l'autre État concerné et le fait qu'il n'a pas protesté contre cette conduite ou ces prétentions juridiques [...]. Cette connaissance, associée au silence, est considérée comme une acceptation tacite» (*C.I.J. Mémoires*, vol. V, p. 81 et 82). Selon Arangio-Ruiz, «[d]e nos jours en particulier, les actes ou omissions des États sont connus dans le monde entier à la vitesse de l'éclair» (Arangio-Ruiz, «Customary law: a few more thoughts about the theory of "spontaneous" international custom», p. 100).

⁵⁴ Voir également *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (note 45 *supra*), p. 310 et 311, par. 151 («trop courte pour avoir pu produire un tel effet juridique»); *Affaire des pêcheries* (note précédente), p. 138 («La tolérance générale des

26. Le Rapporteur spécial propose que le paragraphe 3 du projet de conclusion 11, formulé dans son deuxième rapport (et que le Comité de rédaction n'a pas encore examiné), soit ainsi libellé :

«*Projet de conclusion 11. Preuve de l'acceptation comme étant le droit*

«[...]

«3. L'inaction peut également valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit, à condition que les circonstances appellent une réaction.»

États étrangers à l'égard de la pratique norvégienne est un fait incontesté. Durant une période de plus de soixante ans, le Gouvernement du Royaume-Uni lui-même n'a élevé aucune contestation à ce sujet»; Meijers, «How is international law made?», p. 23 et 24 («tous les États susceptibles d'être liés par leur inaction doivent disposer du temps nécessaire pour, en s'opposant à la règle en cause, éviter d'être considérés comme l'ayant implicitement acceptée»); Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, p. 94 («La simple tolérance n'équivaut pas à l'acceptation de la pratique comme étant le droit [...]. Cela a des implications pour la doctrine de l'acquiescement : en la matière, la charge de la preuve est très lourde, et présuppose une passivité consciente pendant une longue période accompagnée de la conscience d'une modification du droit»); Sinclair, «Estoppel and Acquiescence», p. 120 («la Cour a fait preuve de sagesse et de retenue en exigeant effectivement que, pour valoir acquiescement, la conduite en cause ait duré un certain temps»).

CHAPITRE III

Le rôle des traités et des résolutions

27. L'importance pratique, pour la formation et l'identification du droit international coutumier, des traités et de la pratique conventionnelle (en particulier multilatérale) ainsi que des résolutions des organisations et des conférences internationales est bien reconnue. À mesure que progressent l'organisation de l'ordre international et la codification du droit international, le droit international coutumier «se caractérise de plus en plus par sa stricte relation avec les textes écrits⁵⁵». Pour reprendre les mots

⁵⁵ Treves, «Customary international law», par. 2 (ajoutant au paragraphe 25 que «[l']intensification de la pratique au sein des organisations et conférences internationales, l'adoption de traités multilatéraux et l'existence et l'activité des juridictions internationales spécialisées ont contribué à l'accélération de la formation des règles coutumières dans ces domaines comme dans d'autres»). Voir également *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, à la page 291, opinion dissidente de M. Tanaka [«L'apparition d'organisations telles que la Société des Nations ou l'Organisation des Nations Unies, accompagnées de leurs diverses institutions spécialisées et affiliées, a eu l'effet de substituer pour une bonne part la méthode de la "diplomatie parlementaire" au système individualiste des négociations internationales traditionnelles (affaires du *Sud-Ouest africain*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 346), ce qui a nécessairement influé sur le mode de création du droit international coutumier»]; Charney, «The contemporary role of customary international law», p. 23 («Si le droit coutumier continue de se former de la manière traditionnelle, le processus a, ces dernières années, acquis un caractère de plus en plus structuré [...]. Les évolutions du droit international trouvent souvent leur origine ou un appui substantiel dans des propositions, rapports, résolutions, traités ou protocoles examinés dans ces instances [multilatérales]»); Barboza, «The customary rule: from chrysalis to butterfly», p. 14 («De nos jours, les règles coutumières sont généralement le produit de l'injection de textes dans le corpus des pratiques existantes»); Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 79 et 80 («L'apparition, dans le cadre des conférences et organisations internationales, de nouvelles formes de pratique étatique, constituées

du juge Tomka, «la prévalence croissante de l'expression des opinions juridiques sous des formes écrites précises – traités, travaux de codification, résolutions, etc. – a eu une incidence notable» sur les moyens d'établir l'existence du droit international coutumier⁵⁶.

d'affirmations et déclarations purement verbales, entraîne une "formalisation" croissante du processus d'élaboration du droit coutumier. Une telle pratique peut établir un large consensus qui définit dans ses grandes lignes la conduite attendue des États avant l'apparition d'une pratique effective, et elle influence de ce fait l'évolution ultérieure. Ce processus "de négociation" des modifications du droit coutumier rend plus manifestes les éléments de volonté consciente visant à créer ou modifier des obligations de droit coutumier»; Murphy, *Principles of International Law*, p. 98 («Une dynamique importante du droit international est la manière dont les traités influencent et développent le droit international coutumier»); Condorelli, «Customary international law», p. 151 [«De nos jours, la coutume internationale est de plus en plus considérée comme *consuetudo scripta*: l'on constate une large correspondance entre les normes coutumières générales et celles consignées dans les grandes conventions internationales de caractère (fondamentalement) universel»]; Corten, *Méthodologie du droit international public*, p. 161 à 178 («Les sources documentaires pertinentes en vue de l'établissement d'une règle coutumière»).

⁵⁶ Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 196 (où l'auteur analyse la méthode suivie par la Cour internationale de Justice pour déterminer le contenu des normes coutumières, et à la page 215 : «Le paysage du droit international a radicalement changé depuis que la coutume internationale a pour la première fois été définie comme une pratique générale acceptée comme étant le droit. En particulier, le contenu du droit international a de plus en plus été précisé en adoptant des instruments contraignants et non contraignants censés codifier les règles du droit international»). Voir également Gaja, «The protection of general interests in the international community: general course of public international law», p. 37 et 39 («Souvent, la Cour [internationale de Justice] s'appuie sur un texte revêtu d'une certaine autorité plutôt que sur

(Suite de la note page suivante.)

28. Ces textes écrits peuvent soit consacrer des règles coutumières préexistantes (codification de la *lex lata*), soit tendre à préciser ou à développer le droit (développement progressif), soit encore formuler des règles nouvelles. Souvent, il est donc nécessaire « non pas de préciser telle règle de droit, mais de rechercher si une règle clairement exprimée adoptée dans un instrument [écrit] correspond en fait au droit coutumier⁵⁷ ».

29. Il convient d'être prudent lorsqu'on cherche à constater l'existence de règles de droit international coutumier à partir de textes écrits tels que les traités et les résolutions⁵⁸. Comme nous le verrons plus loin, toutes les circonstances doivent être prises en considération et appréciées.

30. Dans les développements qui suivent seront analysées deux formes de textes écrits adoptés par les États auxquels il est souvent fait appel pour constater l'existence d'une règle de droit international coutumier. Des considérations similaires peuvent être formulées pour d'autres documents écrits, comme ceux produits par la Commission, en particulier lorsque les États y ont également donné suite.

A. Traités

31. Le texte du paragraphe 2 du projet de conclusion 6 [7], qui a été adopté provisoirement par le Comité de rédaction en 2014, mentionne, parmi les diverses

(Suite de la note 56.)

l'analyse approfondie de la position des États. [...] Dans de nombreux cas, le texte en question est une convention de codification, même si elle n'est pas applicable au différend en cause en tant que traité. [...] Dans plusieurs décisions, la Cour a considéré, pour déterminer l'existence d'une règle coutumière, qu'une déclaration de l'Assemblée générale ou d'une conférence internationale faisait autorité».

⁵⁷ Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 205 (où l'auteur évoque les conventions de codification).

⁵⁸ Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 97 et 98, par. 184 («La Cour ne saurait considérer des règles comme faisant partie du droit international coutumier et applicables en tant que telles à des États simplement parce que ceux-ci affirment les reconnaître. La Cour, 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. [...] [D]ans 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»); Sinclair, «The impact of the unratified codification convention», p. 220 («des considérations complexes [...] interviennent s'agissant de déterminer si, et dans l'affirmative dans quelle mesure, une nouvelle règle énoncée dans une convention de codification peut être considérée comme exprimant une norme du droit coutumier existante ou en formation. Cette nouvelle règle doit être analysée dans son contexte et compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été adoptée. Elle doit également être envisagée à la lumière de ce qui peut être une pratique étatique évoluant rapidement dans le même sens qu'elle»); Schachter, «Entangled treaty and custom», p. 730 et 731 («la prudence est de rigueur s'agissant des règles conventionnelles. Divers facteurs doivent être pris en compte dans l'évaluation des preuves de l'*opinio juris*. Dans de nombreux cas, le compte rendu de débats, les avis d'experts et une analyse attentive des règles en question permettent d'établir l'existence de la conviction générale que ces règles font partie du droit coutumier et lient tous les États. Une mise en garde s'impose : on ne saurait conclure à l'existence d'une *opinio juris* générale sur la base de la seule majorité numérique des opinions en ce sens. Il est essentiel que ces opinions comprennent celle des États spécialement intéressés et de ceux qui ont la capacité et la volonté de donner effet à leur conviction concernant l'obligation juridique en question»).

formes que peut prendre la pratique des États, les «actes résultant des traités⁵⁹». Le projet de conclusion 11 proposé dans le deuxième rapport (qui n'a pas encore été examiné par le Comité de rédaction) cite la «pratique conventionnelle» parmi les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit⁶⁰. Lors des débats tenus à la Commission et à la Sixième Commission en 2014, il a été proposé que le rôle des traités soit examiné plus avant dans le troisième rapport. Si l'interaction entre les traités et la coutume internationale soulève un certain nombre de questions importantes, le Rapporteur spécial s'intéresse ici au rapport que les traités et la pratique conventionnelle ont avec la formation et l'identification du droit international coutumier.

32. Comme il a été rappelé dans le mémorandum du Secrétariat, l'intérêt des traités pour l'identification du droit international coutumier a été examiné en différentes occasions par la Commission⁶¹. Ainsi, en 1950 déjà, dans son rapport à l'Assemblée générale, cette dernière déclarait ceci :

Un principe ou une règle de droit international coutumier peut se trouver incorporé dans un accord bilatéral ou multilatéral et acquérir ainsi, dans les limites stipulées, la force obligatoire d'une convention à l'égard des États parties à l'accord, aussi longtemps que celui-ci reste en vigueur, tout en continuant à jouer à l'égard des autres États comme principe ou règle obligatoires de droit international coutumier. En fait, il n'est pas rare que, pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, on s'appuie sur la formulation conventionnelle par certains États d'une pratique également suivie par d'autres États. Et même des conventions multilatérales qui ont été signées, mais qui n'ont pas été mises en vigueur, sont souvent considérées comme ayant une certaine valeur comme preuve du droit international coutumier. En conséquence, dans le cas présent, la Commission juge bon de tenir un certain compte de la documentation existant en matière de droit international lorsqu'elle procédera à l'examen des moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier⁶².

33. Sans constituer en soi des règles de droit international coutumier⁶³, les dispositions des traités, en tant qu'«expression explicite de la volonté des États⁶⁴»,

⁵⁹ Rapport intermédiaire du Président du Comité de rédaction, 7 août 2014, annexe (voir *supra* la note 10); voir également *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 41 h.

⁶⁰ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 76 f.

⁶¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, p. 167, par. 23 (note 53), et p. 170, par. 29 (note 82).

⁶² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 4, par. 29.

⁶³ Voir également Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 236 («l'appui à une règle conventionnelle, aussi universelle soit-elle, ne peut en lui-même créer un droit "instantané". De tels traités [normatifs] ne créeront un nouveau droit que s'ils sont étayés, pendant un certain temps, par une pratique étatique constante et représentative. Cette pratique peut le cas échéant consister principalement en un acquiescement ou en l'absence de pratique divergente»); Bernhard, «Custom and treaty in the law of the sea», p. 272 («Je pense que l'on peut dire au moins une chose sans crainte de se tromper : si seule la règle conventionnelle existe et si elle n'est étayée par aucune preuve, elle ne suffit pas à la formation d'une norme coutumière. Des dispositions conventionnelles ne peuvent être considérées comme exprimant des normes coutumières que s'il existe d'autres éléments de pratique étatique accompagnés de l'*opinio juris*»); Schachter, «Entangled treaty and custom», p. 723 («La conclusion selon laquelle, pour la seule raison qu'un traité est conclu ou entre en vigueur, ses dispositions font partie du droit coutumier ne trouve certainement aucun appui dans la jurisprudence ou la doctrine»).

⁶⁴ Shihata, «The treaty as a law-declaring and custom-making instrument», p. 73.

peuvent apporter une preuve précieuse de l'existence (ou non) et du contenu de ces règles⁶⁵. En particulier, elles peuvent contenir des formulations relativement précises de règles coutumières possibles et traduisent les vues des États quant à leur nature (à tout le moins à la date où le traité en question est conclu)⁶⁶. Dès lors, les traités

⁶⁵ Voir Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, *Kaing Guek Eav alias Duch*, affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, Chambre de la Cour suprême, arrêt, 3 février 2012, par. 94 (« Il convient de reconnaître que le droit des traités et le droit international coutumier s'étayent et se complètent souvent mutuellement. Un traité peut ainsi servir à prouver l'existence d'une règle coutumière, soit en ce qu'il exprime la conviction des États parties que la règle existe, soit en ce qu'il reproduit le droit international coutumier applicable tel qu'il était déjà formé au moment de l'adoption du traité »); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 132 [« les textes conventionnels peuvent – mais ce n'est pas toujours le cas – offrir des preuves d'une règle coutumière. Comme les codes et les résolutions, ces textes ne font que refléter ou déclarer, mais (en raison de l'indépendance des sources) ils ne constituent pas effectivement la règle coutumière en cause; l'existence de celle-ci dépend d'autres conditions, à savoir la pratique étatique et l'*opinio juris*, et elle n'a pas besoin d'un fondement contractuel pour avoir force obligatoire »]; Shihata, « The treaty as a law-declaring and custom-making instrument », p. 89 (« En fait, tout traité possède une certaine force probante qui transcende ses limites contractuelles. Cette force varie d'un traité à l'autre, mais pas au point de priver le traité de toute force probante ou d'en faire en soi une preuve concluante »); Charney, « International agreements and the development of customary international law », p. 990 (« Les conférences organisées pour négocier un accord international permettent aux États de faire connaître leurs vues afin de produire des règles de droit. Les accords conclus dans le cadre de telles instances changent effectivement l'idée que les nations se font de leurs droits et leurs obligations. Si ce processus n'influçait pas l'évolution du droit coutumier, certaines règles de droit risqueraient d'être figées dans le temps et de ne pas rendre compte des avancées réalisées dans le cadre des négociations internationales. L'écart susceptible d'apparaître entre droit coutumier et droit conventionnel risquerait ainsi de compliquer les relations interétatiques »); Lukashuk, « Customary norms in contemporary international law », p. 499 (« Le contenu des traités multilatéraux et bilatéraux représente la preuve la plus claire et la plus concluante de la pratique juridique »); Weisburd, « Customary international law: the problem of treaties », p. 5 (« Les traités, comme les lois, sont des instruments juridiques, plus ou moins précisément libellés et faciles d'accès. Plus le poids qui leur est accordé dans la détermination de règles du droit coutumier est important, plus cette détermination est facile »); Baxter, « Multilateral treaties as evidence of customary international law », p. 278 (« un traité auquel un nombre substantiel d'États sont parties doit être considéré comme une preuve du droit extrêmement concluante. Certes, comme il est vrai de toute règle tirée de la pratique étatique d'un certain nombre de nations, la règle en question sera plus ou moins forte selon qu'il existe ou non une pratique d'autres États en conflit avec elle »); Wolfke, « Treaties and custom: aspects of interrelation », p. 36 (« l'établissement des règles coutumières internationales est une tâche ardue dans laquelle les traités jouent un rôle très important »); « [l]e rôle des traités en tant que preuve est étroitement lié à leur rôle dans le processus de formation de la coutume »).

⁶⁶ Voir également Baxter, « Multilateral treaties as evidence of customary international law », p. 278 et 297 (« comme le traité parle d'une seule voix, il constitue une preuve beaucoup plus claire et directe de l'état du droit que les éléments de preuve contradictoires, ambigus et étalés dans le temps susceptibles d'être réunis en examinant la pratique de chacun des États [signataires] [...] une structure de droit conventionnel est plus persuasive et revêt davantage d'autorité qu'une structure composée des éléments divers et hétéroclytes de la pratique étatique »); Schachter, « Entangled treaty and custom », p. 721 et 722 (« L'accessibilité du traité – le droit écrit qu'il représente – est un facteur pratique important »); Kirchner, « Thoughts about a methodology of customary international law », p. 231 (« En tout état de cause, les traités fournissent des éléments permettant de libeller une règle éventuelle. Ils facilitent l'élaboration par la Cour [internationale de Justice] du libellé des règles coutumières en cause. Est ainsi évitée à la Cour la tâche laborieuse qui consisterait à énoncer des règles générales à partir d'une séquence d'actes individuels. La Cour peut en effet comparer la pratique des États au contenu d'une règle déjà libellée »).

peuvent permettre un examen préliminaire de la question de savoir « si l'existence d'une règle coutumière applicable à l'espèce a déjà été déterminée avant qu'il soit nécessaire d'examiner *de novo* la preuve principale de la coutume⁶⁷ »; la Cour internationale de Justice a de fait déclaré qu'« elle [pouvai]t et [devai]t en prendre en considération le contenu dans le cadre de l'identification du droit international coutumier⁶⁸ ».

34. Le texte des traités à lui seul ne suffit pas à prouver l'existence ou le contenu d'une règle de droit international coutumier : quel que soit le rôle que joue le traité par rapport à la coutume internationale (voir *infra*), il faut également, pour que l'existence dans le droit international coutumier d'une règle inscrite dans un texte écrit soit établie, que la règle trouve un appui dans des manifestations extérieures de la pratique associées à l'acceptation comme étant le droit⁶⁹. Selon les termes de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*,

[i] est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États, même si les conventions multilatérales peuvent

⁶⁷ Tomka, « Custom and the International Court of Justice », p. 201 (ajoutant, p. 206, que, « en présence d'une codification, la Cour ne s'emploie plus à énoncer une règle à partir d'exemples de la pratique par un travail de déduction pure mais examine si les exemples tirés de la pratique étayent la règle écrite »).

⁶⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 18), p. 97, par. 183 (après être arrivée à la conclusion que les traités en question et le droit international coutumier se recouvraient largement, la Cour a déclaré qu'elle « ne [devai]t pas perdre de vue la Charte des Nations Unies ni celle de l'Organisation des États américains, en dépit de l'entrée en jeu de la réserve relative aux traités multilatéraux. [...] [qu'elle] [pouvai]t et [devai]t en prendre en considération le contenu dans le cadre de l'identification du droit international coutumier »). Voir également *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 13, à la page 30, par. 27 (« Il est [...] indéniable que, ayant été adoptée par l'écrasante majorité des États, la [Convention des Nations Unies sur le droit de la mer] revêt une importance majeure, de sorte que, même si les Parties ne l'invoquent pas, il incombe manifestement à la Cour d'examiner jusqu'à quel point l'une quelconque de ses dispositions pertinentes lie les Parties en tant que règle de droit international coutumier »).

⁶⁹ Voir également *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 *supra*), p. 104, par. 4, opinion individuelle de M. Fouad Ammoun (« La preuve de la formation de la coutume ne se déduit pas des énonciations d'un texte conventionnel. C'est dans la pratique des États qu'il faut la rechercher »); *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 conventionnel, dont l'application est limitée aux parties à la convention, peut se transformer dans certains cas appropriés en droit coutumier. En revanche, il se peut que même un traité [...] largement accepté ne crée pas ou n'établisse pas un état du droit international coutumier »); Shihata, « The treaty as a law-declaring and custom-making instrument », p. 90 (« en soi, un traité qui n'est pas étayé par une pratique antérieure et son entrée en vigueur ne peuvent créer une règle générale ni en prouver l'existence, même s'ils peuvent marquer la première étape de la formation d'une telle règle »); Charney, « International agreements and the development of customary international law », p. 996 (« de telles négociations [dans le cadre d'une conférence internationale ou de l'élaboration d'accords internationaux] fournissent d'utiles éléments de preuve de l'existence de nouvelles règles de droit international [...] [mais] ils doivent être replacés avec soin dans le contexte de la pratique des États et de l'*opinio juris* »); Weisburd, « Customary international law: the problem of treaties », p. 6 (« les traités sont simplement l'une des formes de la pratique des États et [...] on ne peut répondre aux questions qui se posent quant au contenu du droit international coutumier en se contentant d'en analyser le libellé »).

avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant⁷⁰.

35. On distingue au moins trois moyens par lesquels une disposition conventionnelle peut refléter ou être amenée à refléter une règle de droit international coutumier⁷¹, c'est-à-dire aider à déterminer l'existence et le contenu de la règle. La disposition peut : a) codifier une règle qui existe à la date de la conclusion du traité ; b) aboutir à la cristallisation d'une règle en voie de formation ; c) donner naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit, faisant ainsi apparaître une nouvelle règle de droit international coutumier. S'il est utile de les distinguer les uns des autres, il faut préciser que ces trois processus peuvent parfois se confondre.

36. Premièrement, le traité peut codifier une règle coutumière préexistante⁷². Dans ce cas, il est « dans ses origines [ou] dans ses prémices⁷³ » déclaratoire de ladite règle, autrement dit « les rédacteurs du traité identifient les règles de droit international coutumier existant au début

⁷⁰ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (voir *supra* la note 68), p. 29 et 30, par. 27. Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 98, par. 184 (« Lorsque deux États conviennent d'incorporer dans un traité une règle particulière, leur accord suffit pour qu'elle fasse loi entre eux ; mais dans le domaine du droit international coutumier il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique ») ; Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 234 (« un traité ne "fait" pas le droit coutumier, mais [...] il peut à la fois codifier le droit existant et contribuer au processus par lequel de nouvelles règles coutumières sont créées et se développent »).

⁷¹ Le caractère de codification ou de développement du droit international coutumier d'une disposition conventionnelle peut bien évidemment varier en fonction du moment où on l'apprécie.

⁷² Les articles 4, 38 et 43 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) confirment qu'il peut y avoir coexistence de règles conventionnelles et de règles coutumières. Voir également *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 3, à la page 47, par. 88 (« Lorsqu'un traité énonce une obligation qui existe également en droit international coutumier, l'obligation résultant du traité et celle du droit coutumier demeurent distinctes ») ; *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 424, par. 73 (« Le fait que [les principes de droit international coutumier et général,] reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions ») ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 94 à 96 ; *ibid.*, p. 207 (opinion individuelle de M. Ni) ; et *ibid.*, p. 302 et 303 (opinion dissidente de M. Schwebel) ; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3, à la page 24, par. 45, et aux pages 30 et 31, par. 62 ; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (note 40 *supra*), p. 220, opinion dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau ; *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 38, à la page 135, opinion individuelle de M. Shahabuddeen ; Weisburd, « Customary international law: the problem of treaties », p. 19 et 20. Pour les diverses opinions relatives à l'effet des traités de codification sur les règles coutumières qu'ils visent à consacrer, voir Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 151 à 153.

⁷³ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 18), p. 45, par. 81 ; voir également p. 242, opinion dissidente de M. Sørensen (« Certaines dispositions conventionnelles ne font qu'énoncer des règles de droit international qui ont déjà été généralement acceptées dans le cadre du droit international coutumier ; il est indéniable que les règles qui s'y trouvent consacrées sont applicables à tous les États, qu'ils soient ou non parties au traité »).

de l'élaboration du traité de codification et les expriment sous forme de *jus scriptum*⁷⁴ ». Ainsi, par exemple, dans le préambule de la Convention sur la haute mer, les États parties déclarent être désireux de « codifier les règles du droit international relatives à la haute mer » et reconnaître que les dispositions qui y sont énoncées « sont pour l'essentiel déclaratoires de principes établis du droit international ». De leur côté, les rédacteurs de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, tout en considérant dans le préambule que « les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens procèdent d'un principe généralement accepté du droit international coutumier », se déclarent convaincus qu'une convention internationale « contribuerait à la codification et au développement [progressif] du droit international et à l'harmonisation des pratiques dans ce domaine ». Dans d'autres cas, la notion de codification peut également être présente implicitement dans le texte⁷⁵.

37. Cependant, les traités qui visent à codifier des règles de droit international coutumier « ne se vérifient pas par eux-mêmes sur ce point⁷⁶ ». Les « conventions de codi-

⁷⁴ Dinstein, « The interaction between customary international law and treaties », p. 357. Comme l'explique Baxter, « [u]n traité déclaratoire est facilement identifiable comme tel parce qu'il contient, normalement dans son préambule, une disposition expresse à cet effet, mais son caractère peut également être déterminé à partir de ses travaux préparatoires » (« Treaties and Custom », p. 56). Voir également Wolfke, « Treaties and custom: aspects of interrelation », p. 36 (« si un traité contient une disposition reconnaissant expressément, voire indirectement, une règle coutumière préexistante, cette reconnaissance constitue une preuve supplémentaire de l'existence de la règle coutumière en question »). Comme Weisburd l'explique bien, « même lorsque ce type de disposition [indiquant que le traité est déclaratoire de la coutume] est une représentation inexacte de l'état du droit à la date à laquelle le traité est conclu, il constitue une reconnaissance explicite par les parties au traité du fait qu'elles seraient juridiquement liées par les règles qu'il énonce même s'il n'existait pas » (« Customary international law: the problem of treaties », p. 23).

⁷⁵ Tel est notamment le cas de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, dans laquelle les Parties « confirment » que le génocide est un crime du droit des gens (voir également *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, à la page 23).

⁷⁶ Gamble, « The treaty/custom dichotomy: an overview », p. 310. Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 97 et 98, par. 184 (« La Cour ne saurait considérer des règles comme faisant partie du droit international coutumier et applicables en tant que telles à des États simplement parce que ceux-ci affirment les reconnaître. La Cour, 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. [...] [D]ans 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 ») ; Murphy, *Principles of International Law*, p. 99 (« en l'absence de preuve contraire, on peut légitimement faire valoir qu'un nouveau traité ne codifie pas une règle existante du droit international coutumier puisque, si tel était le cas, il n'aurait pas de raison d'être ») ; Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 154 (« il convient de souligner que les conventions de codification, même celles indiquant expressément qu'elles reflètent des règles existantes du droit coutumier, ne peuvent jamais être considérées comme des preuves concluantes de l'existence desdites règles ») ; Guzman, « Saving customary international law », p. 162 (« l'une des principales fonctions des traités est d'établir de nouvelles obligations à la charge des États – des obligations qui n'existent pas en droit international coutumier. Il est donc difficile, lorsqu'une pratique repose sur des obligations conventionnelles, de savoir si elle reflète l'*opinio juris* ») ; Sohn, « Unratified treaties as a source of customary international law », p. 237 (« un traité peut représenter non le droit en vigueur mais une dérogation à ce droit entre les États qui y sont parties »).

fiction» peuvent contenir (et contiennent souvent) des dispositions qui développent le droit⁷⁷ ou constituent des accords particuliers convenus par les parties aux négociations, et même une simple disposition peut n'être qu'une partie déclaratoire de droit international coutumier⁷⁸. Il peut également arriver que l'affirmation du caractère coutumier d'une règle dans un texte conventionnel soit incorrecte ou que le droit international coutumier ait évolué depuis la conclusion du traité⁷⁹. Aussi convient-il, dans chaque cas, de rechercher si la disposition en question, d'une part, avait bien vocation à codifier la coutume et, d'autre part, reflète le droit international coutumier existant. Autrement dit, il faut vérifier que «l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique⁸⁰». Ce faisant, il importe de tenir compte des déclarations et du comportement des États: «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»⁸¹. Les travaux préparatoires liés à la disposition en question peuvent indiquer si et dans quelle mesure les parties au traité considéraient que la disposition était déclaratoire du droit international existant⁸²; les déclarations faites ultérieurement à la conclusion du traité peuvent également présenter un intérêt⁸³. Il peut être particulièrement important d'examiner la pratique extraconventionnelle, à savoir celle des États non parties et celle des États parties envers les États non parties.

⁷⁷ Ainsi, par exemple, le préambule de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer mentionne «la codification et le développement progressif du droit de la mer réalisés dans la Convention».

⁷⁸ Voir également Pocar, «To what extent is Protocol I customary international law?», p. 339 («comme le processus de codification requiert nécessairement une évaluation de la règle coutumière ou du principe concerné ainsi qu'une définition écrite de cette règle ou de ce principe, la disposition écrite qui en résulte peut être considérée comme affectant le champ d'application et le contenu. En conséquence, toute précision ou tout nouvel élément susceptible d'avoir été ajouté – comme c'est normalement le cas – par la disposition conventionnelle au principe du droit coutumier qu'elle codifie doit être analysé avec soin pour établir s'il en est venu à être accepté comme généralement applicable. Il convient toutefois d'opérer une distinction entre l'ajout de nouveaux éléments à un principe coutumier par une disposition conventionnelle et les précisions découlant par implication logique du principe coutumier général accepté»).

⁷⁹ Voir également Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation», p. 35 («un traité peut au mieux être, comme l'image d'une personne vivante, la réplique approximative d'une pratique vivante»).

⁸⁰ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 18), p. 98, par. 184.

⁸¹ Baxter, «Treaties and Custom», p. 43.

⁸² Voir, par exemple, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (note 40 *supra*), p. 47, par. 94 («Les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant la cessation d'un traité violé (qui ont été adoptées sans opposition), peuvent, à bien des égards, être considérées comme une codification du droit coutumier existant dans ce domaine»). Le fait que la disposition en question ait suscité une forte opposition ou exigé des compromis importants lors des travaux préparatoires peut, par exemple, donner à penser que celle-ci ne reflétait pas une règle coutumière. Voir également *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 *supra*), p. 38, par. 62; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 131 et 132 [«si les travaux préparatoires révèlent des incohérences dans la pratique des États, ou si les États rejettent ou dénoncent la règle conventionnelle (déclaratoire), l'argument en faveur de l'existence de la règle coutumière s'en trouvera affaibli»].

⁸³ Voir Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 49 à 52.

38. Deuxièmement, le traité (ou, plus exactement peut-être, l'activité conventionnelle) peut cristalliser une règle de droit international coutumier en voie de formation. Cette situation se produit lorsque l'évolution du droit se poursuit «par la pratique des États dans la ligne des débats de la conférence et des accords auxquels on avait presque abouti [...] par l'effet de l'assentiment général apparu à cette conférence⁸⁴». Pour citer le juge Sørensen: «[U]n traité visant à créer un droit nouveau peut être fondé dans une certaine mesure sur la pratique des États et sur des opinions doctrinales non encore cristallisées en droit coutumier. Pareil traité peut partir non d'une table rase mais d'une règle coutumière *in statu nascendi*⁸⁵». Le traité peut alors être amené à refléter

⁸⁴ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 23, par. 52 («après cette conférence, l'évolution du droit s'est poursuivie par la pratique des États dans la ligne des débats de la conférence et des accords auxquels on avait presque abouti. Deux notions se sont cristallisées ces dernières années en droit coutumier par l'effet de l'assentiment général apparu à cette conférence»). Voir également *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 18, à la page 38, par. 24; et à la page 170, par. 23, opinion dissidente de M. Oda («Il est certes possible qu'avant même qu'un projet de traité multilatéral prenne effet et devienne obligatoire pour les États qui y sont parties conformément à sa clause finale, certaines de ses dispositions soient devenues des règles du droit international coutumier par l'effet de la pratique répétée des États intéressés»); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (note 40 *supra*), p. 305, opinion individuelle de M. Ammoun («Les conventions n'ayant pas en vue la codification de règles existantes peuvent néanmoins constituer des éléments d'une coutume internationale naissante»); Sohn, «Unratified treaties as a source of customary international law», p. 245 et 246 («La Cour tient ainsi compte non seulement des textes codifiant une règle coutumière préexistante mais également des textes cristallisant une "règle du droit international en train de se faire jour". Il suffit à cette fin que la règle en question ait été adoptée par une conférence internationale par consensus ou [...] sans une seule opposition [...]. Une nouvelle règle est créée si elle est généralement acceptée par tous les États concernés [...]. Si la plupart des États, y compris presque tous les États particulièrement intéressés par l'application de la règle, agissent conformément à celle-ci, il est légitime de présumer que la règle adoptée lors de la conférence, même si l'accord n'a pas encore été ratifié, est devenue une règle reconnue du droit international coutumier»); Cassese, *Le droit international dans un monde divisé*, p. 165 («Il est intéressant dans la phase actuelle du développement de la communauté mondiale, d'observer que le droit international coutumier se façonne souvent en marge des conférences diplomatiques réunies pour codifier et développer progressivement le droit international»); Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 16 à 18; London Statement of Principles applicable to the formation of general customary international law (Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général), avec commentaires, adoptée à Londres le 29 juillet 2000 à la soixante-neuvième Conférence de l'Association de droit international dans sa résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), p. 760 [«si la pratique des États se développe parallèlement à l'élaboration du traité [...] elle pourra être influencée par celle-ci (et vice versa) de telle manière que la règle coutumière en train de se faire jour est effectivement consolidée et précisée. On peut dire la même chose du stade final – l'adoption d'une convention. De fait, plus le processus d'élaboration et de négociation dure longtemps, plus la pratique des États aura la possibilité de se cristalliser de cette manière»]; Hencckaerts, «Étude sur le droit international coutumier», p. 298 («Dans la pratique, la rédaction de normes conventionnelles contribue à formuler précisément l'opinion juridique de la communauté internationale et elle exerce une influence indéniable sur le comportement et les convictions juridiques ultérieurs des États»).

⁸⁵ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 18), p. 243, opinion dissidente de M. Sørensen (ajoutant à la page 244: «[U]ne convention adoptée grâce aux processus combinés de codification et de développement progressif du droit international peut fort

une règle de droit international coutumier qui était « *in statu nascendi* au début du travail de codification [...] : la coutume embryonnaire se cristallisera [non pas par le fait de l'élaboration du traité en soi mais] grâce aux réactions des gouvernements aux négociations et aux consultations menées pendant le travail d'élaboration⁸⁶ ». On en trouve un exemple important dans le développement de la notion de zone économique exclusive lors de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (1973-1982) et son acceptation par les États comme droit international coutumier avant même l'adoption de la Convention des Nations Unies en 1982 et son entrée en vigueur en 1994⁸⁷.

39. Troisièmement, nonobstant le « principe de droit international » selon lequel « les parties à un traité multilatéral, quels qu'en soient le nombre et l'importance, ne sauraient porter atteinte aux droits des autres États »⁸⁸, le traité peut également servir de base à la formation d'une nouvelle règle de droit international coutumier⁸⁹. Comme la Cour internationale de Justice l'a observé, le processus par lequel une règle d'origine conventionnelle s'intègre dans le droit international général « est du domaine des possibilités et [...] se présente de temps à autre : c'est même l'une

(Suite de la note 85.)

bien être ou devenir la preuve décisive de nouvelles règles de droit international généralement acceptées. Le fait que ladite convention ne vise pas simplement à être déclaratoire d'un droit coutumier préexistant a peu d'importance dans cette perspective. Elle peut servir de guide reconnu pour la pratique des États qui ont à résoudre les nouveaux problèmes juridiques en cause, et ses dispositions peuvent ainsi constituer le noyau autour duquel se cristallisera un nouvel ensemble de règles juridiques généralement reconnues ».

⁸⁶ Dinstein, « The interaction between customary law and treaties », p. 358 (« Dans une telle situation, avant que l'élaboration du traité ne commence, la coutume est née mais ne s'est pas encore épanouie. Les négociations et consultations en cours contribuent à une accélération de la pratique des États – si elle était décousue par le passé, elle se développe alors rapidement – et à l'avènement d'une *opinio juris* commune. Le traité énonce alors la coutume ainsi cristallisée en tant que droit positif [...]. Pour que la cristallisation réussisse, il faut qu'il devienne évident lors de la formulation d'un traité qu'une nouvelle règle du droit coutumier s'est formée »).

⁸⁷ Plateau continental (*Jamahiriya arabe libyenne/Malte*) [voir *supra* la note 68], p. 33, par. 34 (« Il est incontestable selon la Cour qu[e] [...] la pratique des États démontre que l'institution de la zone économique exclusive, où il est de règle que le titre soit déterminé par la distance, s'est intégrée au droit coutumier »). Sur le développement de la notion de la zone économique exclusive, voir, par exemple, Tanaka, *The International Law of the Sea*, p. 124 et 125.

⁸⁸ *Statut international du Sud-Ouest africain*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 128, à la page 165, opinion individuelle de M. J. E. Read. Voir également *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* [note 84 *supra*], p. 90, opinion individuelle de M. de Castro (« L'existence d'une tendance majoritaire, même l'acceptation dans une convention internationale, ne signifie pas que la convention a consacré ou cristallisé ladite règle en règle de droit coutumier »); Convention de Vienne de 1969, art. 34.

⁸⁹ L'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 s'intitule « Règles d'un traité devenant obligatoires pour des États tiers par la formation d'une coutume internationale » (le texte en est ainsi conçu : « Aucune disposition des articles 34 à 37 [qui portent sur les traités et les États tiers] ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle »). L'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) est rédigé en termes similaires : « Aucune disposition des articles 34 à 37 ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers ou une organisation tierce en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle. » Sur l'article 38 des Conventions de Vienne, voir Gaja, « Article 38 ».

des méthodes reconnues par lesquelles des règles nouvelles de droit international coutumier peuvent se former⁹⁰ ». Ce

⁹⁰ Plateau continental de la mer du Nord (voir *supra* la note 18), p. 41, par. 71; voir également *ibid.*, p. 96, opinion individuelle de M. Padilla Nervo (« Un traité ne crée pas de droits ou d'obligations à l'égard d'un État tiers sans le consentement de celui-ci, mais les règles énoncées dans un traité peuvent devenir obligatoires pour un État qui n'y est pas partie en tant que règles coutumières de droit international »); *ibid.*, p. 225, opinion dissidente de M. Lachs (« On reconnaît généralement que les dispositions d'instruments internationaux peuvent acquérir le statut de règles générales du droit international. Même des traités non ratifiés peuvent constituer le point de départ d'une pratique juridique. À plus forte raison des traités liant un grand nombre d'États sont-ils capables de produire cet effet, phénomène qui n'est pas inconnu dans les relations internationales »); et *ibid.*, p. 241, opinion dissidente de M. Sørensen (« Il est généralement reconnu que les règles énoncées dans un traité ou dans une convention peuvent obliger un État non contractant en tant que règles coutumières de droit international ou que règles généralement acceptées par ailleurs comme normes internationales juridiquement obligatoires »). Voir également 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. 107 à 109; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Zejnil Delalić et al.*, affaire n° IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, *Recueils judiciaires* 1998, p. 121 à 123, par. 301 à 306 (« Ce progrès [l'intégration d'une disposition conventionnelle dans le droit international coutumier] illustre bien la nature évolutive du droit international coutumier, qui est d'ailleurs sa force »); Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Le Procureur c. Morris Kallon et Brima Bazzy Kamara*, affaires n° SCSL-2004-15-AR72(E) et SCSL-2004-16-AR72(E), Chambre d'appel, décision relative à une contestation de compétence : amnistie de l'Accord de Lomé, 13 mars 2004, par. 82; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Duško Tadić alias «Dule»*, affaire n° IT-94-1, Chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, *Recueils judiciaires* 1994-1995, p. 464, par. 98 (« l'interaction entre ces deux catégories est telle que certaines règles du droit conventionnel se sont progressivement intégrées au droit coutumier »); Tribunal international du droit de la mer, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, *TIDM Recueil* 2011, p. 10, à la page 47, par. 135 (« La Chambre note que l'approche de précaution a été incorporée dans un nombre croissant de traités et autres instruments internationaux, dont beaucoup reflètent la formulation du Principe 15 de la Déclaration de Beau. De l'avis de la Chambre, ceci a créé un mouvement qui tend à incorporer cette approche dans le droit international coutumier »); Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998, *Recueils judiciaires* 1998, p. 466, à la page 558, par. 138, et également à la page 562, par. 168 (« Plusieurs facteurs attestent que ces dispositions conventionnelles interdisant la torture ont donné naissance à des règles du droit coutumier [...]. Tout d'abord, ces traités [...] ont été ratifiés par presque tous les États. [...] [L]'adhésion quasiment universelle à ces traités atteste que tous les États acceptent, entre autres choses, l'interdiction de la torture. [...] En deuxième lieu, jamais aucun État n'a prétendu être autorisé à pratiquer la torture en période de conflit armé, de même qu'aucun État n'a montré ni déclaré qu'il était opposé à l'application des dispositions conventionnelles se rapportant à la torture. [...] En troisième lieu, la Cour internationale de justice a confirmé avec autorité, sans toutefois mentionner explicitement la torture, ce processus de création du droit coutumier »); Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Michael Domingues v. United States*, affaire n° 12.285, rapport n° 62/02, 22 octobre 2002, par. 104 (« On peut considérer que les dispositions d'un traité cristallisent de nouveaux principes ou règles du droit coutumier. Il est également possible qu'une nouvelle règle du droit international coutumier se forme, même en un bref laps de temps, à partir de ce qui était initialement une règle purement conventionnelle, dès lors que les éléments constitutifs de la coutume sont présents »); Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIADI), *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, décision sur les exceptions d'incompétence, 11 mai 2005, ICSID, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 41 (2005), par. 144 (« rien ne s'oppose, en droit international, à ce que l'expression de la volonté des États dans le cadre d'un traité soit en même temps l'expression de la pratique et de l'*opinio juris* nécessaires pour que naisse une règle

«mécanisme d'expansion»⁹¹, par lequel l'application des règles énoncées dans les dispositions conventionnelles peut être étendue à des États non parties, ne doit pas «[être] consid[éré] [...] facilement [comme] atteint⁹²». Il faut d'abord «que la disposition en cause ait [...] un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit⁹³». Ainsi, il est peu

coutumière si les conditions requises à cette fin sont réunies»); Cour européenne des droits de l'homme, *Van Anraat v. The Netherlands*, requête n° 65389/09, décision sur la recevabilité, 6 juillet 2010, par. 88 [«Comme l'indique la Cour internationale de Justice, [...] il est possible qu'une disposition conventionnelle devienne une règle du droit international coutumier. Il faut pour cela que la disposition en cause ait, en tout cas virtuellement, un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit; qu'il existe une pratique étatique établie correspondante; et qu'il existe des preuves de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit (*opinio iuris sive necessitatis*)»]. Voir toutefois Barboza, «The customary rule: from chrysalis to butterfly», p. 12 («Selon nous, il serait toutefois pratiquement impossible qu'une coutume trouve directement son origine dans un texte. Aussi nouveau tel ou tel domaine du droit puisse-t-il être, il doit avoir donné lieu à certaines activités, et ces activités auront assurément donné naissance à une pratique influencée par la nécessité et des principes appliqués par analogie. S'il n'y a eu aucune activité, il est difficilement concevable qu'un traité porte sur la matière en cause»).

⁹¹ Barboza, «The customary rule: from chrysalis to butterfly», p. 4 [où l'auteur évoque une communauté juridique pionnière formée par des États qui, en élaborant une convention, jouent un rôle pionnier dans le processus «législatif» et qui, par leur poids dans les relations internationales (du fait de la participation, en général, d'une ou plusieurs puissances mondiales et de la majorité des États particulièrement intéressés par l'objet de la convention), donnent une force considérable à l'invitation de cette communauté à y participer].

⁹² *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 18), p. 41, par. 71. Voir également CIRDI, *Mondev International Ltd v. United States of America*, affaire n° ARB(AF)/99/2, 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 220, par. 111 («Il est souvent difficile dans la pratique internationale d'établir à quel moment des obligations acceptées dans des traités, multilatéraux ou bilatéraux, en viennent à déterminer le contenu d'une règle du droit international coutumier liant les États qui ne sont pas parties à ces traités»); Schwebel, «The influence of bilateral investment treaties on customary international law», p. 29 («Le processus par lequel les dispositions d'un traité qui ne lient que les parties à celui-ci peuvent s'introduire dans le droit international général et ainsi lier la communauté internationale dans son ensemble est subtil et complexe»); Weil, «Towards relative normativity in international law?», p. 433 à 438.

⁹³ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 18), p. 41 et 42, par. 72. Voir également Verdier et Voeten, «Precedent, compliance, and change in customary international law: an explanatory theory», p. 426 (où les auteurs font valoir que le critère du «caractère normatif» semble exiger que, pour pouvoir s'imposer à tous les États, la règle doit être formulée en termes généraux); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 84 («elle doit être de nature à pouvoir opérer en tant que règle générale»); Brölmann, «Law-making treaties: form and function in international law», p. 384; Jia, «The relations between treaties and custom», p. 92 (où l'auteur indique que le processus normatif est par définition une entreprise ambitieuse qui ne peut être accomplie que par la voie des traités multilatéraux); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 177 et 179 («Les règles générales peuvent être définies comme visant à réglementer *pro futuro*, en ce qui concerne un nombre général, potentiellement illimité, de sujets, et non des sujets pris individuellement. [...] Un autre critère [...] est que les règles conventionnelles «normatives» ont également un caractère abstrait, à savoir qu'elles peuvent réglementer un nombre abstrait de situations et ne concernent pas des situations concrètes»). Voir toutefois Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 147 et 148 [«Différentes interprétations de cette phrase ont été proposées, par exemple que la Cour visait des règles pouvant lier les États en général, ou le fait qu'une disposition ne contienne pas trop d'exceptions susceptibles d'en affaiblir le contenu normatif. Quoi qu'il en soit, le critère de «caractère fondamentalement normatif» n'est guère convaincant. Il repose sur une sorte d'inversion logique. Ça n'est pas parce qu'une règle a un caractère fondamentalement normatif qu'elle peut devenir coutumière; c'est parce qu'elle sera devenue coutumière en raison de la pratique des États

probable⁹⁴ de trouver parmi de telles dispositions celles qui prévoient un rôle pour les institutions particulières créées par le traité⁹⁴. Il faut en outre que «la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu⁹⁵».

qu'elle peut être qualifiée, si on le souhaite, de fondamentalement normative. Toutefois, dans un tel cas, le critère devient superflu. Peut-être signifie-t-il seulement que lorsque l'on interprète une disposition pour déterminer si elle a un caractère coutumier, il peut être raisonnable de présumer qu'une norme excessivement limitée ou précise peut difficilement constituer une règle du droit international général. Mais c'est tout. Même une règle très précise (par exemple une règle fixant un délai chiffré) peut devenir coutumière si les États l'adoptent dans leur pratique. Ainsi, ce qui compte réellement est la pratique effective des États et finalement leur *opinio iuris*, et non une qualité intrinsèque de la norme en cause. De plus, toute norme est par définition dans une certaine mesure «normative», c'est-à-dire susceptible d'être généralisée. Il s'agit d'une question de degré, et donc d'interprétation du contexte»; Déclaration de Londres (voir *supra* la note 84), p. 763 et 764; Baxter, «Treaties and Custom», p. 62.

⁹⁴ Dans l'affaire *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, la Cour internationale de Justice a estimé que le paragraphe 1 de l'article 76 de la Convention sur le droit de la mer (sur les limites extérieures du plateau continental) reflétait le droit international coutumier, sans toutefois se prononcer sur les paragraphes suivants: *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 624, à la page 666, par. 118 («[La Cour] considère que la définition du plateau continental énoncée au paragraphe 1 de l'article 76 de la [Convention des Nations Unies sur le droit de la mer] fait partie du droit international coutumier. À ce stade, [...] point n'est besoin pour elle de déterminer si d'autres dispositions de l'article 76 de la [Convention des Nations Unies sur le droit de la mer] font partie du droit international coutumier»).

⁹⁵ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 18), p. 43, par. 74. Voir également Cheng, «Custom: the future of general State practice in a divided world», p. 533 («Dans chaque cas, la question de savoir si une telle métamorphose [d'une disposition conventionnelle en une règle du droit international général] s'est produite ou non est une question de fait qui doit être tranchée au moyen de preuves concrètes, comme celle de l'existence de toute règle du droit international général»); Scott et Carr, «Multilateral treaties and the formation of customary international law», p. 82 («les traités multilatéraux eux-mêmes ne peuvent généralement créer un droit international coutumier «instantané» s'imposant à tous les États au sein du système international; ils doivent attendre les réactions ultérieures de ceux-ci»). La Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* a également considéré qu'«une participation très large et représentative à la convention [...], à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés», pourrait suffire à transformer une règle conventionnelle en une règle de droit international coutumier (p. 42, par. 73). En d'autres termes, un traité multilatéral pourrait, dans certaines circonstances, «du fait [...] de [son] influence» (p. 41, par. 70), donner naissance à une règle de droit international coutumier. Mais comme un auteur l'a récemment écrit, «[I]a Cour a pris soin de ne pas décider de manière définitive si la méthode était même applicable [...]. Quoi qu'il en soit, une large participation à une convention de codification n'a jamais, dans la jurisprudence de la Cour, été jugée suffisante à elle seule pour confirmer l'existence d'une règle coutumière» (Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 207). Voir également Déclaration de Londres (note 84 *supra*), p. 763 et 765 [«il convient de noter que la Cour soit ne donne pas d'exemples, soit ne développe pas convenablement ce point. Il convient donc probablement de ne pas accorder trop de poids aux quelques mots qu'elle a effectivement prononcés. Et, assurément, les preuves d'une intention qui n'était pas seulement contractuelle ne figureront normalement pas dans une convention [...]. Il découle de l'analyse qui précède qu'un seul traité multilatéral ou bilatéral ne peut «en soi» créer instantanément une règle de droit coutumier général, et il est peu probable que même une série de traités puisse avoir cet effet, excepté (dans le meilleur des cas) dans les circonstances les plus exceptionnelles»]; Schachter, «Entangled treaty and custom», p. 724 à 726; Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 86 à 91. Voir toutefois *Réserves à la Convention sur le*

(Suite de la note page suivante.)

40. On pourrait citer de nombreux exemples de moyens par lesquels les dispositions de traités, en particulier celles de traités dits « normatifs », reflètent ou sont amenées à refléter les règles de droit international coutumier. Le droit de la mer est un domaine particulièrement riche en la matière, de l'influence de la Convention sur le plateau continental sur l'acceptation de cette notion en droit international coutumier à l'émergence du concept de zone économique exclusive⁹⁶. De même, nombre de dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) reflétaient déjà des règles coutumières ou ont fini par être considérées comme telles⁹⁷. Parmi les règles les plus importantes de la Convention de Vienne, on peut citer celles relatives à l'interprétation des traités, qui ont été à maintes reprises considérées comme reflétant le droit international coutumier par les juridictions internationales et nationales et, partant, ont même été appliquées à des traités anciens⁹⁸. L'immunité de l'État est un autre domaine dans lequel les conventions multilatérales sont devenues essentielles pour identifier les règles de droit international coutumier⁹⁹, même si les juridictions sont parfois arrivées à des conclusions différentes¹⁰⁰.

(Suite de la note 95.)

génocide (note 75 *supra*), p. 52 et 53, opinion dissidente de M. Alvarez; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), Chambre d'appel, décision sur l'exception préliminaire d'incompétence, 31 mai 2004, par. 18 à 20 et 50.

⁹⁶ Treves, « Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer »; Roach, « Today's customary international law of the sea ».

⁹⁷ Voir la partie sur le « caractère coutumier » relatif à chaque article de la Convention de Vienne, dans Corten et Klein, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*. Voir également Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 5 à 28.

⁹⁸ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, à la page 1059, par. 18 (appliquant les règles de la Convention de Vienne de 1969 à l'interprétation d'un traité datant de 1890). La jurisprudence est bien résumée par le Tribunal arbitral dans sa *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII (numéro de vente : E/F.06.V.8), p. 35 à 125, p. 62, par. 45. Voir également le projet de conclusion 1, paragraphe 1, des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (et paragraphes 4 à 6 du commentaire y relatif), adoptés provisoirement par la Commission en 2013 : *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 18 à 40, par. 38 et 39.

⁹⁹ Voir également O'Keefe et Tams, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A Commentary*, p. xli (« Il n'est guère douteux que le processus d'élaboration de la Convention, parce que les États y ont été étroitement associés, a révélé, et parfois plus que révélé, cristallisé, le contenu du droit international coutumier contemporain des immunités de l'État. Cela ne signifie pas que chacune des dispositions de fond soit nécessairement, dans son intégralité, en accord avec la coutume [...] des juridictions nationales et des tribunaux internes ont déjà recherché dans la Convention des preuves convaincantes de règles coutumières contemporaines »). Voir, en particulier, *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]* (note 18 *supra*), p. 123, par. 55 (« Dans le cas d'espèce, une pratique étatique particulièrement importante se dégage [...] des déclarations faites par les États à l'occasion de l'examen approfondi de cette question par la Commission du droit international puis de l'adoption de la convention des Nations Unies »).

¹⁰⁰ Dans son arrêt du 5 février 2015 dans l'affaire *Benkharbouche and Anor v. Embassy of the Republic of Sudan* [2015] EWCA Civ 33, la Cour d'appel de l'Angleterre et du pays de Galles a recherché si l'article 11 (« Contrats de travail ») de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens reflétait le droit international coutumier et considéré (au paragraphe 36) qu'il y avait lieu d'examiner avec soin chacune des dispositions pour vérifier si elle

41. La pratique des parties à un traité (entre elles) étant en toute probabilité motivée principalement par l'obligation conventionnelle, elle présente généralement moins d'utilité pour constater l'existence ou la formation d'une règle de droit international coutumier¹⁰¹. Cette pratique n'est normalement rien d'autre que cela, servant parfois de moyen d'interprétation du traité conformément aux règles énoncées au paragraphe 3 b de l'article 31 ou à l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969 (une question actuellement examinée par la Commission dans le cadre du sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »). Comme l'a souligné Baxter, il peut donc être particulièrement difficile de démontrer l'émergence d'une règle de droit international coutumier lorsqu'un traité fait l'objet d'une participation quasi universelle¹⁰². Ce problème ne se pose pas pour le comportement des États non parties et des États parties

remplissait les conditions strictes pour être considérée comme une règle de droit international coutumier; après avoir examiné la jurisprudence et la législation d'autres États, la Cour (par. 46) a estimé qu'il était impossible de conclure à l'existence d'une règle de droit international permettant d'invoquer l'immunité à l'égard des réclamations en matière d'emploi introduites par les membres du personnel de service d'une mission en l'absence de disposition spéciale. Lors de l'examen de la portée de l'exception territoriale prévue à l'article 12 de la Convention (« Atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou dommages aux biens »), la Cour internationale de Justice s'est heurtée aux vues divergentes des juridictions nationales [*Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]* (note 18 *supra*), p. 129 à 135, par. 62 à 79].

¹⁰¹ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 *supra*), p. 43, 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 de Genève 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 consacrant le principe de l'équidistance »); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (note 40 *supra*), p. 199; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 531, opinion dissidente de Sir Robert Jennings (« Mais il 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, par. 37, opinion individuelle de M. le juge Abraham. Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 96 et 97, par. 181 (« [L]a Charte a, dans ce domaine, consacré des principes qui se trouvaient déjà dans le droit international coutumier, et celui-ci s'est développé dans les quarante années suivantes sous l'influence de la Charte, au point que bien des règles énoncées dans la Charte ont maintenant acquis un statut indépendant de celle-ci »).

¹⁰² Baxter, « Treaties and custom », p. 64 (« La preuve d'une conduite systématique cohérente des non-parties devient plus difficile à rapporter au fur et à mesure que le nombre des parties à l'instrument augmente. Le nombre des participants au processus de création du droit coutumier peut diminuer au point que les preuves de leur pratique seront minimales, voire inexistantes. D'où un paradoxe : au fur et à mesure que le nombre des parties à un traité augmente, il devient plus difficile d'établir l'état du droit international coutumier en dehors de ce traité »). Voir également *Delalić* (note 90 *supra*), p. 121, par. 302 (« L'existence d'un tel droit coutumier – pratique des États et *opinio juris* – peut, dans certaines situations, être extrêmement difficile à établir, en particulier lorsqu'il existe un traité multilatéral antérieur qui a été adopté par la grande majorité des États. La preuve de la pratique des États en marge de ce traité, démontrant la présence de normes coutumières distinctes ou la transposition de normes conventionnelles dans le domaine de la coutume, devient de plus en plus difficile à rapporter car il semblerait que seule la pratique des États non parties au traité puisse être considérée comme pertinente »).

envers les États non parties, qui peut clairement constituer une pratique aux fins de déterminer si une règle énoncée dans un traité a également une force coutumière¹⁰³. En tout état de cause, comme l'a récemment écrit Crawford,

la pratique des États exige que le paradoxe de Baxter demeure valable, à savoir que la participation au traité ne suffit pas. La coutume ne se limite pas au traité, pas même à un traité généralement accepté [...] [mais] cette coexistence de la coutume et du traité donne à penser qu'en réalité le paradoxe de Baxter n'en est pas véritablement un¹⁰⁴.

42. Comme le Rapporteur spécial l'a relevé dans son deuxième rapport¹⁰⁵, s'il est vrai que la répétition de dispositions analogues ou identiques dans un grand nombre de traités bilatéraux peut donner naissance à une règle de droit international coutumier ou attester son existence¹⁰⁶, ce n'est pas nécessairement le cas. Là encore, il faut envisager les dispositions (et les traités dans lesquels elles figurent) dans leur contexte et à la lumière des circonstances de leur adoption, et ce, d'autant que «[l]a multiplicité de ces traités [...] est en quelque sorte une arme à double tranchant¹⁰⁷» :

[L]a 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 générale¹⁰⁸.

¹⁰³ Voir également Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, p. lxiii («L'étude a suivi une méthode prudente, en considérant que la ratification par un grand nombre d'États ne constituait qu'une indication, et qu'elle devait être évaluée en rapport avec d'autres éléments de la pratique, en particulier la pratique des États qui ne sont pas parties au traité en question. La pratique régulière des États non parties a été considérée comme un élément important pour prouver l'existence d'une règle coutumière. La pratique contraire des États non parties, en revanche, a été considérée comme un élément de preuve important en sens inverse. La pratique des États parties à un traité vis-à-vis des États non parties est aussi particulièrement pertinente»).

¹⁰⁴ Crawford, «Chance, order, change: the course of international law», p. 107 et 110. Voir également Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 145 et 146 (où l'auteur fait valoir que le paradoxe n'est réel qu'énoncé dans l'abstrait, celui-ci étant en général dissipé par les spécificités du contexte dans les espèces concrètes); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 155.

¹⁰⁵ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 76 f.

¹⁰⁶ Voir également Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 59 («une série de traités bilatéraux conclus sur une période donnée par divers États et adoptant tous la même solution au même problème dans leurs relations peut donner naissance à une nouvelle règle de droit international coutumier»); *Mondev International Ltd v. United States of America* (note 92 *supra*), p. 224, par. 125 («le droit international positif, dont le contenu est défini par la conclusion de plus de 2 000 traités bilatéraux d'investissement et de nombreux traités d'amitié et de commerce»).

¹⁰⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (note 40 *supra*), p. 306, opinion individuelle de M. Ammoun.

¹⁰⁸ Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation», p. 35. Voir également *Ahmadou Sadio Diallo* (note 23 *supra*), p. 615 («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 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États] 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»); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 23 *supra*), p. 318, opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président («À quoi bon conclure de tels traités si l'essentiel de leurs dispositions fait déjà partie du droit

43. Comme le Rapporteur spécial l'a également observé dans son deuxième rapport¹⁰⁹, que les États intéressés aient effectivement signé ou ratifié le traité¹¹⁰ et que les parties puissent formuler des réserves aux dispositions du traité¹¹¹ peut également servir à établir l'*opinio juris* à

international [...] ?»); Schachter, «Entangled treaty and custom», p. 732 («D'une manière générale, les États ne considèrent pas ces traités types comme prouvant l'existence de règles coutumières puisque, dans la plupart des cas, les accords bilatéraux ont été négociés par concessions réciproques»); Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 143; Kopelmanas, «Custom as a means of the creation of international law», p. 137; Déclaration de Londres (note 84 *supra*), p. 758 et 759 («On ne peut présumer qu'une succession de dispositions conventionnelles similaires donne naissance à une nouvelle règle coutumière de même contenu»); Bishop, «General course of public international law», p. 229 et 230.

¹⁰⁹ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 76 f.

¹¹⁰ Voir également *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriyah arabe libyenne)* [note 84 *supra*], p. 38, par. 24 («la Cour ne saurait en effet négliger une disposition du projet de convention si elle venait à conclure que sa substance lie tous les membres de la communauté internationale du fait qu'elle consacre ou cristallise une règle de droit coutumier préexistante ou en voie de formation»); *Affaire colombopéruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. *Recueil 1950*, p. 266, à la page 277 («Le nombre limité d'États qui ont ratifié cette convention révèle la faiblesse de cette thèse [selon laquelle la Convention en question n'a fait que codifier des principes déjà reconnus par la coutume]»); *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 4, par. 29 («même des conventions multilatérales qui ont été signées, mais qui n'ont pas été mises en vigueur, sont souvent considérées comme ayant une certaine valeur comme preuve du droit international coutumier»); Sinclair, «The impact of the unratified codification convention», p. 227 («on peut dire que même les conventions de codification qui n'ont guère été ratifiées fournissent en général des preuves de l'*opinio juris* quant à la matière dont elles traitent. La qualité des preuves en question dépendra de l'origine de la disposition en cause. Si les travaux préparatoires de telle ou telle convention de codification démontrent qu'une disposition a été adoptée à la conférence de codification par un vote nettement divisé et que la controverse ainsi engendrée peut avoir amené un certain nombre d'États à refuser de devenir parties à la convention, il est clair qu'il y aura de bonnes raisons d'écarter cette disposition dans le cadre des codifications ultérieures»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 165 («les instruments non ratifiés n'ont pas invariablement des effets préjudiciables [pour la règle du droit international coutumier en question], tout comme une convention ne peut pas créer un droit coutumier instantané»); *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 *supra*), p. 226, opinion dissidente de M. Lachs («Le retard avec lequel se produisent la ratification des traités multilatéraux et l'adhésion à ces traités est un phénomène bien connu dans la pratique contemporaine en la matière. [...] [L]e nombre des ratifications et adhésions ne saurait en soi être considéré comme probant en ce qui concerne l'acceptation générale d'un instrument donné»); Silva, «Treaties as evidence of customary international law», p. 397 («En droit international général, une convention non ratifiée gagnera en autorité si elle a été adoptée à une large majorité et a été ratifiée par un nombre important et représentatif d'États. *A contrario*, elle perdra de son autorité si une longue période s'écoule et que très peu d'États la ratifient ou y adhèrent. Les conventions non ratifiées gagneront également en importance si elles sont ultérieurement complétées par la pratique internationale, en particulier si la Cour internationale de Justice prend en compte la pratique reposant sur leurs dispositions»); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 87 («il convient de souligner que la prudence s'impose lorsque l'on évalue l'importance de la ratification, comme celle de l'absence de ratification, d'une convention de codification»).

¹¹¹ La directive 3.1.5.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (2011) de la Commission est ainsi conçue: «Le fait qu'une disposition conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier n'empêche pas par lui-même la formulation d'une réserve à cette disposition» [*Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 230]. Comme la Commission l'a expliqué dans le commentaire relatif à cette directive, la Cour internationale de Justice, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, s'est montrée prudente quant aux déductions

leur égard. Là encore, les circonstances entourant l'adoption du traité doivent être soigneusement examinées, tout comme la pratique correspondant à son contenu.

44. Le projet de conclusion suivant est proposé (il figurera dans une nouvelle partie V, intitulée «Formes particulières de pratique et de preuves») :

«*Projet de conclusion 12. Traités*

«Une disposition conventionnelle peut refléter ou être amenée à refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la disposition en question :

«a) à la date de la conclusion du traité, codifie une règle de droit international coutumier existante ;

«b) a abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier en voie de formation ; ou

«c) a créé une nouvelle règle de droit international coutumier, en donnant naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit. »

B. Résolutions adoptées par les organisations internationales et lors de conférences internationales

45. Il est communément admis que les résolutions adoptées par les États au sein d'organisations internationales et lors de conférences internationales peuvent dans certaines circonstances jouer un rôle dans la formation et l'identification du droit international coutumier. De fait, parmi les textes auquel il est fait référence dans la pratique pour définir les règles de droit international coutumier, une importance considérable est accordée à ces résolutions.

46. Dans ce contexte, les tribunaux et les auteurs ont accordé une attention particulière aux résolutions de l'Assemblée générale, instance à participation quasi universelle, et une grande partie de la présente section y sera spécifiquement consacrée. Ces résolutions peuvent être particulièrement utiles pour révéler le droit international coutumier ou le stimuler¹¹². Cependant, d'autres réunions et conférences d'États peuvent aussi jouer un rôle important¹¹³. Les

(Suite de la note 111.)

qu'appelle l'exclusion de certaines réserves (paragraphe 4 du commentaire y relatif, *ibid.*). Il n'est donc pas vrai, selon la Commission, que la Cour a affirmé l'inadmissibilité des réserves à l'égard des dispositions conventionnelles reflétant des règles de droit coutumier (paragraphe 5 du commentaire y relatif, *ibid.*).

¹¹² Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*, est une mine d'informations sur les résolutions des organisations internationales et sur tous les aspects du rôle des organisations internationales à l'égard du droit international coutumier. Voir également Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*; Castañeda, «Valeur juridique des résolutions des Nations Unies», p. 205; Forteau, «Organisations internationales et sources du droit»; Cassese, *Le droit international dans un monde divisé*, p. 177 («Évidemment la seule occasion offerte par les Nations Unies, à pratiquement tous les membres de la communauté mondiale, de se rencontrer et d'échanger leurs points de vue, ne peut manquer d'exercer une influence importante sur l'émergence ou la reformulation des règles coutumières»).

¹¹³ Par exemple, la Cour internationale de Justice s'est référée à l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (Helsinki, 1^{er} août 1975, Lausanne, Imprimeries Réunies) : *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 107, par. 204 («on peut considérer que leur texte témoigne de l'existence [...] d'un principe coutumier [de non-intervention] universellement applicable»).

organes d'organisations internationales¹¹⁴ et de conférences internationales à participation plus limitée peuvent remplir une fonction semblable mais auront généralement moins de poids pour ce qui est d'établir l'existence d'une règle générale de droit international général coutumier ; ils peuvent cependant jouer un rôle central dans la formation et l'identification d'une coutume spécifique (sur ce point, voir ci-après le chapitre V).

47. Même si ces résolutions ne peuvent en elles-mêmes créer le droit international coutumier, elles «peuvent parfois avoir une valeur normative» en fournissant des éléments établissant l'existence ou l'émergence d'une règle¹¹⁵. Cependant, la prudence s'impose lorsqu'il s'agit

¹¹⁴ Par exemple, le Conseil de sécurité : voir Corten, «La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières»; *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 403, p. 437 et 438, par. 81 ; *Tadić* (voir *supra* la note 90), p. 496, par. 133 («Certaines résolutions adoptées à l'unanimité par le Conseil de sécurité présentent un intérêt particulier pour la formation de l'*opinio juris* relative au fait que les violations du droit international humanitaire général régissant les conflits armés emportent la responsabilité pénale de leurs auteurs ou de ceux qui ordonnent ces violations»). Au paragraphe 13 de sa résolution 2125 (2013) sur la Somalie, le Conseil de sécurité a souligné que cette «résolution ne saurait être regardée comme établissant un droit international coutumier»; voir également, dans le même contexte, le paragraphe 8 de la résolution 1838 (2008) du Conseil de sécurité.

¹¹⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 23 *supra*), p. 254 et 255, par. 70 («La Cour rappellera que 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*»). La résolution 3232 (XXIX) de l'Assemblée générale, en date du 12 novembre 1974 et adoptée par consensus, contient la disposition suivante : «*Reconnaissant* que le développement du droit international peut se refléter, entre autres, dans des déclarations et des résolutions de l'Assemblée générale, lesquelles peuvent, à ce titre, être prises en considération par la Cour internationale de Justice». Voir également *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain)* [note 40 *supra*], p. 31, et *Sahara occidental*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1975*, p. 12, aux pages 31 à 33 [qualifiant la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1960) d'«autre étape importante» de l'évolution du droit international relatif aux territoires non autonomes]; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 103, par. 195 («Cette description, qui figure [dans] la définition de l'agression annexée à la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, peut être considérée comme l'expression du droit international coutumier»); *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, ILR, vol. 62 (1982), p. 141, à la page 189 («lesdites résolutions, si elles ne constituent pas une source de droit unanime, sont la preuve de l'opinion qui prédomine au sein de la communauté internationale»); résolutions et conclusions de la Treizième Commission sur l'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 62-II (session du Caire, 1987), conclusion 1, p. 71 («Bien que la Charte des Nations Unies ne lui confère pas le pouvoir d'arrêter des règles qui lient les États dans leurs relations mutuelles, l'Assemblée générale peut faire des recommandations contribuant au développement progressif du droit international, à sa consolidation et à sa codification. Cette possibilité se réalise au moyen de divers types de Résolutions»); *Abi-Saab*, «La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté», p. 56 («à l'heure actuelle la très grande majorité de la doctrine est d'avis que les résolutions normatives de l'Assemblée générale peuvent susciter les mêmes modes d'interaction avec la coutume que ceux que la Cour a identifiés par rapport aux traités de codification, c'est-à-dire qu'elles peuvent produire les mêmes effets potentiels que ceux-ci, déclaratoires, cristallisants ou

de déterminer si c'est effectivement le cas d'une résolution donnée: «dans chaque cas, il y a un processus de formulation, d'appréciation et d'évaluation¹¹⁶». On soulignera également que, «[c]omme pour toute déclaration d'un État, il faut toujours s'intéresser à la signification d'un vote pour ou contre certaines résolutions dans une instance internationale¹¹⁷». Comme les États eux-mêmes le soulignent souvent, l'Assemblée générale est un organe politique où il est souvent loin d'être clair que leurs actes ont une portée juridique¹¹⁸. Déterminer si une résolution

générateurs de règles coutumières»); Barberis, «Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens», p. 22 et 23 («L'Assemblée générale de l'O.N.U. est dépourvue, en général, du pouvoir de formuler des résolutions liant juridiquement les États membres selon la Charte, et [...] elle n'a pas pu davantage acquérir cette faculté par la voie coutumière. Néanmoins, il est indubitable que les résolutions de l'Assemblée générale constituent un facteur important dans la formation de la coutume»); Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 111 («Les résolutions adoptées par des organes d'organisations intergouvernementales font de nos jours partie du réservoir d'instruments internationaux dont le [...] juriste doit tenir compte»); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 44 («Il n'est pas douteux que de telles résolutions [déclaratoires adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies] contribuent considérablement au développement du droit international [...] mais cela ne leur confère pas un caractère législatif»); Tomuschat, «The concluding documents of world order conferences», p. 568 («Les conférences internationales ne sauraient être considérées comme des instances normatives. Lorsque les États adoptent un texte à l'issue d'une conférence, ils ne le font généralement pas dans l'intention de créer des règles juridiques contraignantes. Leur objectif est plutôt d'indiquer des orientations politiques pour l'avenir [...]. Même si un accord est consigné dans un document final, il n'a d'effets juridiques contraignants que si les parties concernées le souhaitent. De fait, si les États entendent prendre un engagement juridique, ils ont toujours la possibilité d'opter pour un instrument conventionnel en bonne et due forme [...] Il serait toutefois inconsideré d'écarter les textes issus de toutes ces réunions, dans la mesure où elles n'ont pas donné naissance à des instruments juridiques contraignants au sens traditionnel, comme relevant de la pure rhétorique politique dénuée d'effets juridiques» – au sujet des clauses de sauvegarde et des réserves, voir également p. 568 à 580); Weil, «Towards relative normativity in international law?», p. 417 («Les résolutions, en tant qu'expression sociologique et politique de tendances, d'intentions ou de souhaits, peuvent très bien constituer une étape importante de l'élaboration des normes internationales; elles ne sont toutefois pas en elles-mêmes une source formelle de nouvelles normes»).

¹¹⁶ Crawford, «Chance, order, change: the course of international law», p. 112, et à la page 90. Voir également Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 225 («Les résolutions des organisations internationales et les déclarations multilatérales des États peuvent également avoir des effets sur le droit international coutumier. Cela dépendra de divers facteurs qui doivent être évalués au cas par cas»); Treves, «Customary international law», par. 44 à 46.

¹¹⁷ Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, p. 88. Voir également Shaw, *International Law*, p. 63.

¹¹⁸ Voir également Divac Öberg, «The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ», p. 902 [«L'Assemblée générale a l'avantage d'être très largement représentative des États existants et de constituer un moyen centralisé et extrêmement commode d'identifier simultanément le point de vue sur tel ou tel sujet de tous les États Membres présents. L'Assemblée générale est toutefois également un organe politique, ce qui n'en fait pas une instance idéale pour établir le droit. Les États peuvent en effet avoir des raisons autres que juridiques pour voter comme ils le font, telles que des raisons éthiques, politiques ou pratiques (par exemple à des fins de compromis). De plus, un État peut voter contre une résolution parce qu'il pense qu'elle va trop loin ou ne va pas assez loin. Par ailleurs, il serait injuste que les États soient liés par un vote favorable alors qu'ils "agissent dans le cadre de certains principes et mécanismes qui normalement affectent la signification juridique de leur vote" et que les résolutions sont imputées non aux membres pris individuellement mais à l'organe et l'organisation les adoptant. Enfin, les représentants qui votent à l'Assemblée n'ont généralement pas le pouvoir d'engager juridiquement l'État qu'ils représentent»]; Koskeniemi, *From Apology to*

donnée a une telle valeur normative est donc une tâche à effectuer «avec la prudence nécessaire¹¹⁹». Comme l'a expliqué la Cour internationale de Justice,

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 normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle¹²⁰.

48. Dans une telle évaluation, la formulation précise d'une résolution donnée est d'une importance cruciale: «comme pour la pratique des États, il faut étudier le contenu d'une décision et déterminer dans quelle mesure des questions juridiques ont été examinées avant de lui

Utopia: The Structure of International Legal Argument, p. 434 et 435 [«Est-il légitime de considérer qu'un vote positif reflète les vues de l'État quant au droit? Cela est fort douteux. Un vote peut en effet avoir une signification politique, par exemple confirmer une alliance, et être sans aucun rapport avec ce que l'État considère comme la coutume. Un État peut également avoir voté sous la pression d'un État plus puissant ou pour ne pas embarrasser un adversaire. Dans aucune de ces situations, son vote ne "reflète" une quelconque *opinio juris*. De plus [...] il est possible (et fréquent) d'interpréter les décisions prises à l'ONU en partant de l'hypothèse – confirmée par le fait que les représentants des États n'ont pas les pleins pouvoirs – qu'elles n'ont pas force obligatoire»]; Kirchner, «Thoughts about a methodology of customary international law», p. 235 («Il ne faut pas oublier que, par leur nature, les résolutions ne créent généralement pas d'obligations juridiques. On peut présumer que les États qui ne recourent pas à un traité ne veulent pas du tout s'obliger»).

¹¹⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 100, par. 188.

¹²⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 23 *supra*), p. 255, par. 70. Voir également Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 28 («Comme en ce qui concerne la majeure partie du droit international, il n'est pas facile de répondre à la question: Quel est le rôle des organisations internationales dans le processus normatif international? Pour y répondre, il convient de tenir compte de la matière des résolutions en question, de se demander si elles ont force obligatoire ou n'ont valeur que de recommandations, d'examiner à quelle majorité elles ont été adoptées, si elles ont donné lieu à une pratique répétée et s'il existe des preuves d'une *opinio juris*. Lorsque l'on secoue le kaléidoscope et que certaines figures apparaissent, on ne peut douter que les résolutions jouent un rôle important dans la création des normes»); Sloan, «General Assembly resolutions revisited (forty years later)», p. 138 («Nombre des facteurs qui précèdent, voire tous ces facteurs, selon des proportions propres à chaque résolution, peuvent être pris en compte lorsque l'on examine les effets de telle ou telle résolution ou le poids à lui accorder. Ces facteurs peuvent ne pas avoir la même pertinence ni la même importance s'agissant des différents effets tels que l'effectivité, l'acceptabilité générale en tant qu'interprétation, l'effet déclaratoire ou la force obligatoire. Leur importance peut varier selon les résolutions»); Brownlie, «Presentation», p. 69 («certaines résolutions de l'Assemblée générale, et non ces résolutions en général, mais certaines d'entre elles, constituent des preuves importantes de l'état du droit international général. Le texte de la résolution et les débats ayant abouti à son adoption ainsi que l'explication de leur vote par les délégations sont autant de preuves de l'état du droit international mais ne sont pas davantage. Lorsque j'emploie le mot "preuve", je ne veux pas nécessairement dire preuve favorable ou positive. En effet, les preuves peuvent révéler des divergences d'opinions sur divers aspects de la résolution qui, envisagées du point de vue des critères du droit international coutumier, donnent à penser que la formation de normes coutumières sur un sujet donné est encore relativement éloignée»); Economidès, «Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international», p. 144 [«si les conditions précitées sont réunies (contenu normatif, grande majorité, etc.), ces résolutions peuvent évoluer en règles coutumières, à condition toutefois que les États les appliquent réellement dans les faits, ce qui est toujours indispensable à la création d'une coutume»]; Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 65 («Il est essentiel de considérer chaque type possible de résolution, sinon chaque résolution en elle-même, car le poids relatif à accorder à chacune et aux positions des États Membres variera en fonction de la forme de la résolution en question et de la matière dont elle traite»).

attribuer une valeur juridique¹²¹ ». Les résolutions rédigées « en langue normative¹²² » sont celles qui pourraient être pertinentes et le choix (ou le rejet) de certains termes spécifiques peut être pertinent. Le libellé utilisé dans la résolution est « censé éclairer l'intention des États Membres quant à l'importance juridique de la résolution¹²³ ».

49. Il convient également de se pencher sur les circonstances entourant l'adoption de la résolution en question, notamment la méthode employée, la répartition des votes (le cas échéant) et les motifs que donnent les États pour expliquer leur position (par exemple en négociant le texte, en expliquant leur position ou leur vote, ou dans un autre type de déclaration). Clairement,

le degré de l'appui est significatif. Une résolution aura forcément plus de poids si elle est adoptée par consensus ou à l'unanimité que si elle n'est appuyée que par une majorité des deux tiers. Même si un petit nombre d'États seulement s'oppose à une résolution, celle-ci aura peu d'effet si ces États sont parmi les plus directement touchés¹²⁴.

50. Quoi qu'il en soit, comme l'a dit Higgins,

il faut veiller à ne pas utiliser les résolutions de l'Assemblée générale comme raccourci pour vérifier l'ensemble d'une pratique internationale sur une question : la pratique au niveau mondial reste le cadre pertinent,

¹²¹ Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 194 et 195. Voir, par exemple, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 102 et 103, par. 193; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 23 *supra*), p. 255, par. 72. Voir également Barberis, « Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens », p. 34 (« n'ont pas de caractère prescriptif les résolutions qui formulent des recommandations, émettent des vœux, incitent à adopter une conduite déterminée, sollicitent une collaboration, invitent à prendre certaines mesures ou emploient des expressions semblables. Les résolutions qui utilisent ce vocabulaire ne confèrent aucun droit et n'imposent aucune obligation sur le plan juridique; elles se bornent à contenir une recommandation ou une invitation, ce qui n'entre pas dans la sphère normative »).

¹²² Tomka, « Custom and the International Court of Justice », p. 198. Voir également les résolutions et conclusions de la Treizième Commission sur l'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative, Institut de droit international (note 115 *supra*), p. 73, conclusion 10 (« Le libellé et le contexte d'une Résolution aident à en déterminer la portée normative. La présence de références au droit international ou de formules équivalentes, ou l'omission délibérée de telles références ou formules, sont des indices utiles mais non décisifs en soi »); Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 225 (« Une résolution ou déclaration normative ne doit pas nécessairement proclamer des droits ou des principes comme étant le droit mais, comme c'est le cas pour les traités, il faut que son libellé ait "un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit" » (citant les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*)).

¹²³ Prost et Clark, « Unity, diversity and the fragmentation of international law: how much does the multiplication of international organizations really matter? », p. 362.

¹²⁴ Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 226 (ajoutant : « même une adoption par consensus ne sera pas aussi importante qu'elle peut paraître au premier abord si elle s'accompagne de déclarations qui limitent sérieusement ce qui a été convenu ou si elle ne vise qu'à masquer un désaccord et à éviter de mettre la résolution aux voix »). Voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 23 *supra*), p. 255, par. 71 (« Plusieurs résolutions dont il est question en l'espèce ont cependant été adoptées avec un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions. Ainsi, bien que lesdites résolutions constituent la manifestation claire d'une inquiétude profonde à l'égard du problème des armes nucléaires, elles n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes »); Divac Öberg, « The legal effects of resolutions... », p. 900 et 901 (« De larges majorités sont ainsi cruciales [...] Il est [également] raisonnable d'accorder une importance particulière, s'agissant de réglementer une activité, à l'opinion des États qui se livrent concrètement à cette activité [...] [est également pertinente] la manière dont la résolution a été adoptée »); Akehurst, « Custom as a source of international law », p. 6 et 7.

même si les résolutions des Nations Unies en font partie. Les résolutions ne peuvent supprimer la nécessité de constater la coutume : à cette fin, il faudra continuer d'examiner d'autres signes de la pratique des États que les actes collectifs dont témoignent les résolutions de l'Assemblée générale¹²⁵.

51. Lorsqu'elle vise à dire le droit (et non à promouvoir une nouvelle règle, même si en pratique la distinction n'est pas toujours facile à faire¹²⁶), une telle résolution (même appelée « déclaration »¹²⁷) ne constitue pas une preuve irréfutable et doit être évaluée avec soin : premièrement, comme cela a été dit plus haut, ce n'est que dans certaines circonstances que le consentement des États au texte peut « s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution¹²⁸ ».

¹²⁵ Higgins, *Problems and Process*, p. 28.

¹²⁶ Voir également Divac Öberg, « The legal effects of resolutions... », p. 896 (« Certes, il peut être difficile en pratique de distinguer entre ce qui n'est qu'interprétatif ou déclaratoire d'une part et qui est vraiment créatif de l'autre »).

¹²⁷ Voir également le memorandum du Bureau des affaires juridiques, document E/CN.4/L.610, par. 4 (« Une "déclaration" ou une "recommandation" est adoptée par un organe de l'Organisation des Nations Unies au moyen d'une résolution. En soi, le seul fait de la qualifier de "déclaration" et non de "recommandation" ne la rend pas contraignante pour les États Membres, au sens où un traité ou une convention lient les États qui y sont parties [...] Toutefois, comme le terme "déclaration" revêt davantage de solennité et d'importance, on peut considérer que l'organe qui adopte une déclaration compte vivement que les membres de la communauté internationale en respecteront les dispositions. Par conséquent, dans la mesure où cette attente est progressivement justifiée par la pratique des États, une déclaration peut, par voie coutumière, en venir à être reconnue comme énonçant des règles qui lient les États »); Suy, « Innovation in international law-making processes », p. 190 (« Le pouvoir de l'Assemblée générale se limite à l'adoption de résolutions. Celles-ci sont de simples recommandations qui n'ont aucune force juridique obligatoire pour les États Membres. Il en va de même des déclarations solennelles adoptées à l'unanimité ou par consensus, même si leur poids moral et politique ne manque pas d'influencer la conduite des États. Il est fréquent que les déclarations renvoient à des règles en vigueur du droit international. Elles ne créent pas de règles mais ne font que rappeler et souligner des règles existantes. D'autres principes figurant dans de telles déclarations peuvent sembler être de nouveaux énoncés de règles juridiques. Mais le seul fait qu'ils sont adoptés ne leur confère pas automatiquement d'autorité particulière [...] L'Assemblée générale, par ses déclarations solennelles, peut donc considérablement contribuer à l'apparition de nouvelles règles, même si, en soi, l'adoption de déclarations ne confère pas à celles-ci le caractère de normes contraignantes »); *Kaing Guek Eav alias Duch*, affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, arrêt (note 65 *supra*), par. 194 (« Étant donné que la Déclaration relative à la torture de 1975 était une résolution non contraignante de l'Assemblée générale des Nations Unies, il faut disposer d'éléments supplémentaires pour conclure que la définition de la torture qui s'y trouve reflétait le droit international coutumier au moment des faits »).

¹²⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 100, par. 188 (« L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions ne peut être interprété comme celui d'un simple rappel ou d'une simple spécification de l'engagement conventionnel pris dans la Charte. Il peut au contraire s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes. »). Voir également *ibid.*, p. 184, opinion individuelle de M. Ago (« [...] je ne puis qu'exprimer des doutes quant à l'idée [...] 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 »); Detter, « The effect of resolutions of international organizations », p. 387 (« Une majorité écrasante lors d'un vote à l'Assemblée générale peut indiquer qu'il existe une règle juridique mais n'en prouve pas l'existence de manière concluante : toutes les situations doivent être examinées au cas par cas. Si les recommandations reflètent des règles juridiques existantes, ce ne sont naturellement pas ces recommandations qui ont en elles-mêmes force obligatoire : elles sont contraignantes parce qu'elles énoncent des obligations ayant leur origine dans le droit conventionnel ou coutumier »); Schachter,

Deuxièmement, la règle concernée doit également être observée dans la pratique des États¹²⁹.

52. Une résolution peut également «avoir une forte influence sur le développement du droit international coutumier¹³⁰», notamment lorsqu'elle stimule l'essor d'une pratique générale acceptée en tant que droit conforme à son texte. Autrement dit, «la résolution peut fournir un texte sur lequel les positions des États peuvent converger, les incitant à modifier leur comportement¹³¹». De même,

«Entangled treaty and custom», p. 730 («L'appui dont jouissent les résolutions déclarant des règles de droit à l'Assemblée générale des Nations Unies doit être apprécié compte tenu des conditions dans lesquelles ces résolutions ont été adoptées. Il est loin d'être clair qu'un vote en faveur d'une telle résolution constitue en soi une preuve concluante de la conviction qu'elle exprime une règle juridique. D'autres facteurs peuvent intervenir»); Gaja, «The protection of general interests in the international community», p. 40 («une résolution déclarant l'existence d'un principe ou d'une règle de droit international peut être considérée comme l'expression de l'*opinio juris* de la quasi-totalité des États: ceux qui ont voté pour la résolution ou l'ont adoptée par consensus. Toutefois, on peut hésiter à accorder du poids à une telle résolution en tant qu'expression de l'*opinio juris* notamment parce que, souvent, elle n'est adoptée "qu'en tant que déclaration d'intention politique et non en tant qu'énoncé du droit", comme le Gouvernement des États-Unis l'a déclaré lorsqu'il a expliqué son vote en faveur de la résolution relative à la non-intervention»); *Restatement of the Law Third*, vol. 1, par. 103 c («Généralement, les organisations internationales n'ont pas le pouvoir de créer leur droit, et leurs déterminations en la matière ne revêtent ordinairement aucun poids particulier, mais leurs déclarations fournissent des éléments de preuve quant à ce que les États qui votent pour considèrent comme le droit. La force probante de ces résolutions varie. Celles des organisations internationales à caractère universel, si elles ne sont pas controversées et sont adoptées par consensus ou à la quasi-unanimité, se voient accorder un poids substantiel»).

¹²⁹ Voir également Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», p. 267 («force est d'admettre que les déclarations verbales ne peuvent créer de règles coutumières si la pratique effective est différente»); Schwebel, «United Nations resolutions, recent arbitral awards and customary international law», p. 210 [«Être déclaratoire signifie refléter les perceptions et la pratique de la communauté internationale dans son ensemble; si le miroir est brisé, ce qu'il reflète ne peut être réparé. Est requise non seulement la quasi-unanimité ou, au moins, l'appui déterminé de tous les groupes, mais également la conformité à la pratique des États pour que ce qui est déclaré comme étant le droit positif soit une déclaration exacte de ce qui existe effectivement. L'Assemblée générale, n'étant pas investie de pouvoirs législatifs, ne peut faire ni défaire le droit uniquement en disant qu'il en est ainsi (même à l'unanimité et de manière répétée). Les États qui se réunissent dans le cadre de l'Assemblée générale ne peuvent déclarer le droit que lorsqu'ils ont, exceptionnellement, l'intention de le déclarer et lorsqu'ils le font conformément à la pratique étatique pertinente»].

¹³⁰ Danilenko, «The theory of international customary law», p. 25.

¹³¹ Sloan, «General Assembly resolutions revisited (forty years later)», p. 70. Voir également Cour suprême d'El Salvador, affaire n° 26-2006, 12 mars 2007, p. 14 et 15 («les déclarations internationales ont une fonction normative indirecte, dans la mesure où elles proposent une conduite souhaitable sans toutefois l'imposer. [...] Ce faisant, elles anticipent une *opinio juris* par laquelle les États se sentent liés et qui, à moyen ou long terme, aboutit à la formation d'une coutume internationale. [...] Sans être contraignantes, les déclarations internationales jouent ainsi un rôle important dans la formation de sources obligatoires du droit international, que ce soit en anticipant le caractère obligatoire d'une certaine pratique étatique ou en promouvant la conclusion d'un traité fondé sur certaines recommandations [qui y sont formulées]»); Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision de la deuxième chambre, 8 mai 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, par. 39 (disant que «[le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite] a été approuvé par l'Assemblée générale le 12 décembre 2001. Il n'entraîne toutefois pas en lui-même l'application d'un droit coutumier ni un autre effet juridiquement contraignant pour quelque autre raison mais peut être l'indication d'une conviction juridique nécessaire pour former le droit coutumier»); *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 406, opinion

une résolution peut renforcer l'émergence d'une règle de droit international coutumier¹³².

53. L'Assemblée générale a le pouvoir de formuler des recommandations et ses résolutions ne sont pas contraignantes en tant que telles¹³³. Comme cela a été dit plus haut, ces résolutions peuvent très bien jouer un rôle considérable dans la formation et l'identification des règles de droit international coutumier¹³⁴; elles ne peuvent cependant, en elles-

dissidente de Sir Geoffrey Palmer («On peut dire aujourd'hui avec certitude que, pour certains des principes énoncés dans la déclaration [de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (la Déclaration de Stockholm)], le large soutien qu'ils ont reçu dans la pratique des États, associé au sentiment de la part de ceux-ci qu'ils ont un caractère juridiquement contraignant, fait qu'ils s'inscrivent désormais dans le cadre du droit international coutumier»); résolutions et conclusions de la Treizième Commission sur l'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative, Institut de droit international (note 115 *supra*), p. 71 et 76, conclusions 1 et 23 («Les principes et les règles proclamés dans une résolution peuvent amorcer, influencer ou établir une pratique des États qui forme un élément constitutif d'un droit coutumier nouveau. Une résolution peut contribuer à la consolidation d'une pratique des États [...] [ou] à la formation de l'*opinio juris communis*»).

¹³² Voir également Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 70 («On peut certes admettre qu'une résolution de l'Assemblée générale puisse contribuer au processus de cristallisation, et que si l'Assemblée adopte une résolution déclarant ou visant à déclarer le droit, relativement peu de preuves de la pratique effective seront nécessaires pour que l'on puisse conclure que la règle qu'elle énonce fait désormais partie du droit coutumier général. Il convient toutefois de souligner que l'Assemblée ne peut modifier le droit ni créer de nouvelles règles juridiques [...] excepté dans certains domaines limités et liés à la Charte, on ne peut dire qu'une résolution de l'Assemblée générale crée le droit»); résolutions et conclusions de la Treizième Commission sur l'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative, Institut de droit international (note 115 *supra*), p. 74, conclusion 14 («Lorsqu'une règle de droit coutumier émerge de la pratique des États ou lorsque des doutes subsistent sur le point de savoir si une norme, bien que déjà appliquée par un organe ou par quelques États, relève bien du droit, une résolution adoptée à l'unanimité peut consolider une coutume et dissiper les doutes éventuels»).

¹³³ Sauf en ce qui concerne les questions budgétaires ou autres questions internes de l'Organisation des Nations Unies. Voir également, par exemple, Schwebel, «The effect of resolutions of the U.N. General Assembly on customary international law», p. 301 («Pour être banal, dire que l'Assemblée générale des Nations Unies n'a pas de pouvoirs législatifs n'en est pas moins vrai. D'une manière générale, ses résolutions ne lient pas les États Membres de l'Organisation des Nations Unies ni ne sont contraignantes en droit international général. Il ne pourrait guère en être autrement. Il n'existe pas de législateur mondial [...] aucune disposition de la Charte ne donne à penser que l'Assemblée a le pouvoir de créer des règles de droit international ou de modifier celles qui existent»).

¹³⁴ Voir cependant *Sahara occidental* (note 115 *supra*), p. 99, opinion individuelle de M. Ammoun, Vice-Président («L'Assemblée générale a affirmé la légitimité de cette lutte [en vue de la libération de la domination étrangère] dans au moins quatre résolutions [...] dont l'ensemble constitue déjà une coutume»); Cheng, «United Nations resolutions on outer space: "instant" international customary law?», p. 37 («rien n'empêche une *opinio juris communis* de se faire jour très rapidement entre l'ensemble ou seulement certains des Membres de l'Organisation des Nations Unies et qu'ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier lie les États concernés. Rien n'empêche non plus les États d'utiliser une résolution de l'Assemblée pour "positiver" leur nouvelle *opinio juris* commune»); Déclaration de Londres (note 84 *supra*), p. 61 («Les résolutions adoptées à l'unanimité ou à la quasi-unanimité et qui dénotent l'intention claire des États qui ont voté pour d'énoncer une règle de droit international peuvent, très exceptionnellement, créer des règles du droit coutumier général par le seul fait qu'elles ont été adoptées»); Lockwood, «Report on the trial of mercenaries: Luganda, Angola», p. 195 à 197; Wolfrum, «Sources of international law», par. 43 («des résolutions répétées de l'Assemblée

(Suite de la note page suivante.)

mêmes et *ipso facto*, créer du droit international coutumier. Cela découle non seulement des dispositions de la Charte des Nations Unies mais aussi de l'exigence fondamentale selon laquelle il faut une pratique générale (acceptée en tant que droit) pour qu'une règle de droit international coutumier émerge (ou soit confirmée).

Tout au plus peut-on dire [des résolutions de l'Assemblée générale] qu'une adoption à une large majorité (ou même à l'unanimité) est l'indication d'une *opinio juris sive necessitatis*. Cependant, une telle adoption ne crée pas de droit sans pratique correspondante, et cette pratique ne sera pas introduite tant que les États n'auront pas modifié leurs politiques et leur législation nationales¹³⁵.

(Suite de la note 134.)

générale adoptées par consensus ou à l'unanimité peuvent être considérées comme une pratique étatique et donc instituer de nouvelles règles de droit international coutumier»).

¹³⁵ Suy, «Innovation in international law-making processes», p. 190. Voir également *Sud-Ouest africain, deuxième phase* (note 55 *supra*), p. 169 et 170, opinion individuelle de M. Van Wyk («[L]es demandeurs n'ont pas cherché à appliquer les règles traditionnelles concernant la création du droit coutumier. Leur thèse suppose au contraire une proposition fort nouvelle, à savoir que les organes des Nations Unies possèdent une sorte de compétence législative qui leur permet d'adopter des mesures pouvant s'imposer à une minorité dissidente. Il ressort clairement des dispositions de la Charte que pareille compétence n'existe pas et, à mon avis, on aurait absolument tort de chercher à l'introduire au moyen d'une interprétation nouvelle et insoutenable de l'article 38, paragraphe 1 b, du Statut de la Cour»); Buergenthal et Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, p. 36 («comment les États votent et ce qu'ils disent au sein des organisations internationales est une forme de pratique étatique. Son importance dans l'élaboration du droit dépend de la mesure dans laquelle elle est conforme à la manière dont les États se conduisent et à ce qu'ils déclarent dans le même temps dans d'autres contextes»); Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 211 («La résolution n'a aucune force juridique en elle-même, et il faut se demander si effectivement, de l'avis général des États, elle exprime une règle obligatoire du droit international, de telle manière que les manifestations de la pratique des États conformes à cette règle peuvent être considérées comme motivées par elle»); Divac Öberg, «The legal effects of resolutions...», p. 904 («Parce que les résolutions ne font que façonner l'*opinio juris* et que, selon la jurisprudence actuelle de la [Cour internationale de Justice], la pratique en tant qu'élément du droit coutumier est extrinsèque, les résolutions n'ont pas d'effets substantiels concrets et autonomes. Leurs effets sont, pourrait-on dire, "présubstantiels", préparant le terrain à un effet substantiel réel si l'élément manquant est ajouté»); De Visscher, «Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies», p. 182 («Certes, les votes, même unanimes et répétés, de telles résolutions ne constitueront jamais la pratique interétatique qui est l'élément premier de toute coutume. Ces votes peuvent toutefois, quant à la genèse même d'une coutume, en constituer l'élément subjectif c'est-à-dire l'*opinio juris* ou la conviction de la juridicité de la norme. C'est ce que l'on désigne habituellement en parlant de consolidation ou de cristallisation d'une coutume en voie de formation. En outre, de tels votes fournissent un élément de preuve persuasif de l'existence d'une coutume contestée»); Weisburd, «The International Court of Justice and the concept of State practice», p. 363 («Il y a un autre problème que celui qui tient au fait que les États et leurs représentants savent que les résolutions de l'Assemblée générale n'ont pas d'effet juridique – un problème logique [...] un vote pour une résolution n'est indicatif d'une *opinio juris* que si l'État dont il émane s'engage à considérer que la règle énoncée dans la résolution, quelle qu'elle soit, est juridiquement contraignante. Or, si le vote ne lie pas l'État, on voit mal comment celui dont il émane peut s'engager à quoi que ce soit»); Mendelson, «The International Court of Justice and the sources of international law», p. 87 [«bien que l'on puisse arguer que faire une déclaration ou voter à l'Assemblée est une forme (faible) de pratique, considérer le même acte à la fois comme pratique et comme *opinio juris* semble, ainsi qu'on l'a déjà souligné, être une forme de double comptage, interdit non seulement parce qu'il est incompatible avec l'identification par la Cour des deux éléments distincts du droit coutumier, mais également parce qu'il aurait pour conséquence un "droit (coutumier) instantané". C'est là quelque chose qui ne correspond pas à l'intention des rédacteurs de la Charte et que, même aujourd'hui, les États en général ne semblent pas prêts à accepter»].

En d'autres termes,

la résolution n'a pas de force juridique propre et il convient de se demander si les États sont effectivement d'avis que la résolution exprime une règle contraignante de droit international telle que l'on puisse dire que lorsque la pratique des États est conforme à cette règle, c'est parce qu'elle est motivée par celle-ci¹³⁶.

Il en va de même pour les déclarations répétées dans des résolutions successives¹³⁷.

54. Il est proposé d'insérer dans la nouvelle partie V le projet de conclusion suivant :

«*Projet de conclusion 13. Résolutions des organisations et conférences internationales*

«Les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences internationales peuvent, dans certaines circonstances, constater le droit international coutumier ou contribuer à son développement ; elles ne peuvent en elles-mêmes constituer ce droit.»

¹³⁶ Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 211 (ajoutant : «Finalement, c'est la "pratique générale acceptée comme étant le droit" qui est la source de la coutume, mais établir que les États acceptent telle ou telle résolution de l'Assemblée générale comme normative constituera une preuve importante, impliquant que la pratique concordante est acceptée comme étant le droit»). Voir également MacGibbon, «Means for the identification of international law. General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity», p. 22 («Le rôle des résolutions est [...] uniquement indirect. Elles peuvent donner naissance à une pratique future ; elles peuvent clarifier et confirmer une pratique passée ou présente ; elles font partie du processus d'élaboration du droit, mais elles ne créent pas le droit en elles-mêmes. Leur effet normatif ou contraignant découle de l'association de la pratique pertinente et de son acceptation comme étant le droit»); Dupuy, «Théorie des sources et coutume en droit international contemporain», p. 67 et 68 («l'assentiment étatique au caractère juridiquement liant de ces règles [des déclarations de l'Assemblée générale] sera toujours nécessaire sous une forme ou sous une autre, qu'il s'agisse d'une déclaration formelle en sa faveur, d'une pratique effective attestant la conviction de son auteur, ou d'un silence tôt ou tard considéré comme approbateur»).

¹³⁷ Voir également MacGibbon, «Means for the identification of international law», p. 17 («De fait, l'absence de toute nouvelle règle conventionnelle ou coutumière du droit international conférant à l'Assemblée générale le pouvoir normatif dont elle ne jouit pas actuellement semble interdire d'attribuer un effet juridiquement contraignant à une résolution de l'Assemblée générale ou à une série ou succession de résolutions, aussi nombreuses soient-elles. Une recommandation ne se transforme pas en une obligation juridique pour la seule raison qu'elle est réaffirmée ou réitérée, aussi souvent le soit-elle [...] La simple répétition ne modifie pas comme par magie la nature juridique d'une résolution»); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 23 *supra*), 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, comme c'est le cas en l'espèce, elles sont réitérées si souvent et en termes catégoriques elles confortent sensiblement la thèse de l'illicéité [d'une chose] au regard du droit international coutumier»); *Essais nucléaires (Australie c. France)* [note 69 *supra*], p. 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 interdit dès maintenant les essais d'armes nucléaires»). Voir cependant *Sud-Ouest africain, deuxième phase* (note 55 *supra*), p. 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. 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»).

CHAPITRE IV

Jurisprudence et doctrine

55. Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes sont un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international (Statut de la Cour internationale de Justice, Art. 38, par. 1 *d*). Elles peuvent donc être pertinentes à l'égard de toutes les sources formelles du droit international, et cela vaut en particulier pour le droit international coutumier¹³⁸.

56. Le paragraphe 1 *d* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dispose ce qui suit :

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

[...]

d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

57. L'importance pratique des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes dans l'identification des règles de droit international coutumier a été soulignée dans le mémorandum du Secrétariat en ces termes : « la Commission s'est souvent fondée dans son analyse du droit international coutumier sur la jurisprudence et la doctrine¹³⁹ ». Le mémorandum contenait à ce propos cinq « observations » assorties d'exemples¹⁴⁰.

¹³⁸ Et pour les principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En tant que source de droit distincte du droit international coutumier, elles n'entrent pas dans le champ du présent sujet. Complétées par la pratique et l'*opinio juris*, elles peuvent devenir des règles de droit international coutumier [Waldock : « un principe général de droit interne reconnu en droit international aura toujours tendance à se cristalliser en une règle du droit coutumier » (« General course on public international law », p. 62)]. Elles peuvent donc être considérées comme une « source transitoire », au sens où leur utilisation répétée au niveau international peut en faire des règles du droit international coutumier : Pellet, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », p. 26.

¹³⁹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, p. 171, par. 30.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 162 et p. 171 à 173, par. 12 et par. 30 à 33. Les observations 1 et 15 à 18 se lisaient comme suit :

– « *Observation 1*

« Pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, la Commission interroge souvent toutes les sources mettant en évidence la pratique générale des États, ainsi que leur attitude et leurs prises de position, souvent en conjonction avec les décisions des cours et tribunaux internationaux et la doctrine. »

– « *Observation 15*

« La Commission invoque parfois la jurisprudence internationale comme étant l'expression concluante d'une règle de droit international coutumier existante. »

– « *Observation 16*

« La Commission invoque souvent aussi la jurisprudence pour établir l'existence ou l'inexistence d'une règle de droit international coutumier. »

– « *Observation 17*

« La Commission interroge parfois la jurisprudence internationale, y compris les sentences arbitrales comme source secondaire pour identifier la pratique des États pertinente. »

– « *Observation 18*

« La Commission interroge souvent la doctrine pour identifier des règles de droit international coutumier. »

A. Jurisprudence¹⁴¹

58. Les décisions¹⁴² des tribunaux nationaux peuvent jouer un double rôle en ce qui concerne le droit international coutumier : à titre de pratique des États¹⁴³ mais aussi comme élément de détermination des règles du droit international coutumier¹⁴⁴. Dans le second cas, elles doivent être abordées avec une prudence particulière, puisque « les tribunaux nationaux envisagent le droit international différemment des tribunaux internationaux¹⁴⁵ ».

59. Les décisions des cours et tribunaux internationaux concernant l'existence de règles de droit international coutumier et leur contenu ne constituent pas de la « pratique » mais jouent un rôle important comme « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit »¹⁴⁶.

¹⁴¹ Voir Lauterpacht, « Decisions of municipal courts as a source of international law », p. 65 ; Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* ; Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, p. 91 à 103 ; Jennings, « The judiciary, national and international, and the development of international law », p. ix à xiii ; Jennings, « Reflections on the subsidiary means for the determination of rules of law » ; Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 41 et 42 ; Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1552 à 1558 ; Dailier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, par. 259 et 260 ; Pellet, « Article 38 », p. 854 à 868, par. 306 à 334 ; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 37 à 42 ; Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty years of jurisprudence*, p. 247 à 252 et 1206 à 1210 ; Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, p. 127 à 131 ; Shaw, *International Law*, p. 78 à 80.

¹⁴² Le terme « décisions » dans ce contexte comprend les avis consultatifs et ordonnances rendues dans les procédures incidentes. Même si les cours et tribunaux internationaux sont souvent des organes d'organisations internationales, leurs décisions sont plutôt considérées comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit que comme une contribution en tant que « pratique » de l'Organisation.

¹⁴³ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 41 *e*. Voir aussi Gattini, « Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale ».

¹⁴⁴ Ce point de vue est parfois remis en question, mais on voit mal pourquoi les décisions des juridictions nationales, dans lesquelles se posent fréquemment des questions de droit international, devraient être exclues de l'expression « décisions judiciaires » figurant au paragraphe 1 *d* de l'Article 38. Rien ne permet de supposer que les auteurs du Statut entendaient qu'il en soit ainsi.

¹⁴⁵ Christopher Greenwood, « The contribution of national courts to the development of international law », Conférence annuelle Grotius, 4 février 2014, résumé disponible en ligne à l'adresse suivante : www.biiel.org/documents/159_annual_grotius_lecture_2014_summary.pdf. Pour deux études récentes sur les tribunaux nationaux, voir Reinisch et Bachmayer, « The identification of customary international law by Austrian courts » ; Pellet et Miron, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*.

¹⁴⁶ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 46 ; voir cependant Bernhardt, « Custom and treaty in the law of the sea », p. 270 (« Comme chacun sait, l'article 38 du Statut de la Cour internationale mentionne les décisions judiciaires au nombre des sources du droit international, mais uniquement "comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit". Cette formule sous-estime le rôle des décisions des juridictions internationales dans le

(Suite de la note page suivante.)

60. Il n'y a pas de doctrine de *stare decisis* en droit international¹⁴⁷. On ne saurait dire que les décisions des cours et tribunaux internationaux sont incontestables aux fins de l'identification des règles du droit international coutumier. Leur poids varie selon la qualité du raisonnement, la composition de la cour ou du tribunal et l'ampleur de la majorité par laquelle elles ont été adoptées. Il convient également de garder à l'esprit que le droit international coutumier peut avoir évolué depuis la date de la décision en question¹⁴⁸. Cependant, on considère souvent que la jurisprudence fait autorité, en particulier celle de la Cour internationale de Justice et des tribunaux spécialisés tels que le Tribunal international du droit de la mer¹⁴⁹. Il en est de même de certaines sentences arbitrales¹⁵⁰.

61. Les exemples d'identification de règles du droit international coutumier fondée sur des décisions judiciaires sont légion. La Cour internationale de Justice se fonde souvent sur ses décisions antérieures ou celles de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale. En fait, elle semble très réticente à s'écarter de ses décisions antérieures.

(Suite de la note 146.)

processus normatif. Les jugements motivés de manière convaincante ont souvent une influence des plus importantes sur le processus normatif, même si, en théorie, les juridictions appliquent le droit en vigueur et ne créent pas de nouveau droit»). En tout état de cause, les décisions des cours et tribunaux internationaux et la doctrine peuvent aussi être des sources secondaires pour l'identification de la pratique des États : voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, p. 172, observation 17, et p. 173, par. 33. Voir aussi Barberis, « Réflexions sur la coutume internationale », p. 34 (« Le droit coutumier peut également être créé par le biais des décisions des tribunaux internationaux. Ainsi, on a considéré que la règle selon laquelle une Partie ne peut opposer à une autre le fait de n'avoir pas rempli une obligation ou de ne pas s'être servie d'un recours judiciaire si la première, par un acte contraire au droit, a empêché cette dernière de remplir l'obligation ou d'avoir recours à la juridiction, est "un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale". Les règles principales qui constituent les bases de la procédure arbitrale ont été établies par la pratique des tribunaux arbitraux. Dans ce sens, on peut citer en premier lieu la norme selon laquelle tout juge est juge de sa propre compétence. Cette norme, connue généralement sous le nom de "règle de la compétence de la compétence", tire son origine des sentences arbitrales [...] La norme qui accorde à un tribunal la faculté d'édicter des mesures conservatoires relève aujourd'hui du droit coutumier et a été créée par la jurisprudence internationale. De même, certaines règles d'interprétation ont la même origine et, à titre d'exemple, on peut mentionner la règle de l'effet utile »).

¹⁴⁷ Voir Acquaviva et Pocar, « *Stare decisis* ».

¹⁴⁸ Voir aussi Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, p. 25 (« il existe un risque que les États et les auteurs considèrent les jugements [des juridictions internationales] comme une expression du droit international, alors qu'en fait un jugement ne représente au mieux qu'un "instantané" de ce droit »).

¹⁴⁹ Voir aussi Crawford, « The identification and development of customary international law », discours prononcé à la Conférence de printemps de la section britannique de l'Association de droit international, 23 mai 2014 (« Même si les arrêts de la Cour n'ont d'effet contraignant qu'entre les parties concernées et ne constituent qu'un "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit", en pratique ils sont considérés comme "des énoncés faisant autorité de l'état actuel du droit international". Après l'affaire du Nicaragua, le caractère coutumier des articles 1 et 3 communs des Conventions de Genève de 1949 est "maintenant considéré comme allant de soi et n'est presque jamais contesté". Cela ressort également de l'influence que la Cour exerce sur d'autres juridictions internationales »).

¹⁵⁰ Il existe divers recueils de sentences arbitrales, en particulier la publication des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales internationales*.

B. Doctrine¹⁵¹

62. On dit parfois que la doctrine a été cruciale pour la systématisation et même le développement du droit des nations au cours des siècles passés¹⁵². Peut-être considère-t-on maintenant qu'elle joue un rôle moins prépondérant mais, en fonction de la qualité des textes, elle demeure une source utile d'information et d'analyse aux fins de l'identification des règles du droit international coutumier.

63. Le rôle de « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations¹⁵³ » comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit a été bien cerné par le juge Gray en l'affaire du *Paquete Habana* : « Les tribunaux de justice recourent à ces travaux non pas pour les spéculations de leurs auteurs sur ce que la loi devrait être mais pour des indications fiables de ce qu'elle est vraiment¹⁵⁴. »

64. Lorsqu'on se penche sur l'avis des spécialistes, il faut se demander dans quelle mesure ils ont voulu rendre compte des positions de certains États ou groupes d'États, de quelle manière ils ont procédé pour l'identification du droit international coutumier, ou s'ils cherchent à promouvoir un certain point de vue ou à formuler des propositions de nouvelles règles de droit¹⁵⁵.

65. Parmi les textes de la doctrine, certains ouvrages collectifs revêtent une importance particulière, notamment les textes et les commentaires issus des travaux de la Commission¹⁵⁶ mais aussi ceux d'organismes privés

¹⁵¹ Voir Schwarzenberger, « The province of doctrine of international law » ; François, « L'influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international » ; Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, p. 103 à 108 ; Münch, « Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht » ; Lachs, « Teachings and teaching of international law », p. 161 à 252 ; Oraison, « Réflexions sur "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" (Flux et reflux des forces doctrinales académiques et finalisées) » ; Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, p. 1558 à 1560 ; Pellet, « Article 38 », p. 868 à 870, par. 335 à 339 ; Wood, « Teachings of the most highly qualified publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute) » ; Daillier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, par. 256 à 258 ; Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, p. 131 ; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 126 à 128 ; Shaw, *International Law*, p. 80 et 81.

¹⁵² Selon Greig, « comme la pratique des États et la jurisprudence n'étaient pas encore abondantes, les publicistes jouaient un rôle prépondérant », Greig, *International Law*, p. 40.

¹⁵³ On l'appelle souvent simplement « la doctrine » (*writings* ou *the literature* en anglais).

¹⁵⁴ *The Paquete Habana and The Lola*, Cour suprême des États-Unis (8 janvier 1900) 175 US, p. 677, à la page 700. Le juge Fuller, se dissociant de la majorité, a émis la mise en garde suivante : « Leurs opinions peuvent être persuasives mais elles ne font pas autorité » (p. 720).

¹⁵⁵ Jennings, « Reflections on the subsidiary means for the determination of rules of law », p. 328 et 329 (« Ces sources et les autres sources doctrinales peuvent dans certains cas indiquer ou non si elles visent la *lex lata* ou la *lex ferenda* [...] il est souvent dans l'intérêt des groupes de pression créant la doctrine de brouiller cette distinction et de présenter leurs propositions comme reflétant le droit positif »). Voir aussi Kammerhofer, « Law-making by scholars ».

¹⁵⁶ On mentionnera à titre d'exemple les travaux de la Commission sur le droit des traités dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* à propos du *jus cogens* [*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 100 et 101, par. 190] ; et le recours au projet d'articles sur la responsabilité des États (première lecture) dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* [arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, aux pages 39 et 40, par. 50] ; le projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 62 à

tels que l'Institut de droit international et l'Association de droit international. Comme pour tous les autres textes de doctrine, il importe toutefois, même si ce n'est pas toujours aisé, d'établir une distinction entre ceux qui visent à rendre compte de la législation existante (codification, ou *lex lata*) et ceux qui découlent du développement progressif (*lex ferenda*). Comme il a été dit à propos des articles de la Commission sur la responsabilité des organisations internationales¹⁵⁷, «les tribunaux et autres doivent aborder les articles [...] avec une certaine circonspection. Ils doivent [...] soulever les éléments lorsqu'ils déterminent le statut de telle ou telle disposition du projet¹⁵⁸».

66. Rares sont les cas où la Cour internationale de Justice s'est inspirée d'ouvrages d'auteurs individuels (plutôt que des textes de la Commission et de certains autres

78, et le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté en seconde lecture par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Plus récemment, la Cour internationale de Justice a fait référence à la version finale du projet d'articles, par exemple dans son arrêt du 19 décembre 2005 en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* [arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168, à la page 226, par. 160], où elle a mentionné les articles 4, 5 et 8 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Dans l'affaire de l'*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], la Cour a longuement fait référence aux articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Voir également Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 202 («les codifications établies par la Commission du droit international se sont révélées extrêmement précieuses [pour la Cour, s'agissant de déterminer si une règle du droit international coutumier existait], en raison principalement de l'exhaustivité des méthodes de travail de la [Commission]»).

¹⁵⁷ Résolution 66/100 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88.

¹⁵⁸ Wood, «Weighing the articles on responsibility of international organizations», p. 66.

ouvrages collectifs)¹⁵⁹. Leur importance n'en est pas pour autant remise en question : ils sont souvent mentionnés dans des opinions individuelles ou dissidentes et dans les décisions d'autres cours et tribunaux internationaux et nationaux¹⁶⁰.

67. Il est proposé d'insérer dans la nouvelle cinquième partie le projet de conclusion suivant :

«*Projet de conclusion 14. Jurisprudence et doctrine*

«La jurisprudence et la doctrine peuvent servir de moyens auxiliaires d'identification des règles du droit international coutumier.»

¹⁵⁹ Peil, «Scholarly writings as a source of law: a survey of the use of doctrine by the International Court of Justice».

¹⁶⁰ Voir par exemple Cour suprême de Singapour, Cour d'appel, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20, 14 mai 2010, par. 95 et 98 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision de la deuxième chambre, 8 mai 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, par. 64 et 65 ; Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, arrêt, 4 août 2004, par. 25 à 29 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Elizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, affaires n^{os} ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Chambre d'appel, arrêt du 13 décembre 2004, par. 518 ; Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre préliminaire, dossier n^o 002/19-09-2007-CETC-CP/BCJI (CP38), décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010 (note 23 *supra*), par. 61 (se référant également à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en la matière) ; *Delalić*, affaire n^o IT-96-21-T, jugement (note 90 *supra*), p. 138, par. 342 ; *Kaing Guek Eav alias Duch*, affaire n^o 001/18-07-2007-ECCC/SC, arrêt (note 65 *supra*), par. 114 à 116 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Prosecutor v. Nikola Šainović et al.*, affaire n^o IT-05-87-A, Chambre d'appel, arrêt du 23 janvier 2014, par. 1647 (et référence y figurant) ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision de la deuxième chambre, 5 novembre 2003, 2 BvR 1506/03, par. 47 ; Tribunal international du droit de la mer, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (note 90 *supra*), par. 169.

CHAPITRE V

L'importance des organisations internationales

68. Le Rapporteur spécial a indiqué dans son deuxième rapport que la pratique des organisations internationales pourrait également être pertinente pour l'identification du droit international coutumier¹⁶¹. Cette idée a été dans l'ensemble appuyée au sein de la Commission¹⁶² mais

¹⁶¹ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 43 et 44. Le Rapporteur spécial a proposé dans son deuxième rapport de définir l'expression «organisation internationale» (aux fins du projet de conclusions) comme désignant «une organisation intergouvernementale». En 2014, le Comité de rédaction a cependant jugé prématuré de choisir entre les diverses définitions possibles avant l'examen du présent rapport. Notre intention est qu'aux fins du projet de conclusions, l'expression «organisation internationale» désigne les organisations dotées d'une personnalité juridique internationale et dont les membres sont principalement des États ou d'autres organisations internationales. Le Rapporteur spécial n'estime pas nécessaire à l'heure actuelle d'inclure une définition dans le projet de conclusions, pour autant qu'une explication figure dans le commentaire. Le Comité de rédaction voudra peut-être examiner la question plus avant.

¹⁶² La Commission considérait déjà en 1950 que «[l']enregistrement au jour le jour de la pratique des organisations internationales peut être considéré comme une source de documentation relative au droit

plusieurs questions se sont posées quant à la nature particulière d'un tel rôle¹⁶³. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 [5], adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction en 2014, se lisait comme suit :

Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la création ou à la formulation de règles du droit international coutumier.

international coutumier dans le domaine des rapports existant entre les États et les organisations» [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n^o 12 (A/1316)*, p. 9, par. 78] ; voir aussi *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, p. 171, 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).»

¹⁶³ Voir par exemple l'intervention de M. Murphy, *Annuaire... 2014*, vol. I, 3224^e séance, 16 juillet 2014. Pour une réflexion ultérieure sur certaines des questions soulevées, voir Wood, «International organizations and customary international law».

Une note de bas de page dans le rapport du Président du Comité de rédaction indiquait que le projet de conclusion 4 [5] serait examiné de nouveau à la soixante-septième session de la Commission à la lumière de l'analyse de la question de la pratique des organisations internationales dans le présent rapport. De même, une note de bas de page se rapportant au projet de conclusion 6 [7], paragraphe 3, indiquait que les «[f]ormes de pratique des organisations internationales seraient examinées à l'avenir¹⁶⁴».

69. La Commission a eu récemment l'occasion d'évoquer les différences entre États et organisations internationales. Dans son commentaire général des articles sur la responsabilité des organisations internationales, elle a déclaré ce qui suit :

Les organisations internationales sont tout à fait différentes des États, et sont elles-mêmes très diverses. Au rebours des États, elles ne disposent pas d'une compétence générale et elles ont été établies pour exercer des fonctions spécifiques («principe de spécialité»). Il existe des différences considérables entre les organisations internationales au regard de leurs pouvoirs et fonctions, du nombre de leurs membres, des relations entre l'organisation et ses membres, des procédures de délibération, de leurs structure et moyens matériels, ainsi que s'agissant des règles primaires comportant des obligations conventionnelles dont elles sont tenues¹⁶⁵.

70. Les États restent les principaux sujets de droit international et, comme le Rapporteur spécial l'a expliqué dans le deuxième rapport, c'est avant tout leur pratique qui contribue à la formation et à l'expression des règles du droit international coutumier¹⁶⁶. Ce sont également eux qui (pour l'essentiel) créent et contrôlent les organisations internationales et les habilite à exercer en tant que personnes juridiques internationales distinctes une série de fonctions internationales aux fins de réaliser certains objectifs communs à leurs membres¹⁶⁷. Aussi semble-t-il

¹⁶⁴ Voir également le rapport intermédiaire du Président du Comité de rédaction, 7 août 2014 (note 10 *supra*), p. 9 et 10.

¹⁶⁵ Paragraphe 7 du commentaire général du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), par. 87 et 88. Le texte des articles est reproduit dans la résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, annexe.

¹⁶⁶ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 43.

¹⁶⁷ Voir aussi Hannikainen, «The collective factor as a promoter of customary international law», p. 130 («L'importance croissante des organisations internationales ne signifie pas que celles-ci soient maintenant au-dessus des États ou menacent sérieusement la souveraineté des États. Les États continuent d'être les principaux acteurs sur la scène internationale; en tant que fondateurs et membres des organisations internationales, ils sont en mesure de contrôler ces institutions, qu'ils ont créées – voire de les dissoudre. Dans le même temps, il ne faut pas oublier que les États ont délibérément conféré aux organisations internationales différents types de pouvoirs, et même, à certaines d'entre elles, des pouvoirs supranationaux»); Roberts et Sivakumaran, «Law-making by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law», p. 117 et 118 («D'un point de vue normatif, les organes intergouvernementaux sont créés et habilités par les États et les pouvoirs normatifs qu'ils exercent le cas échéant découlent donc du consentement des États. De plus, même après qu'ils ont délégué ces pouvoirs, les États conservent divers pouvoirs formels et informels leur permettant de sanctionner les organes qu'ils ont habilités si ceux-ci outrepassent leurs compétences normatives [...] Le rôle que des organes habilités par les États jouent dans la création du droit dépend ainsi du consentement initial des États et, dans une certaine mesure, de leur consentement actuel»); Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, p. 8 et 9 («si un quelconque élément de législation internationale doit être discerné dans les opérations des organisations internationales, les apôtres de ces structures

généralement «prématuré d'assimiler ce pouvoir normatif [que peuvent avoir certaines organisations internationales] à un pouvoir législatif véritablement autonome¹⁶⁸»; dans le même temps, étant donné que «les 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 communauté¹⁶⁹», l'exercice par les organisations internationales de leurs fonctions peut certainement être pertinent aux fins de l'identification du droit international coutumier. Cette idée générale a été largement appuyée lors du débat à la Sixième Commission en 2014¹⁷⁰.

71. Il convient d'emblée d'établir deux distinctions. Premièrement, et ceci est fondamental, nous devons différencier la pratique des États au sein des organisations internationales de celle des organisations internationales en tant que telle. Même si ce n'est pas toujours aisé (en particulier lorsque l'organe compétent d'une organisation

feraient bien de se souvenir que la théorie ayant présidé à leur création est celle de la délégation des pouvoirs des États»). Les États (qu'ils en soient membres ou non) peuvent s'opposer à la conduite d'une organisation internationale: voir par exemple Sorooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, p. 116 («un État peut vouloir objecter de manière persistante à la manière dont des pouvoirs délégués sont exercés au sein d'une organisation précisément pour empêcher qu'une règle coutumière pouvant résulter des actes de l'organisation ne le lie et limite ainsi l'exercice unilatéral de ses pouvoirs en dehors du cadre de l'organisation»); Alvarez, *International Organization as Law-Makers*, p. 593.

¹⁶⁸ Prost et Clark, «Unity, diversity and the fragmentation of international law», p. 354, et aux pages 367 et 368 («Le facteur décisif aux fins qui nous occupent est de savoir si l'organisation est capable d'exprimer une volonté véritablement autonome, c'est-à-dire une volonté qui n'est pas seulement la somme des volontés individuelles de ses membres, et si cette volonté indépendante lie les États membres [...] Sur ce point, le débat demeure ouvert [...] Au stade actuel du développement de la communauté juridique internationale, les organisations internationales demeurent en grande partie incapables d'instituer un pouvoir véritablement distinct de celui des États souverains. De fait, la logique institutionnelle n'éclipse jamais la logique étatique. Au contraire, elle présuppose, reflète et dans une certaine mesure magnifie le système de l'État-nation»). Voir aussi Klappers, «International organizations in the formation of customary international law», p. 183 («pour dire quelque chose qui fasse sens quant au rôle des organisations internationales dans la formation du droit international coutumier, il convient de prendre en compte la relation entre les organisations et leurs membres. D'une part, ceux qui considèrent que les organisations internationales ne sont guère plus que des instruments de leurs États membres auront relativement peu de difficultés à accepter l'idée que les actes de [leurs] organes puissent, d'une manière ou d'une autre, être considérés comme des actes des États. D'autre part, ceux qui insistent sur l'identité propre des organisations peuvent être moins enclins à considérer les actes de celles-ci comme des actes des États»).

¹⁶⁹ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949, p. 174, à la page 178.

¹⁷⁰ Voir par exemple les déclarations faites au nom de la Slovaquie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 20^e séance (A/C.6/69/SR.20), par. 41 et 42; de la France, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 30 et 31; de la Slovaquie, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/69/SR.23), par. 88; de l'Autriche, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 106; de la Norvège (au nom des pays nordiques: Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), *ibid.*, par. 130; de l'Afrique du Sud, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 93; de l'Espagne, *ibid.*, par. 102; de la Grèce, *ibid.*, par. 31; des Pays-Bas, *ibid.*; de la Pologne, *ibid.*, par. 57; du Portugal, *ibid.*, par. 3; de la Roumanie, *ibid.*, par. 89; de la Trinité-et-Tobago, *ibid.*, par. 117; des États-Unis («dans certaines circonstances bien précises»), *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 15; de la Jamaïque, *ibid.*, par. 37; de la République islamique d'Iran (les organisations internationales sont pertinentes pour l'identification du droit international coutumier «dans la mesure où cela reflète la pratique des États»), *ibid.*, par. 9; et de la République de Corée, *ibid.*, par. 70 (le texte des déclarations est également disponible auprès de la Division de la codification).

est composé d'États¹⁷¹) et si la doctrine est souvent peu claire sur ce point, la pratique des organisations internationales, personnes juridiques internationales distinctes, ne devrait pas en principe être assimilée à celle des États eux-mêmes (des «représentants des Membres, c'est-à-dire de personnes mandatées par leurs Gouvernements respectifs, dont elles reçoivent les instructions et dont elles engagent la responsabilité¹⁷²»). Dans le présent rapport, comme dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial est parti du principe que, le cas échéant, la pratique des États au sein des organisations internationales doit être attribuée aux États eux-mêmes¹⁷³.

72. La seconde distinction à établir est celle entre le comportement de l'organisation pour ce qui est de son fonctionnement interne [souvent appelé «pratique de l'Organisation» ou «pratique bien établie de l'Organisation» – voir les définitions de l'expression «règles de l'organisation» dans la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales

¹⁷¹ Comme l'a dit M^{me} Marie G. Jacobsson, dans certains cas, il peut être difficile de séparer les États et les organisations internationales pour ce qui est de leur implication (voir *Annuaire... 2014*, vol. I, 3226^e séance, 17 juillet 2014; voir également son intervention le même jour). Voir aussi Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 11 («la pratique des organisations internationales peut également donner naissance à des règles de droit coutumier. Il est exact que la plupart des organes de la plupart des organisations internationales sont composés de représentants des États et que leur pratique doit à toutes fins utiles être considérée comme la pratique des États. Mais la pratique des organes qui ne sont pas composés de représentants des États, par exemple le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, peut aussi donner naissance à des règles de droit coutumier [...] Les avis juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies ne doivent pas non plus être négligés»); Wessel et Blockmans, «The legal status and influence of decisions of international organizations and other bodies in the European Union», p. 6 [«une fonction importante des organisations internationales est de révéler la pratique des États (et l'*opinio juris*) et de contribuer à la création rapide de normes coutumières, bien qu'il faille garder à l'esprit la distinction entre pratique des États et pratique des organisations internationales»]; DeBartolo, «Identifying international organizations' contributions to custom» [«Bien que de tels actes [en lien avec des résolutions d'organisations internationales, par exemple] soient accomplis dans le cadre d'organisations internationales, ce sont des actes étatiques, accomplis par des représentants des États (en général les membres d'une délégation ou d'une mission permanente auprès de l'organisation internationale) et, en tant que tels, ils relèvent de la pratique des États et non de celle de l'organisation internationale»]; Alvarez, «International organizations: then and now», p. 333 («Bien que certains puissent préférer les décrire comme de simples "enceintes" accueillant des activités normatives, les [organisations internationales] [...] constituent, à toutes fins utiles, un nouveau type de législateur jouissant d'une certaine autonomie par rapport aux États qui les ont créées»); Johnstone, «Law-making through the operational activities of international organizations», p. 87 («dans la mesure où les organisations internationales agissent de manière autonome lorsqu'elles mettent en œuvre [certaines] pratiques, le processus normatif n'est pas directement lié au consentement des États»); Wouters et De Man, «International organizations as law-makers», p. 208.

¹⁷² Pour reprendre les termes de l'avis relatif à l'Article 3, *paragraphe 2, du Traité de Lausanne*, avis consultatif, C.P.J.I. série B n° 12, p. 29 (examinant dans un contexte différent la composition du Conseil de la Société des Nations).

¹⁷³ Voir également Treves, «Customary international law», par. 50 («Sujets du droit international, les organisations intergouvernementales participent au processus coutumier de la même manière que les États. Cette participation et sa pertinence doivent toutefois être examinées et évaluées avec une prudence particulière: premièrement, en raison des limites assignées à la compétence des organisations et, deuxièmement, parce qu'il peut être préférable de considérer de nombreuses manifestations de leur pratique, par exemple les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, comme relevant davantage de la pratique des États concernés que de celle des organisations»).

ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) et dans les articles sur la responsabilité des organisations internationales] et son comportement dans le cadre de ses relations avec les États, les organisations internationales et d'autres entités (pratique externe). Le premier peut dans certaines circonstances donner lieu à «une sorte de droit coutumier de l'organisation, formé par elle et ne s'appliquant qu'à elle¹⁷⁴» mais c'est en principe le second qui peut être pertinent pour la formation et l'identification du droit international coutumier¹⁷⁵.

73. La grande diversité des organisations internationales impose une grande prudence dans l'évaluation de leur pratique et du poids à lui attribuer¹⁷⁶. Par exemple,

¹⁷⁴ Peters, «Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin?», p. 630 et 631 (ajoutant cependant ce qui suit: «Pourtant, cela n'est pas tout à fait aussi simple, car dans le même temps la pratique établie a une caractéristique tenant à son origine dans l'organisation: elle repose dans une large mesure sur le droit secondaire de l'organisation, à savoir les résolutions et décisions contraignantes de ses organes»). Ce droit coutumier consisterait en ce qui suit: «pour l'essentiel, les règles concernant les relations entre les organes des organisations et entre celles-ci et leurs fonctionnaires» (Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 80). Une telle «coutume» sort du champ du présent sujet.

¹⁷⁵ Voir aussi, par exemple, Pellet, «Article 38», p. 816 et 817 («la pratique des organisations [internationales] elles-mêmes peut aussi revêtir une importance primordiale s'agissant d'établir l'existence de l'élément matériel. Il est toutefois nécessaire à cet égard d'opérer une distinction entre la pratique interne et purement institutionnelle, qui donne naissance à une règle coutumière dans le "droit propre" de l'organisation concernée, d'une part, et la contribution des organisations à la formation des règles générales du droit coutumier applicables hors du cadre de l'organisation, d'autre part»); Barberis, «Réflexions sur la coutume internationale», p. 33 («S'agissant de la pratique des organisations internationales, il est nécessaire de distinguer entre l'activité que leurs organes déploient en leur sein et qui a trait à l'ordre juridique interne de l'organisation, et l'activité qu'ils déploient sur le plan international. L'activité déployée au sein de l'organisation peut donner naissance à des règles coutumières relevant de l'ordre juridique interne de cette organisation. [...] Toutefois, la pratique d'une organisation sur le plan international peut créer des normes coutumières internationales»). Pour une conception différente de la chose, selon laquelle, «de nos jours, la plupart des décisions des organisations internationales ont un impact normatif interne et externe [...] [et] la distinction entre activités normatives internes et externes est en train de s'estomper», voir Wouters et De Man, «International organizations as law-makers», p. 194. Dans le mémorandum du Secrétariat, il est souligné ce qui suit: «La Commission considère parfois que la pratique de telle organisation internationale peut être érigée en coutume propre à cette organisation pouvant porter sur divers aspects des fonctions et activités de l'organisation, comme le pouvoir de conclure des traités ou les règles applicables aux traités adoptés au sein de l'organisation» [*Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, p. 171, observation 14].

¹⁷⁶ Lors du débat à la Sixième Commission en 2014, la Malaisie a considéré que, «[p]uisque les organisations internationales diffèrent en termes de composition et de structure, il ne fallait pas présumer que les actes ou l'inaction de l'une d'elles représentait la pratique générale des États aux fins d'établir le droit international coutumier» [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27)*, par. 44]; de même, Singapour a dit qu'il fallait «faire preuve d'une extrême prudence s'agissant d'évaluer la pertinence des actes, y compris de l'inaction, des organisations internationales. Il existe une diversité extrême dans l'organigramme, le mandat, la composition des organes de décision et les procédures de prise de décisions de ces organisations, tous facteurs qui ont une influence sur le rôle éventuel de celles-ci dans la formation du droit international coutumier» [ibid., 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 65]. Voir également Wouters et De Man, «International organizations as law-makers», p. 208 [«La question de savoir si les actes des organisations internationales peuvent être attribués à la communauté des États dans son ensemble est une question complexe; la réponse dépend de facteurs aussi divers que la nature de l'organisation (politique par

plus une organisation a d'États membres¹⁷⁷, ou plus sa pratique est expressément approuvée par ceux-ci (d'une manière ou d'une autre), plus cette pratique aura de poids. Ces considérations reflètent la place centrale qu'occupent les États dans le processus coutumier.

74. La pratique liée aux organisations internationales peut se présenter sous diverses formes, même s'il peut s'avérer difficile de les délimiter clairement. Premièrement, les actes des organisations internationales peuvent refléter la pratique et les convictions de leurs États membres¹⁷⁸. Comme cela est dit plus haut au chapitre III, les résolutions des organes composés d'États reflètent les avis et les votes exprimés par les États en leur sein, et peuvent donc être considérées comme pratique des États ou indication d'une *opinio juris*¹⁷⁹. De même, les politiques adoptées et actes accomplis par les organisations

(Suite de la note 176.)

opposition à technique), le nombre des États qui en sont membres (participation universelle et totale par opposition à participation régionale et limitée), la composition de l'organe (plénier ou non) qui adopte telle ou telle mesure et les modalités d'adoption de la mesure (à l'unanimité et par consensus ou à la majorité)»].

¹⁷⁷ Voir Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*, pour un examen général de l'ensemble des aspects. Voir également Skubiszewski, «Forms of participation of international organizations in the lawmaking processes», p. 791 («la coutume internationale est modifiée et développée par la pratique des États et des organisations internationales, en particulier celles à caractère universel»); Gunning, «Modernizing customary international law: the challenge of human rights», p. 225 («Plus élevé est le nombre et plus large est la représentativité des États qui appuient l'organisation et donc délèguent des pouvoirs à celle-ci, plus les actes de l'organisation peuvent être considérés comme créant le droit coutumier»); Alexandrowicz, *The Law-making Functions of the Specialised Agencies of the United Nations*, p. 98 («Ayant pour la plupart un caractère universel, les institutions [spécialisées des Nations Unies] se prêtent parfaitement à la création de règles coutumières acceptées au niveau mondial»).

¹⁷⁸ Crawford a écrit ce qui suit: «Les activités des organisations internationales ne figurent pas parmi les sources du droit international énumérées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Mais ces organisations sont bien placées pour contribuer au développement de ce droit, en premier lieu parce qu'elles sont en mesure d'exprimer la pratique collective des États membres» (Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 192). Voir également Gunning, «Modernizing customary international law», p. 222 («L'argument selon lequel les organisations internationales influencent la coutume postule que les pratiques de ces organisations [...] constituent des actes collectifs des États»).

¹⁷⁹ Voir également Prost et Clark, «Unity, diversity and the fragmentation of international law», p. 360 («aussi importantes les résolutions puissent-elles être dans le processus contemporain de formation de la coutume, il est toujours permis de douter que les [organisations internationales] soient réellement investies d'un pouvoir normatif. En matière de déclaration, de cristallisation et de formation "instantanée" de la coutume, l'autonomie des [organisations internationales] est en fait essentiellement formelle, et la faculté de créer le droit – le pouvoir normatif véritable et concret – tend à demeurer entre les mains des États Membres. Là encore, il ne s'agit aucunement de nier le rôle que jouent les [organisations internationales] s'agissant de canaliser le pouvoir des États et de lui donner forme. Il n'en reste pas moins que lorsque des résolutions sont considérées comme constitutives, en tout ou en partie, de règles de droit coutumier, la dynamique interétatique est essentiellement préservée et l'autonomie des organisations internationales est généralement limitée par la permanence, derrière le voile de l'organisation, des États Membres de celle-ci»); Klabbbers, «International organizations in the formation of customary international law», p. 188 («Dans l'affaire qui est, peut-être de manière commode, la principale affaire touchant à la fois la formation du droit international coutumier et l'interdiction de l'emploi de la force en droit international, l'affaire du *Nicaragua*, la [Cour internationale de Justice] a résolument fait sienne l'idée que les activités des organisations internationales et les textes issus de conférences internationales étaient, en dernière analyse, l'œuvre des États»).

internationales sont souvent examinés de près ou approuvés par leurs États membres.

75. Deuxièmement, le comportement des organisations internationales peut servir à catalyser la pratique des États. Essentiellement, l'action des organisations internationales au plan international peut susciter de la part des États des réactions pouvant compter comme pratique ou attester de leur avis juridique¹⁸⁰. C'est le cas par exemple lorsqu'elles présentent des projets de texte aux fins d'un débat entre les États, ou entreprennent des activités auxquelles réagissent les États. De même, les rapports produits ou adoptés par les organes des organisations internationales et les déclarations faites en leur nom suscitent souvent une réaction des États. Les résolutions appelant les États à agir – qu'il s'agisse de se doter d'une législation ou de prendre d'autres mesures internes – peuvent aussi donner naissance à une pratique des États.

76. Troisièmement, la pratique des organisations internationales concernant leur comportement international ou celui des organisations internationales en général peut servir de pratique pertinente aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier¹⁸¹. Dans

¹⁸⁰ Voir par exemple *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 23 *supra*), p. 258, par. 81 (faisant état d'un rapport du Secrétaire général des Nations Unies «unanimentement approuvé par le Conseil de sécurité»). Voir aussi Cassese, *Le droit international dans un monde divisé*, p. 177 («les Nations unies invitent les États à se prononcer sur diverses matières, en rapportant leurs commentaires: ceci, encore une fois, permet de prendre certaines positions qu'il serait difficile d'adopter autrement»); Charney, «Universal international law», p. 543 et 544; Vignes, «The impact of international organizations on the development and application of public international law», p. 829; Hannikainen, «The collective factor as a promoter of customary international law», p. 140 («Les résolutions ne sont pas la seule forme que prennent les activités des organisations internationales en matière de création de normes coutumières. De nombreux organes internationaux dialoguent avec les États pour les persuader d'adopter certaines bonnes pratiques ou formes de conduite. Il existe en outre des organes internationaux dotés de pouvoirs importants qui peuvent ne pas se contenter de persuader mais aussi exercer certaines pressions sur les États membres»); Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, p. 346 («Contrairement au mythe persistant selon lequel les organisations [intergouvernementales] n'ont guère de compétences normatives propres, ces organisations jouent un rôle de plus en plus important en tant qu'instances de dialogue et de coopération qui créent dans le public des attentes en matière de décisions collectives faisant autorité. Cela est spécialement vrai de l'Organisation des Nations Unies et de ses institutions spécialisées»).

¹⁸¹ Voir aussi Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 BvR 1506/03, décision de la deuxième chambre, 5 novembre 2003, par. 52 («davantage d'événements récents au niveau international, caractérisés par une différenciation et un nombre croissants de sujets reconnus de droit international, doivent être pris en considération pour déterminer la pratique des États. Les actes des organes d'organisations internationales [...] méritent donc une attention particulière»); Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 47 («les organisations internationales sont elles-mêmes des personnes internationales. Elles peuvent en propre donner naissance à des pratiques susceptibles d'acquiescer avec le temps le caractère de normes de droit coutumier ou contribuer au développement de ce droit, car aucune disposition de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne limite la coutume internationale à la pratique des seuls États. La personnalité internationale des organisations internationales impose toutefois des limites quant aux domaines du droit international que les pratiques des organisations peuvent toucher directement»); Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 25 («La pratique répétée de l'organe [de l'ONU] dans l'interprétation du traité peut instituer une pratique qui, si le traité porte sur des questions de droit international général, peut finir par se cristalliser en une coutume. Bien que la pratique d'un organe ne constitue peut-être pas une bonne preuve de l'intention initiale des États parties, elle a valeur de preuve du droit

une large mesure, cet état de choses « ressort peut-être le mieux des actes d'organes administratifs ou opérationnels¹⁸² » et se rapporte aux « activités opérationnelles » des organismes qui s'apparentent à celles menées par les États, définies par un auteur comme « les programmes que les organisations internationales mettent en œuvre dans le cadre de leur mission générale ou en exécution d'un mandat précis¹⁸³ ». Ces activités sont extrêmement

coutumier. L'Organisation des Nations Unies participe en l'occurrence à l'élaboration du droit international »; Skubiszewski, « Forms of participation of international organizations... », p. 791 (« L'application du droit international coutumier par les organes de l'organisation et au sein de ceux-ci peut très bien aboutir à la formation de nouvelles règles »); Boisson de Chazournes, « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? », p. 38 (« De manière générale, en tant que sujets de droit international, les organisations internationales contribuent au façonnement du droit international. Cette contribution revêt différents visages, montrant là encore le caractère pluriel de la pratique. [...] Ainsi, une organisation internationale peut être véhicule de pratique pour ses États membres. Elle peut avoir sa propre pratique externe par l'intermédiaire de ses organes politiques et intégrés. Elle peut également développer des pratiques qui lui sont propres dans son ordre interne »); Danilenko, « The theory of international customary law », p. 20 (« Il est incontesté que la pratique des États a une influence décisive sur la formation de la coutume. Dans le même temps, il est largement admis que la pratique des organisations internationales dans les domaines qui relèvent de leur compétence contribue également à la création de règles coutumières »); Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, p. 1 (« Les organisations internationales ont la personnalité juridique internationale et peuvent participer aux relations internationales en leur propre capacité, indépendamment de leurs États membres. À cet égard, leur pratique peut contribuer à la formation du droit international coutumier »); Lowe, « Can the European Community bind the member States on questions of customary international law? », p. 158 (« Je ne demande pas non plus si les déclarations de la Communauté [européenne] peuvent être considérées comme pratique des États au sens du paragraphe 1 b) de l'Article 38 du Statut de la Cour [internationale de Justice]. Elles le peuvent manifestement, dans la mesure où elles émanent d'une personne internationale »); Akehurst, « The hierarchy of the sources of international law », p. 281 (« De nombreux actes d'organisations internationales ne sont pas en eux-mêmes des sources du droit international, soit parce qu'ils font seulement partie de la pratique à partir de laquelle le droit international coutumier se développe*, soit parce qu'ils ne font que rendre compte d'accords entre les États (ou de promesses faites par ceux-ci) »); Mendelson, « The formation of customary international law », p. 201 (« ce que l'on appelle habituellement et de façon opportune la pratique étatique [...] est, pour être précis, la pratique de sujets de droit international »); Déclaration de Londres (note 84 *supra*), p. 730 (« la pratique des organisations intergouvernementales est en tant que telle une forme de "pratique des États" »).

¹⁸² Sloan, « General Assembly resolutions revisited (forty years later) », p. 74 (qui suggère que, « [I]es organisations internationales étant des sujets de droit international, leur pratique contribue également à la création de la coutume »). Voir aussi Schachter, « The development of international law through the legal opinions of the United Nations Secretariat », p. 93 (disant, à propos de prises de parole du Secrétaire général dans d'importantes controverses politiques : « [Elles] ont presque toujours visé à présenter des opinions juridiques »).

¹⁸³ Johnstone, « Law-making through the operational activities of international organizations », p. 94 (examinant ces activités dans un contexte quelque peu différent, établissant une distinction entre ces activités et ce qui suit : « les fonctions les plus explicitement normatives des organisations internationales, par exemple la conclusion de traités ou l'adoption de résolutions, de déclarations et de réglementations par des organes intergouvernementaux »). Voir également Schmalenbach, « International organizations or institutions, general aspects », par. 78 (« certaines organisations opèrent dans le même domaine et de la même manière que les États. Dans de tels cas, les unes et les autres contribuent par leur pratique et leur *opinio juris* à la création des mêmes règles de droit coutumier, à condition que le caractère particulier d'une organisation internationale n'appelle pas de modifications »); Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 195 (« Les organisations peuvent conclure des accords avec des États membres et non membres et avec d'autres organisations, présenter des réclamations internationales et faire des déclarations officielles sur les questions qui les touchent. Sous réserve de ce qui a été dit au sujet de la

variées et, selon les fonctions et pouvoirs attribués aux organisations internationales, peuvent aller des mesures d'exécution que prend l'Organisation des Nations Unies aux fonctions du Secrétariat en tant que dépositaire de traités. Sauf dans de tels domaines, il est peu probable que les actes et les vues du Secrétariat constitueront de la pratique¹⁸⁴.

77. C'est lorsque les États ont attribué leurs compétences aux organisations internationales que leur participation à la formation et à l'identification des règles du droit international coutumier est la plus claire : « Lorsque, comme dans le cas de l'[Union européenne], l'organisation internationale remplace ses États membres en tout ou en partie dans les relations internationales, sa pratique peut être pertinente dans des domaines plus vastes [que les seules questions juridiques touchant directement sa participation aux relations internationales]¹⁸⁵. » Pour l'essentiel, cette pratique peut être assimilée à celle des États. Comme le Rapporteur spécial l'a expliqué dans son deuxième rapport, ne pas assimiler la pratique de ces organisations internationales à celle des États reviendrait à dire non seulement que la pratique des organisations ne vaut pas pratique étatique, mais également que les États membres ne pourraient plus ou guère y contribuer¹⁸⁶.

78. En outre, là où la pratique des organisations internationales peut être pertinente, les considérations formulées dans le présent rapport, le précédent rapport et le projet de conclusions et s'appliquant à la pratique des États peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* à la pratique des organisations internationales¹⁸⁷.

prudence nécessaire dans l'évaluation des actes des organes politiques, la pratique des organisations fournit des preuves du droit. De plus, leur comportement "sur le terrain" peut influencer la doctrine en matière de droit international et ainsi, indirectement, la formation de la coutume »).

¹⁸⁴ Corten, *Méthodologie du droit international public*, p. 173 (« Il arrive régulièrement que le secrétaire général des Nations unies exprime sa position au sujet de la licéité d'une opération militaire [...]. De telles prises de position ne manquent pas d'intérêt, dans la mesure où elles peuvent susciter des réactions officielles de la part des États membres de l'ONU. En tant que telle, cependant, une déclaration du secrétaire général n'est pas de nature à engager juridiquement les Nations Unies en tant qu'organisation internationale. Ni a fortiori les États membres de l'organisation »).

¹⁸⁵ Treves, « Customary international law », par. 52. Voir par exemple *Tadić* (note 90 *supra*), p. 478 et 479, par. 115 (référence aux déclarations du Conseil de l'Union européenne).

¹⁸⁶ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 44. Lors du débat à la Sixième Commission en 2014, le représentant de l'Union européenne a souligné que « dans le domaine où, en application des règles des traités de l'Union européenne, seule l'Union peut agir, [...] c'est la pratique de l'Union, avec l'application par les États membres de la législation de celle-ci, qui [devait] être prise en considération en ce qui concerne la formation du droit international coutumier » [voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25)*, par. 79; intervention également disponible en ligne à l'adresse suivante : www.un.org/fr/ga/sixth]. Voir aussi Vanhamme, « Formation and enforcement of customary international law: the European Union's contribution », p. 130 (« On peut affirmer sans crainte que toutes les relations extérieures de l'Union européenne reposant sur le [Traité instituant la Communauté européenne] constituent une pratique pertinente en droit international »); Hoffmeister, « The contribution of EU practice to international law », p. 37 à 128. Les traités fondateurs de l'Union européenne disposent que l'Union « contribue [...] au strict respect et au développement du droit international » (version consolidée du Traité sur l'Union européenne, art. 3, par. 5).

¹⁸⁷ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 43.

79. Compte tenu de ce qui précède, aucune modification n'est proposée au paragraphe 2 du projet de conclusion 4 [5] adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction en 2014 (« Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la création ou à la formulation de règles du droit international coutumier »). Cependant, afin de clarifier la position en ce qui concerne les acteurs non étatiques telle qu'elle ressort du débat à la soixante-sixième session de la Commission, il est proposé de supprimer le mot « principalement » du paragraphe 1 du projet de conclusion 4 [5] (adopté à titre

provisoire par le Comité de rédaction), et d'y insérer un nouveau paragraphe 3 :

« *Projet de conclusion 4 [5]. Exigence d'une pratique*

« [...]

« 3. Le comportement d'autres acteurs non étatiques ne constitue pas une pratique aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier. »

CHAPITRE VI

Coutume particulière

80. Jusqu'ici, seul le droit international coutumier « général » a été pris en considération dans l'étude du présent sujet, c'est-à-dire les règles de droit international coutumier « d'application générale, et valables à l'égard de tous les États¹⁸⁸ ». Il arrive toutefois qu'une règle de droit international coutumier ne soit contraignante que pour certains États. Cette possibilité a été admise par la Cour internationale de Justice¹⁸⁹ et par certains juges de la Cour¹⁹⁰, ainsi que par les juridictions nationales¹⁹¹, les

gouvernements¹⁹² et la doctrine¹⁹³. Il s'agit de règles coutumières « particulières », également dites « spéciales », qui revêtent dans la plupart des cas la forme d'une coutume régionale ou locale (bilatérale)¹⁹⁴.

81. Si les règles coutumières particulières lient souvent des États situés dans une certaine zone géographique ou

¹⁸⁸ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (note 45 *supra*), p. 292 et 293, par. 90 (« principes déjà clairement affirmés par le droit international coutumier, [...] principes qui, à cause de cela, sont certainement d'application générale, et valables à l'égard de tous les États »).

¹⁸⁹ Voir *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (note 110 *supra*), p. 276 (dans laquelle la Cour a examiné l'argument invoqué par la Colombie, fondé sur « une prétendue coutume régionale ou locale, propre aux États de l'Amérique latine »); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (note 40 *supra*), p. 200 (« une coutume locale »); *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 39 (« une coutume locale »); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 105, par. 199 (« en droit international coutumier, qu'il soit général ou particulier au système juridique interaméricain »); *Différend frontalier*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 554, à la page 565, par. 21 (« non pas une simple pratique qui aurait contribué à la formation graduelle d'un principe de droit international coutumier dont la valeur serait limitée au continent africain comme elle l'aurait été auparavant à l'Amérique hispanique »); *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 233, par. 34 et 36 (« droit international coutumier [...] soit de portée universelle, soit de caractère régional [...] la coutume [...] universelle ou régionale »).

¹⁹⁰ Voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* [note 84 *supra*], p. 79 et 94, opinion individuelle de M. de Castro (« les coutumes ou pratiques régionales, de même que les coutumes spéciales »); *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 *supra*), p. 62 (opinion individuelle de M. Bustamante y Rivero, Président) [« un droit régional coutumier »]; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (note 40 *supra*), p. 290 et 291, opinion individuelle de M. Ammoun.

¹⁹¹ Voir, par exemple, Cour suprême d'Afrique du Sud, *Nkondo v. Minister of Police and Another*, division provinciale de l'État libre d'Orange, 7 mars 1980, ILR, vol. 82 (1990), p. 358, aux pages 368 à 375 (le juge Smuts a estimé qu'aucun élément n'indiquait qu'il existait une pratique établie de longue date entre la République sud-africaine et le Lesotho qui serait devenue une coutume locale donnant le droit de traverser la frontière sans avoir à remplir de formalités administratives); Cour suprême autrichienne, *Service of Summons in Criminal Proceedings*, 21 février 1961, ILR, vol. 38 (1969), p. 135 (où la Cour évoque des règles générales de droit international applicables à l'Europe continentale).

¹⁹² Voir, par exemple, l'avis du Département fédéral suisse des affaires étrangères daté du 15 décembre 1993, selon lequel le principe de non-refoulement est devenu une règle de droit international coutumier de portée régionale en Europe (Caflich, « Pratique suisse en matière de droit international public 1993 », p. 601 à 603); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* [note 101 *supra*], compléments de réponse de la Belgique à la question qui lui a été posée par M. le juge Greenwood au terme de l'audience tenue le 16 mars 2012, par. 21 et 37 à 38 (disponible sur le site de la Cour : www.icj-cij.org).

¹⁹³ Voir, par exemple, Skubiszewski, « Elements of custom and the Hague court », p. 830 (« Généralité [de la pratique] ne vaut pas universalité, et le terme "générale" est employé ici [au paragraphe 1 b) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice] en un sens relatif. Dans différents domaines des activités extérieures des États, ce terme vise des groupes d'États plus ou moins larges »); Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 88 et 89 (« si la pratique et l'*opinio juris* ne sont pas générales mais limitées aux États appartenant à un groupe identifiable ou autrement liés par un intérêt commun, une coutume peut néanmoins voir le jour, mais elle ne s'appliquera qu'entre les membres de ce groupe et ne pourra être ni imposée ni opposée aux autres États »); Mendelson, « The formation of customary international law », p. 191; *Restatement of the Law Third*, par. 102 b et e (faisant référence au droit coutumier particulier et à la coutume générale et spéciale). La question de la hiérarchie entre les règles générales et particulières de droit international coutumier sort du cadre du présent sujet.

¹⁹⁴ Basdevant fait référence à la coutume « relative » (Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », p. 486); Cohen-Jonathan, à la « coutume locale » (Cohen-Jonathan, « La coutume locale », p. 120); MacGibbon, aux « coutumes spéciales ou exceptionnelles » (MacGibbon, « Customary international law and acquiescence », p. 116 et 117). Akehurst propose d'utiliser la formulation « coutume spéciale » pour désigner les coutumes régionales et toutes les autres coutumes appliquées par un groupe restreint d'États (Akehurst, « Custom as a source of international law », p. 29); et Wolfke parle de « règles coutumières exceptionnelles » (Wolfke, « Some persistent controversies regarding customary international law », p. 13). Voir également Degan, *Sources of International Law*, p. 243 et 244 (« Il serait peut-être utile de mettre de l'ordre dans cette terminologie, parce que toutes les règles coutumières de ce type ne sont pas identiques [...]. Toutes ces règles coutumières ont néanmoins des caractéristiques communes en droit international. Elles devraient donc être désignées par le terme générique de "coutume particulière" pour les distinguer du droit coutumier général »). Voir cependant Gamio, « Costumbre Universal y Particular » (où l'auteur fait valoir qu'il est erroné de parler de coutume particulière, étant donné que les différences par rapport à la coutume générale sont si grandes qu'il s'agit en fait d'une source juridique différente, qui se rapproche plus des principes généraux de droit ou des traités que de la coutume).

formant une communauté d'intérêts¹⁹⁵, elles peuvent aussi être bilatérales. Comme l'a noté la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien* : « On voit difficilement pourquoi le nombre des États entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux¹⁹⁶. » La distinction entre droit international coutumier général et droit international coutumier particulier apparaît donc « conceptuellement simple. La coutume générale s'applique à tous les États, alors que la coutume spéciale se limite aux relations entre un plus petit groupe d'États¹⁹⁷ ».

82. Les règles coutumières particulières naissent d'une pratique acceptée comme étant le droit par un nombre restreint d'États et, de ce fait, ne s'imposent pas aux États tiers n'ayant pas adopté la pratique en question ni exprimé, sous quelque forme que ce soit, leur consentement à être liés¹⁹⁸. Elles peuvent se « développer de manière autonome ou découler de la désintégration d'une règle coutumière générale, voire d'une règle conventionnelle¹⁹⁹ », permettant ainsi de « tenir compte, dans la création ou l'adaptation des règles de ressort territorial limité, des circonstances géographiques, historiques et politiques particulières [aux États] dont il s'agit²⁰⁰ ». Il n'est pas à

¹⁹⁵ Voir également Koroma, « The application of international law by the International Court of Justice », p. 106 (« La coutume particulière est une règle coutumière qui s'est formée entre deux États, au sein d'un groupe d'États ou dans une certaine région »); Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 90 (« La distinction de règles particulières du droit international coutumier peut certes reposer également sur des critères autres que géographiques, par exemple des critères politiques, ethniques, économiques ou religieux, ou sur l'appartenance à des organisations »); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 56 (« Un droit coutumier particulier non régional peut se concevoir, par exemple, entre États ayant en commun des intérêts socio-économiques ou, en définitive, uniquement l'intérêt que présente la règle coutumière en question »); Elias, « The relationship between general and particular customary international law », p. 72 (« rien d'autre n'est nécessaire, pour que la pratique d'un État devienne pertinente, que l'intérêt de cet État pour une question particulière, et [...] les raisons de cet intérêt peuvent être ou ne pas être liées à la géographie »); Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 68.

¹⁹⁶ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)* [voir supra la note 189], p. 39 (où l'on peut également lire : « La Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux États »). Voir également *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [note 189 supra], p. 265 et 266, par. 140 à 144.

¹⁹⁷ D'Amato, « The concept of special custom in international law », p. 212. Voir également McDougal et Lasswell, « The identification and appraisal of diverse systems of public order », p. 178 (« certaines dispositions s'appliquent dans le monde entier; d'autres reconnaissent l'autonomie de petits groupes »). Néanmoins, Thirlway fait observer qu'« en matière de droit coutumier local en général, il peut souvent être difficile de déterminer avec exactitude quelles sont les limites de la "communauté" à laquelle on peut considérer que la coutume en question s'applique » (*International Customary Law and Codification*, p. 135).

¹⁹⁸ Voir également Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, p. 1198 à 1200; MacGibbon, « Customary international law and acquiescence », p. 117 (« Le processus de formation est similaire à celui de tous les types de règles coutumières, à savoir l'affirmation d'un droit d'une part et le consentement ou l'acquiescement à cette affirmation, de l'autre »).

¹⁹⁹ Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 56.

²⁰⁰ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (note 110 supra), p. 333, opinion dissidente de M. Azevedo (qui évoque l'asile diplomatique en Amérique latine). À cet égard, Dupuy note l'avantage du « pluralisme coutumier » (Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage », p. 82).

exclure que de telles règles se transforment au fil du temps en règles coutumières générales²⁰¹.

83. Pour établir l'existence de règles coutumières particulières, la Cour internationale de Justice a appliqué le paragraphe 1 b de l'Article 38 de son Statut²⁰². Toutefois, la coutume particulière n'étant par nature contraignante que pour un nombre restreint d'États, il est nécessaire de déterminer précisément les États qui participent à la pratique et qui l'ont acceptée comme étant le droit²⁰³. Par conséquent, un critère strict s'applique²⁰⁴.

²⁰¹ Voir également Barboza, « The customary rule: from chrysalis to butterfly », p. 14 (« Une coutume particulière, c'est-à-dire une coutume liant un certain nombre d'États pour des raisons particulières, peut demeurer telle ou, en se répandant, se transformer en une coutume universelle. Une coutume régionale peut demeurer régionale à jamais ou tomber en désuétude et, dans un cas comme dans l'autre, le consentement sera un facteur clé. Elle peut aussi se transformer en une coutume universelle »).

²⁰² Voir *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (note 110 supra), p. 276 et 277 (« La Partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie. [Elle] doit prouver que la règle dont [elle] se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par les États en question, et que cet usage traduit un droit [ou un devoir] [...]. Ceci découle de l'Article 38 du Statut de la Cour, qui fait mention de la coutume internationale "comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit" »). Voir également Crema, « The "right mix" and "ambiguities" in particular customs: a few remarks on the *Navigational and Related Rights* case », p. 66; Elias, « The relationship between general and particular customary international law », p. 75 et 76. Voir cependant *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 supra), p. 130 et 131, opinion individuelle de M. Fouad Ammoun; D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 249 et 250.

²⁰³ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (note 110 supra), p. 276. Voir également *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (note 40 supra), p. 200; *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 supra), p. 130 et 131, opinion individuelle de M. Fouad Ammoun (« si une règle générale de droit coutumier n'exige pas le consentement de l'unanimité des États, ainsi qu'il résulte des termes explicites [du paragraphe 1 b de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice] [...], il n'en est pas de même quant à la règle coutumière régionale, vu le nombre restreint des États qu'elle est destinée à régir et qui sont à même d'y donner leur consentement »); *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* [note 189 supra], p. 279, par. 24, opinion individuelle de M. le juge Sepúlveda-Amor; Waldock, « General course on public international law », p. 50 (« pour pouvoir opposer une coutume [générale] à un État, il n'est pas nécessaire de démontrer expressément que cet État l'a acceptée comme étant le droit; son acceptation de la coutume se présume, de telle manière qu'il sera lié par elle à moins qu'il ne puisse prouver qu'il s'est effectivement opposé à la pratique en question. Lorsqu'elle applique une coutume générale, la Cour peut renvoyer à la pratique, le cas échéant, des parties en litige en ce qui concerne la coutume; mais elle n'a encore jamais considéré que prouver l'acceptation de la pratique par les parties étaient une condition sine qua non de l'application à celles-ci de la coutume en cause. La situation est bien entendu fort différente s'agissant d'une coutume particulière propre à deux ou trois États, comme dans l'affaire du *Droit de passage*, parce qu'il s'agit d'une dérogation au droit général et que la règle exceptionnelle repose entièrement sur l'acceptation de la coutume par les parties en litige elles-mêmes »); Pellet, « Article 38 », p. 830 et 831.

²⁰⁴ Voir également Forteau, « Regional international law », par. 20 (« [I]l existe une alternative: soit la coutume invoquée a un caractère général et la partie qui l'invoque doit prouver l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit émanant de la majorité des États, soit elle a un caractère régional, local ou bilatéral, et la partie qui l'invoque doit satisfaire à un critère de preuve relativement strict. Dans de tels cas, la coutume a une nature consensuelle et la partie qui l'invoque doit prouver que "la règle dont [elle] se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par [tous] les États" concernés (affaire du *Droit d'asile*, p. 276) »]; Crawford, « Chance, order, change: the course of international law », p. 246 et 247 (« La Cour a considéré

84. Le Rapporteur spécial propose le projet de conclusion suivant, qui pourrait figurer dans la nouvelle

(Suite de la note 204.)

que l'existence de cette "prétendue coutume régionale ou locale, propre aux États de l'Amérique latine" [dans l'affaire du *Droit d'asile*] était en fait une question *bilatérale* [...]. Il semble clair que la Cour, bien qu'elle ait invoqué le paragraphe 1 *b* de l'Article 38 de son Statut, a appliqué un critère de preuve plus strict que celui qu'elle aurait appliqué s'agissant d'une règle "universelle" de droit international général [...]. Cela ne signifie pas qu'une coutume régionale ou locale ne puisse *jamais* être invoquée, mais seulement qu'il faut prouver qu'elle existe entre les États parties au différend; que la "région" au sein de laquelle la coutume existe comprenne 2 ou 22 États ne fait aucune différence [...]. Ce point est bien illustré dans l'affaire du *Droit de passage*); Combacau et Sur, *Droit international public*, p. 72 («puisque ces règles sont propres à certains États, il faut définir positivement le cercle des sujets concernés, ce qui ne peut être fait qu'en établissant leur participation directe. De l'autre et surtout, ces coutumes sont virtuellement en conflit, ou dérogoires par rapport à des coutumes générales également obligatoires. Dès lors il faut établir que les États en cause se sont expressément affranchis dans leurs rapports mutuels, et seulement dans ces rapports, de la règle générale»); Shaw, *International Law*, p. 66 [«Dans de tels cas [de coutume régionale ou locale], le critère auquel il faut satisfaire en matière de preuve, s'agissant en particulier de l'obligation acceptée par la partie à laquelle la coutume locale est opposée, est plus strict que lorsque c'est une coutume ordinaire ou générale qui est invoquée [...]. [Une] coutume locale nécessite l'acceptation positive de la règle par les deux (ou toutes les) parties. Les coutumes locales sont en effet toutes des exceptions au caractère général du droit coutumier, ce qui implique que tous les États adoptent une approche relativement souple de la formation du droit et vient rappeler l'ancienne théorie du consentement selon laquelle les États ne sont liés que par ce à quoi ils ont consenti. Les exceptions confirment peut-être la règle, mais davantage de preuves sont nécessaires pour établir leur existence»]; Degan, *Sources of International Law* p. 245 («Pour les États ou autres sujets qui ont été passifs dans la pratique normative, qui n'ont manifesté aucun intérêt pour celle-ci, ou pour lesquels aucune *opinio juris* ne peut être prouvée, une règle coutumière particulière est

partie VI, intitulée «Exceptions à l'application générale des règles de droit international coutumier» :

«Projet de conclusion 15. *Coutume particulière*

«1. Une coutume particulière est une règle de droit international coutumier qui ne peut être invoquée que par ou contre certains États.

«2. Pour établir l'existence et le contenu d'une coutume particulière, il est nécessaire de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée par tous les États concernés comme étant le droit (*opinio juris*).»

une *res inter alios acta*, tout comme un traité pour les États qui n'y sont pas parties. C'est précisément pour ces raisons qu'il existe d'importantes différences, par rapport à la coutume générale, en ce qui concerne la charge de la preuve des règles coutumières particulières»); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 56 [où l'auteur fait observer ceci, concernant l'arrêt dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*: «L'idée était que les règles particulières ne diffèrent des règles générales qu'en ce qu'elles nécessitent, pour se former, la reconnaissance expresse (ou implicite) des États qui y adhèrent, auxquels, d'ailleurs, incombe la charge de la preuve.». Voir cependant *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (note 110 *supra*), p. 294, opinion dissidente de M. Alvarez: «Pour qu'un principe, une coutume, une doctrine, etc., soient considérés comme étant du droit international américain, il n'est pas nécessaire qu'ils aient été acceptés par tous les États du Nouveau Monde [obligeant tous les États du Nouveau Monde]: il se passe ici ce qui a lieu pour le droit international universel.» Le juge de Castro a déclaré que «[l]a Cour [devait appliquer le droit international coutumier général] d'office; elle a le devoir de le connaître comme *quaestio iuris: iura novit curia*. Seules les coutumes ou pratiques régionales, de même que les coutumes spéciales, sont soumises à la nécessité de la preuve» [Compétence en matière de pêcheries (*Royaume-Uni c. Islande*) [voir *supra* la note 84], p. 79, opinion individuelle de M. de Castro].

CHAPITRE VII

Objecteur persistant

85. Même si les règles de droit international coutumier (général) «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 avantage²⁰⁵», on considère généralement qu'un État qui s'est systématiquement opposé à une règle de droit international coutumier en voie de formation et qui continue de s'y opposer après sa cristallisation n'est pas lié par elle²⁰⁶. C'est ce que l'on appelle la «règle de l'objecteur persistant²⁰⁷».

²⁰⁵ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 18), p. 38 et 39, par. 63.

²⁰⁶ L'application de la règle de l'objecteur persistant aux normes impératives du droit international (*ius cogens*) sort du cadre du sujet examiné.

²⁰⁷ Bien entendu, il convient de distinguer ce cas de figure de la situation où une règle en voie de formation se heurte à une opposition qui l'empêche de se cristalliser en une règle (générale) contraignante. Pour citer le juge Ammoun, «l'on connaît assez, pour ne pas avoir à s'y étendre, les conséquences sur l'éclosion de la coutume d'une opposition qui n'est pas supposée être nécessairement aussi massive» [*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (note 40 *supra*), p. 308, opinion individuelle de M. Ammoun]. Voir également Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, arrêt, 4 août 2004,

86. Cette règle est mentionnée dans un certain nombre de décisions de juridictions nationales et internationales et, comme il est souligné dans la Déclaration de Londres de l'Association de droit international, elle n'est remise en question dans aucune d'entre elles²⁰⁸. Dans l'affaire du *Droit d'asile*, la Cour internationale de Justice a affirmé qu'elle ne saurait «admettre que le Gouvernement de la Colombie [eût] prouvé l'existence d'une telle coutume. À supposer que cette coutume existât entre certains États seulement de l'Amérique latine, elle ne pourrait pas être opposée au Pérou qui, loin d'y avoir adhéré par son attitude, l'[avait] au contraire répudiée en s'abstenant de ratifier les Conventions de Montevideo de 1933 et 1939, les premières qui [eussent] inclus [la règle en question]²⁰⁹».

par. 148, opinion individuelle du juge Ngcobo («L'un des aspects les plus paradoxaux du droit international coutumier est que sa reconnaissance dépend de la pratique des États qui le manifestent. Or il arrive que des États refusent de reconnaître l'existence d'une règle du droit international coutumier au motif que la pratique des États est insuffisante pour qu'une pratique particulière se cristallise en une règle du droit international coutumier. Ce faisant, les États empêchent la pratique en question de se cristalliser en une règle du droit international coutumier»).

²⁰⁸ Déclaration de Londres (note 84 *supra*), p. 738.

²⁰⁹ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (note 110 *supra*), p. 277 et 278. Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 18 *supra*), p. 107, par. 203.

Dans l'*Affaire des pêcheries*, la Cour a également estimé que «la règle des dix milles [n'avait] pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international. De toute manière, la règle des dix milles [apparaissait] comme inopposable à la Norvège, celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la côte norvégienne²¹⁰». La règle est également évoquée dans des opinions individuelles relatives à d'autres affaires²¹¹.

87. S'il a été dit que la règle de l'objecteur persistant occupait une place étonnamment réduite dans le discours juridique des États²¹², la jurisprudence, en particulier, fournit néanmoins plusieurs exemples où les États ont cherché à se prévaloir de cette règle (et où les juridictions en ont reconnu l'existence)²¹³.

²¹⁰ *Affaire des pêcheries* (voir *supra* la note 53), p. 131. Certains auteurs ont remis en question l'intérêt que présentent les passages des arrêts relatifs aux pêcheries et à l'asile pour étayer l'existence de la règle de l'objecteur persistant : voir, par exemple, Tomuschat, «Obligations arising for States without or against their will», p. 284 à 287; Charney, «The persistent objector rule and the development of customary international law», p. 9 à 11; Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, p. 60, note 79 (où l'auteur écrit, concernant l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*: «cette affaire concernait l'existence d'une coutume locale. Une coutume locale ne produit pas d'effets généraux et l'État qui l'invoque doit rapporter la preuve que l'État qui s'y oppose y a consenti. La question de l'objecteur persistant ne peut donc réellement se poser, au sens strict, s'agissant d'une coutume locale»). Voir cependant, en réponse, Mendelson, «The formation of customary international law», p. 228 à 232; Kritsiotis, «On the possibilities of and for persistent objection», p. 129 («Pour la Cour [...] ces affaires [l'affaire du *Droit d'asile* de 1950 et l'affaire des *Pêcheries* de 1951] concernaient l'une et l'autre la réalisation de l'objection persistante dans la pratique»); Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 24 et 25. Voir également Charlesworth, «Customary international law and the Nicaragua Case», p. 30 («Lorsqu'elle examine s'il existe une norme coutumière de non-intervention, la Cour reconnaît la possibilité qu'un objecteur persistant ne soit pas lié par une règle du droit international coutumier»).

²¹¹ Voir *Plateau continental de la mer du Nord* (note 18 *supra*), p. 97, opinion individuelle de M. Padilla Nervo, et p. 229, opinion dissidente de M. Lachs; *Sud-Ouest africain, deuxième phase* (note 55 *supra*), p. 291, opinion dissidente de M. Tanaka; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 23 *supra*), p. 312, opinion dissidente de M. Schwebel.

²¹² Stein, «The approach of the different drummer: the principle of the persistent objector in international law», p. 463. Voir également, par exemple, Dupuy, «À propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'"objecteur persistant"», p. 266 («Peu ou pas invoqué dans la pratique étatique, désertant les arrêts de la Cour, l'objecteur persistant semble décidément bien évanescant»).

²¹³ Voir, par exemple, mémoires du Royaume-Uni et de la Norvège dans l'*Affaire des pêcheries* [C.I.J. *Mémoires, Affaires des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*]: vol. I, contre-mémoire soumis par le Gouvernement du Royaume de Norvège, p. 381 à 383, par. 256 à 260; vol. II, réplique soumise par le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, p. 428 à 429, par. 162 à 164; vol. III, duplique soumise par le Gouvernement du Royaume de Norvège, p. 291 à 296, par. 346 à 353; Hong Kong, Chine, *Democratic Republic of the Congo v FG Hemisphere Associates LLC*, Cour d'appel en dernier ressort de Hong Kong, FACV nos 5, 6 et 7 de 2010 (2011), par. 121 («Comme je ne parle pas – et ne peux pas parler – de la position sur le Continent, je n'ai pas besoin de dire si je considère que l'immunité restreinte est une règle du droit international coutumier. Je n'ai pas non plus besoin de décider si l'objection persistante opère. Si je devais le faire, j'admettrais que la Chine a été un objecteur persistant à l'immunité restreinte»); Allemagne, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Cour constitutionnelle fédérale allemande, vol. 46, décision du 13 décembre 1977 (2 BvM 1/76), n° 32, Tübingen, 1978, p. 388 et 389, par. 6 («Cela ne concerne pas seulement les mesures qu'un État peut prendre dès le départ contre l'application d'une règle générale du droit international existante en invoquant certains droits avec persistance (au sens de la

En outre, la pratique d'autres États va dans le sens de cette règle²¹⁴.

décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Pêcheries*, C.I.J. *Recueil* 1951, p. 131); en effet, l'existence d'une règle générale correspondante du droit international ne peut à présent être supposée»; Hong Kong, Chine, *C v. Director of Immigration*, Cour d'appel de Hong Kong, [2010] HKCA 159 (2011), par. 68 («La notion d'"objecteur persistant" est un principe du droit international public selon lequel "un État [...] se dissocie du processus de formation d'une nouvelle règle coutumière du droit international, déclare ne pas être lié et maintient cette attitude" (Fitzmaurice, p. 99-100). La preuve de l'objection doit être claire»; *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (arbitrage au titre de l'Annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982), vol. I, réplique de la République de Maurice, 18 novembre 2013, p. 124, par. 5.11 («La règle de l'objecteur persistant exige qu'un État manifeste une objection persistante durant la formation de la norme en question»); Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Roach v. United States*, affaire n° 9647, rapport n° 3/87, 1987, par. 52 («Pour prouver l'existence d'une règle coutumière du droit international, il faut prouver l'existence d'une large pratique des États. L'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice [...] définit "la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit". Toutefois, la règle coutumière ne lie pas les États qui protestent contre elle»); Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Michael Domingues v. United States* (note 90 *supra*), par. 48 et 49 («Une fois établie, une norme du droit international coutumier lie tous les États à l'exception de ceux qui ont rejeté la pratique de manière persistante avant qu'elle ne devienne le droit. Si une certaine pratique n'a pas besoin d'une acceptation universelle pour devenir une norme du droit international coutumier, une norme qui a été acceptée par la majorité des États n'a aucun effet obligatoire pour un État qui a rejeté de manière persistante la pratique sur laquelle repose la norme [...] comme le droit international coutumier repose sur le consentement des nations, un État qui objecte de manière persistante à une norme du droit international coutumier n'est pas lié par cette norme»); Tribunal arbitral de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *BG Group Plc v. Republic of Argentina*, sentence définitive, 24 décembre 2007, par. 410, note 328; États-Unis, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Cour d'appel du neuvième circuit, 965 F.2d, 1992, p. 699, à la page 715, par. 54: «Un État qui objecte de manière persistante à une norme du droit international coutumier acceptée par les autres États n'est pas lié par cette norme»; Cour européenne des droits de l'homme, *Sabeh El Leil c. France* [GC], n° 34869/05, par. 54, 29 juin 2011 (où la Cour rappelle qu'une disposition d'un traité peut aussi être obligatoire pour un État non partie en tant que règle coutumière de droit international, «dès lors qu'il ne s'y est pas non plus opposé»). Voir aussi Guillaume, «Avis d'*amicus curiae*», p. 20, par. 11 [l'auteur fait observer, dans ce mémoire en qualité d'*amicus curiae* demandé par le Conseil d'État français, qu'un État pourrait être un objecteur persistant si la règle énoncée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 (*Jus cogens*) relevait du droit international coutumier; la décision du Conseil d'État ne traitait pas du *jus cogens* (voir n° 303678, 23 décembre 2011)].

²¹⁴ Voir, par exemple, l'intervention de la Turquie lors de l'une des séances plénières de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, durant laquelle elle a fait valoir que, non seulement au cours de préparatifs de la Conférence, mais aussi pendant la Conférence, la Turquie avait été un objecteur persistant à la limite de 12 milles. Pour ce qui était des mers semi-fermées, elle a ajouté que «les amendements présentés et les déclarations faites par la délégation turque témoign[ai]ent du refus inébranlable et sans équivoque opposé par la Turquie à la notion de limite de 12 milles dans lesdites mers [et que] [v]u ce qui préc[édait], la limite de 12 milles ne p[ouvai]t être invoquée dans le cas de la Turquie» (*Documents officiels de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Dernière partie de la onzième session et clôture de la Conférence: Montego Bay, 6-10 décembre 1982*, vol. XVII, *Comptes rendus analytiques des séances*, 189^e séance, p. 80, par. 150); Bellinger et Haynes, «A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», p. 457, note 43 («Le Gouvernement des États-Unis considère que la doctrine [de l'objecteur persistant] demeure valide»). Voir également Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 112 («la faculté de conserver effectivement le statut d'objecteur persistant ne devrait pas être confondue avec le droit juridiquement reconnu de ne pas accepter de nouvelles règles coutumières»).

88. L'existence de la règle de l'objecteur persistant est largement reconnue dans la doctrine²¹⁵, bien qu'elle ait été parfois remise en question par certains auteurs²¹⁶. Selon Waldock, «la plupart des publicistes internationaux considèrent que [...] lorsqu'une coutume au sens de l'Article 38 est établie, elle constitue une règle générale de droit international qui, sous une réserve, s'applique à chaque État. Cette réserve vise le cas de l'État qui, lors de la formation de la coutume, manifeste sans ambiguïté et sans relâche son refus de reconnaître la pratique comme étant le droit²¹⁷». De même, Koroma relève que le principe est bien établi et accepté en droit international²¹⁸.

89. Dans son récent Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission évoque la règle de l'objecteur persistant en ces termes : «une réserve peut être le moyen pour un "objecteur persistant" de

manifeste la constance de son objection : celui-ci peut certainement refuser l'application, par le biais d'un traité, d'une règle qui ne lui est pas opposable en vertu du droit international général²¹⁹».

90. La règle de l'objecteur persistant est considérée comme une garantie permettant d'éviter que le droit international coutumier devienne «le seul apanage des puissants²²⁰»; son attrait particulier tient au fait qu'une fois la règle établie, il n'est plus possible de s'en écarter. Par ailleurs, la règle de l'objecteur persistant «est souvent considérée comme une conséquence logique, sinon une illustration, de la nature essentiellement consensuelle du droit international coutumier²²¹». La raison d'être de la règle a également été trouvée dans les «principes éthiques fondamentaux de la grande autonomie des États et de l'unité dans la diversité», ainsi que dans l'affirmation que les États eux-mêmes en ont reconnu la force²²². La règle

²¹⁵ Voir, par exemple, Murphy, *Principles of International Law*, p. 95 et 96; Lauterpacht, «International law – the general part», p. 66 («bien qu'il ne soit pas nécessaire de prouver le consentement de chaque État, l'opposition expresse lors de la formation d'une règle coutumière fera obstacle à l'existence d'une coutume au moins en ce qui concerne l'État opposant»); Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague court», p. 846 («une fois que la coutume s'est formée, elle lie les États à moins qu'ils aient exprimé leur opposition pendant sa formation»); Armstrong, Farrell et Lambert, *International Law and International Relations*, p. 180 [«Il peut être possible pour un État, au moyen d'une objection persistante, de ne pas être lié par une règle du droit coutumier en voie de formation (cette possibilité n'existe pas s'agissant des règles établies du droit coutumier)»]; Daillier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, par. 231; Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 140; Santulli, *Introduction au droit international*, p. 54 et 55; Danilenko, «The theory of international customary law», p. 41 («En droit international positif, un État n'est pas lié par une règle coutumière, malgré l'existence d'une pratique générale et de l'*opinio juris* correspondante, s'il a objecté de manière persistante à cette règle durant sa formation»); Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, p. 60 à 65; Quince, *The Persistent Objector and Customary International Law*. Voir également *Restatement of the Law Third*, par. 102 d («Bien que le droit coutumier puisse se former par l'acquiescement ainsi que par les actes des États [...] et en venir à lier d'une manière générale tous les États, en principe un État qui indique qu'il n'est pas d'accord avec une pratique alors que la règle juridique est encore en train de se former n'est pas lié par cette règle même après qu'elle se cristallise»); Green, «Persistent objector teflon? Customary international human rights law and the United States in international adjudicative proceedings»; Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, p. 443 («Bien que la jurisprudence concernant la règle de l'objecteur persistant soit rare, la doctrine l'a fait sienne dans son immense majorité»).

²¹⁶ Voir, par exemple, Abi-Saab, «Cours général de droit international public», p. 180 à 182; Charney, «The persistent objector rule and the development of customary international law»; Cassese, *International Law*, p. 162 et 163; Dumberry, «Incoherent and ineffective: the concept of persistent objector revisited»; Lau, «Rethinking the persistent objector doctrine in international human rights law» (selon l'auteur, le consentement joue un rôle non absolu et de moins en moins important en droit international et la doctrine de l'objecteur persistant, en particulier en ce qui concerne les droits de l'homme, devrait être limitée). Mais selon Lowe, «[c]ertains auteurs ont mis en doute la validité du principe de l'objection persistante, le considérant comme une survivance anachronique de la conception consensualiste du droit international qui prévalait au XIX^e siècle. Mais une fois que la portée limitée du principe, et son invocation extrêmement rare en pratique, sont comprises, on voit mal la raison de ces doutes. C'est à bon droit qu'un État ne saurait être lié par des obligations énoncées dans un traité auquel il n'est pas partie. Pourquoi, dans ces conditions, des États devraient-ils pouvoir lier un autre État en faisant valoir que leur pratique a créé une règle de droit international coutumier si (et seulement si) cet État a, de manière persistante, manifesté son objection à cette règle?» (Lowe, *International Law*, p. 58).

²¹⁷ Waldock, «General course on public international law», p. 49.

²¹⁸ Koroma, «The application of international law by the International Court of Justice», p. 113 et 114.

²¹⁹ Paragraphe 7 du commentaire relatif la directive 3.1.5.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 231.

²²⁰ Mendelson, «The formation of customary international law», p. 227. Voir également Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 26 [«Si l'opposition d'un seul État pouvait empêcher la création d'une nouvelle règle, de nouvelles règles [coutumières] ne verraient pratiquement jamais le jour. Si un État objecteur pouvait être lié contre sa volonté, le droit coutumier serait en fait créé par un système de vote majoritaire; mais il serait impossible de parvenir à un accord quant à l'importance de la majorité requise, et sur le point de savoir si (et, dans l'affirmative, comment) les "votes" des différents États devraient être appréciés. De plus, les États persuadés d'être dans la majorité s'opposeraient à tout compromis avec la minorité»]; Elias, «Persistent objector», par. 2 («le principe de l'objecteur persistant offre aux États qui ne consentent pas un moyen de se soustraire aux tendances majoritaires identifiées comme en étant venues à caractériser le processus de création du droit international coutumier depuis le milieu du XX^e siècle»); Stein, «The approach of the different drummer» (selon Stein, la règle de l'objecteur persistant a un rôle de plus en plus important à jouer dans le processus actuel de formation du droit coutumier, qui est très chancelant); Déclaration de Londres (note 84 *supra*), p. 739 («Par principe, la règle de l'objecteur persistant devrait être considérée comme un compromis utile. Elle respecte la souveraineté des États et empêche qu'un nouveau droit leur soit imposé contre leur volonté par la majorité; mais, dans le même temps, si l'appui en faveur de la nouvelle règle est suffisamment large, la flotte du développement progressif du droit peut poursuivre sa route sans devoir attendre les navires retardataires»).

²²¹ Elias, «Persistent objector», par. 2. Voir également Weil, «Towards relative normativity in international law?», p. 433 et 434 (où l'auteur qualifie la possibilité pour un État de décider de ne pas se plier à une règle de droit international coutumier en voie de formation de «Pierre de touche de la nature volontariste de la coutume» dans la doctrine orthodoxe des sources de droit international); Murphy, *Principles of International Law*, p. 95 («Cette règle de "l'objecteur persistant" est un hommage au caractère fondamental du consentement de l'État en droit international»); Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 17 («la notion d'objection persistante est essentielle eu égard à la structure de la communauté des États. Si les États sont les sujets du droit international qui créent le droit, ils peuvent, pour des raisons qui leur sont propres, *in casu* et pour eux-mêmes, s'exclure du processus normatif»); Colson, «How persistent must the persistent objector be?», p. 957 et 958 («Le principe de l'objecteur persistant est la conséquence logique du caractère consensuel de la formation du droit international»); Reisman *et al.*, *International Law in Contemporary Perspective*, p. 15 («Conformément à la conception traditionnelle du caractère consensuel du droit international, les États qui objectent de manière persistante à ce qu'une règle coutumière en formation limite leur liberté d'agir peuvent éviter d'être liés par cette règle»).

²²² Lepar, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, p. 229; Fidler, «Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», p. 209.

s'est révélée jouer « plusieurs rôles importants dans le système du droit coutumier », notamment en donnant aux États objectants « la possibilité, à court terme, de s'adapter aux nouvelles réalités auxquelles ils pourraient être confrontés » et en permettant la « modification de la nouvelle règle de manière à trouver un terrain d'entente entre les États y ayant souscrit et le ou les États s'y opposant »²²³, en donnant « aux États un moyen de protéger leurs intérêts juridiques sans avoir à prendre des mesures conflictuelles²²⁴ », ainsi qu'en réduisant les coûts engendrés par les États qui ne s'y conforment pas pour le système juridique international (et pour l'État objectant lui-même, qui peut alors éviter de violer le droit international)²²⁵.

91. Selon Fitzmaurice, « il s'agit avant tout de contester la règle lorsqu'elle est en voie d'en devenir une et avant qu'elle ne se cristallise en une règle de droit fixe et généralement acceptée²²⁶ ». Il n'est pas toujours aisé de tracer la frontière entre objection et violation²²⁷, mais il est évident qu'une fois la règle de droit coutumier cristallisée, les États sont irrecevables à invoquer une nouvelle fois la règle de l'objecteur persistant²²⁸. Il ne peut y avoir

²²³ Elias, « Persistent objector », par. 6.

²²⁴ Colson, « How persistent must the persistent objector be? », p. 964.

²²⁵ Voir Guzman, « Saving customary international law », p. 169 (où l'auteur montre que la théorie du choix rationnel en droit international coutumier va dans le sens de la doctrine de l'objecteur persistant). Voir cependant Kelly, « The twilight of customary international law », p. 523 à 526; Verdier et Voeten, « Precedent, compliance, and change in customary international law: an explanatory theory », p. 427 à 429 (où les auteurs soutiennent que la doctrine n'a qu'une importance pratique limitée).

²²⁶ Fitzmaurice, « The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-54: general principles and sources of law », p. 26.

²²⁷ Voir également Colson, « How persistent must the persistent objector be? », p. 958 (« La distinction entre ces deux situations [celle des États objectant à des nouvelles tendances de la pratique juridique internationale et celle des États objectant à des tendances qui se sont cristallisées en des règles de droit] n'est jamais claire, excepté, peut-être, rétrospectivement »); Elias, « Some remarks on the persistent objector rule in customary international law », p. 38 (« Il peut très bien y avoir des cas dans lesquels la distinction entre objection persistante et objection subséquente est difficile à opérer, mais en principe cette distinction ne pose pas de problème »).

²²⁸ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (note 110 *supra*), p. 336, opinion dissidente de M. Azevedo (« ces négations fortuites constituent des violations de la règle déjà formée, car un État ne saurait s'insurger contre une coutume déjà acceptée »); McClane, « How late in the emergence of a norm of customary international law may a persistent objector object? », p. 7 (« Par définition, une objection formulée après que la norme a vu le jour est une objection subséquente et, en tant que telle, est dénuée d'effet »); Akehurst, « Custom as a source of international law », p. 24 (« Une opposition qui se manifeste pour la première fois après que la règle est solidement établie est trop tardive pour éviter à l'État dont elle émane d'être lié »); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 110 (« si la pratique est généralement acceptée "comme étant le droit", et que les États dissidents n'ont fait connaître leurs vues qu'après que la règle s'est cristallisée et est solidement établie, cette règle liera tous les États, y compris les États dissidents »); Mendelson, « The formation of customary international law », p. 244 (« la règle de l'objecteur persistant [...] ne s'applique qu'à ceux qui manifestent leur objection lorsque la règle générale est en cours de formation: il n'existe pas de règle de "l'objecteur subséquent" »); Barberis, « Réflexions sur la coutume internationale », p. 39 (« Un État ne peut se dégager des liens d'une norme coutumière que s'il s'y est opposé d'une manière claire et réitérée dès le moment de sa formation. [...] L'opposition claire et réitérée a un effet lorsqu'elle a commencé dès le moment de la formation de la norme coutumière mais devient inefficace si l'opposition se manifeste alors que la norme coutumière a déjà pris naissance »).

d'« objecteur ultérieur²²⁹ ». Un État devrait s'opposer à une règle en voie de formation le plus tôt possible²³⁰.

92. Pour être effective, l'objection persistante doit être clairement exprimée²³¹. Il n'est toutefois « pas requis que la position soit communiquée sous une forme particulière ou avec un ton précis²³² ». En particulier, une objection verbale suffirait à maintenir la position de l'État objectant (une action concrète n'est pas nécessaire)²³³. Dans la pra-

²²⁹ Sur l'idée que l'objection ultérieure devrait être admise dans certains cas, voir Bradley et Gulati, « Withdrawing from international custom »; Guzman, « Saving customary international law », p. 169 à 171; et pour une réponse à cette idée, voir Estreicher, « A post-formation right of withdrawal from customary international law?: some cautionary notes ».

²³⁰ Voir Elias, « Persistent objector », par. 15 (« L'État en question doit exprimer son objection le plus tôt possible »); Kaczorowska, *Public International Law*, p. 41 (« un État doit formuler son objection le plus tôt possible et réagir aux événements qu'il juge inopportuns non seulement lorsque ceux-ci concernent une matière qui touche directement ses intérêts mais également lorsque, dans un avenir immédiat, ces événements n'ont guère de pertinence pour lui »).

²³¹ Voir, par exemple, Steinfeld, « Nuclear objections: the persistent objector and the legality of the use of nuclear weapons », p. 1652 (« L'État dissident doit répondre aux déclarations publiques de politique juridique par une objection publique s'il a l'intention de se réserver tel ou tel droit juridique que lui confère le droit international positif »); Bederman, « Acquiescence, objection and the death of customary international law », p. 35 (« Les États sont tenus de protester vigoureusement et souvent s'ils veulent éviter d'être liés par une norme en voie de formation de la coutume mondiale »); Mendelson, « The formation of customary international law », p. 240 et 241 (« En premier lieu, il est évident que l'objection doit être exprimée: il ne sert à rien que des fonctionnaires et ministres expriment des doutes entre eux sans en faire part au monde extérieur. Si un État qui est directement touché par une pratique ne formule pas d'objection, il peut dans de nombreux cas être raisonnablement considéré comme ayant acquiescé à la règle en question ou être autrement empêché d'y objecter »); MacGibbon, « Some observations on the part of protest in international law », p. 318 (où l'auteur écrit qu'un État doit protester « vigoureusement et sans ambiguïté »); Stern, « Custom at the heart of international law », p. 108. Voir également *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (arbitrage au titre de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982), vol. I, réplique de la République de Maurice (note 213 *supra*), p. 124, par. 5.11 (« L'objection doit être exprimée: il ne suffit pas que des fonctionnaires formulent des objections entre eux sans en faire part à quiconque en dehors de leur environnement professionnel »).

²³² Colson, « How persistent must the persistent objector be? », p. 969. Voir également Lepard, *Customary International Law*, p. 238 (« En bref, il n'est pas possible d'affirmer que l'objection doit revêtir une forme particulière ou une certaine intensité dans chaque cas »); Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 67 (« Les manières d'exprimer efficacement une opposition individuelle à l'apparition d'une coutume peuvent être diverses, expresses ou indirectes, c'est-à-dire tacites. Bien entendu, les plus efficaces sont les protestations expresses et sans équivoque contre une pratique, son acceptation comme étant le droit ou la règle coutumière qui s'est formée, car déduire un désaccord, difficile à prouver, d'une simple conduite est beaucoup moins concluant »). Certains auteurs soutiennent que l'objection doit être fondée sur des principes (une « défection de conscience »), mais voir Postema, « Custom in international law: a normative practice account », p. 299; Lepard, *Customary International Law*, p. 230 à 232. Stein fait valoir que l'objection persistante, qu'elle soit fondée sur des raisons de principe ou d'opportunité, devrait être admise, mais estime qu'il pourrait être utile d'exiger que les objections soient cohérentes quant au fond (Stein, « The approach of the different drummer », p. 476).

²³³ Voir également Déclaration de Londres (note 84 *supra*), p. 739 (« Des protestations verbales suffisent: aucune règle n'exige des États qu'ils prennent des mesures matérielles pour préserver leurs droits »); Guldahl, « The role of persistent objection in international humanitarian law », p. 55 (« Bien qu'il soit établi qu'en droit international la preuve

tique, un État peut nier qu'une règle en voie de formation soit devenue une règle de droit international coutumier ou s'opposer à ce que la règle s'applique à lui (ou les deux)²³⁴.

93. Un État doit maintenir son objection de manière à la fois persistante et cohérente, sauf à être réputé avoir consenti²³⁵. On a affirmé que l'objection devait être réitérée

(Suite de la note 233.)

de la pratique des États peut consister en des actes verbaux comme physiques, exiger qu'une telle condition [que les objecteurs persistants exercent concrètement le droit qu'ils invoquent] soit satisfaite ne permettrait d'invoquer cette exception à l'application générale du droit international coutumier que dans des circonstances exceptionnelles et par des États réellement attachés à leur position. Elle rendrait également les positions juridiques des États plus claires. Elle pourrait toutefois avoir des conséquences néfastes, voire catastrophiques, comme dans le cas de l'interdiction de l'emploi d'armes nucléaires ou, pour donner un exemple moins extrême, dans le cas des représailles belligérantes contre des civils. Il est clair qu'une telle condition n'est pas souhaitable et l'on considère généralement qu'elle n'a pas à être satisfaite»; Mendelson, «The formation of customary international law», p. 241 («une objection purement verbale qui n'est pas accompagnée d'actes physiques semble être suffisante. De fait, s'il en était autrement, la paix mondiale serait menacée et les États qui n'ont pas les ressources militaires ou le personnel technique voulus pour prendre de telles mesures seraient désavantagés»); Colson, «How persistent must the persistent objector be?», p. 963 à 965 («une déclaration d'objection peut être libellée de diverses manières ou communiquée par divers moyens. La position d'un État n'a probablement pas à être exprimée par des actes pour constituer une objection juridiquement valide. Des paroles, prononcées clairement mais posément, suffisent en droit international pour protéger la position de l'objecteur persistant»); Lepard, *Customary International Law*, p. 239 [«Bien entendu, même lorsque l'objection persistante devrait être difficile, des principes éthiques fondamentaux tels que l'interdiction de l'emploi de la force impliquent que les protestations ambiguës n'ont pas à être accompagnées d'actes non verbaux (et en particulier d'une action militaire) pour empêcher l'application de la règle. De simples protestations verbales devraient suffire»].

²³⁴ Voir également Elias et Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, p. 106; Elias, «Persistent objector», par. 17 («il semblerait également qu'il importe peu que les États objectants expriment leur objection ou leur absence de consentement à la formation ou l'existence d'une règle, ou expriment leur objection uniquement à l'applicabilité à eux-mêmes de la règle en question»).

²³⁵ Voir également Gaja, «The protection of general interests in the international community», p. 43 («l'opposition que la Cour a jugé pertinente [dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*] est plus qu'une simple attitude négative vis-à-vis de la règle. Il s'agissait d'une opposition à "toute tentative [d']appliquer" la règle, les tentatives en question ayant d'ailleurs été vaines. Ainsi, ce qui semble pertinent en ce qui concerne un État dissident est le point de savoir si une règle est devenue effective également à l'égard de cet État»); Crawford, «Chance, order, change: the course of international law», p. 247 («L'objection persistante [...] doit être cohérente et claire et ne se manifeste pas par le simple refus de ratifier un traité»); Elias, «Persistent objector», par. 16 («Si un État ne maintient pas son objection, il peut être considéré comme ayant acquiescé»); Kritsiotis,

aussi souvent que les circonstances l'exigent (faute de quoi elle ne serait pas «persistante»)²³⁶, mais il semble irréaliste d'exiger une cohérence totale²³⁷. L'État peut bien entendu lever son objection à tout moment.

94. Il incombe à l'État objectant de prouver son droit de bénéficier de la règle de l'objecteur persistant en détruisant la présomption selon laquelle la règle de droit international coutumier en question est contraignante pour lui²³⁸.

95. Le Rapporteur spécial propose le projet de conclusion suivant, qui figurera dans la partie VI :

«*Projet de conclusion 16. Objecteur persistant*

«Un État qui s'est opposé de façon persistante à une nouvelle règle de droit international coutumier lors de sa formation n'est pas lié par cette règle aussi longtemps qu'il maintient son objection.»

«On the possibilities of and for persistent objection», p. 129 et 130 («Les objections doivent donc être formulées convenablement et en temps voulu et elles doivent être, d'une certaine manière, persistantes; on peut affirmer sans crainte de se tromper que des objections sporadiques ou isolées ne suffiront pas»); Mendelson, «The formation of customary international law», p. 241 [«les protestations doivent être maintenues. C'est effectivement ce qu'implique l'adjectif "persistante" [...] si l'État qui a formulé une objection ne la réitère pas, il peut être légitime (en fonction des circonstances) de présumer qu'il l'a abandonnée»].

²³⁶ Déclaration de Londres (note 84 *supra*), p. 739. Voir également Elias, «Persistent objector», par. 16 («Plus la pratique est répandue et notoire, plus les preuves de l'objection demandées à l'État objectant seront nombreuses, car l'absence d'objection face à une pratique qui est considérée comme suffisamment générale pour donner naissance à une nouvelle règle peut être assimilable à un acquiescement»); Steinfeld, «Nuclear objections: the persistent objector and the legality of the use of nuclear weapons», p. 1652 («la nature de la coutume elle-même doit déterminer la nature de l'objection requise»).

²³⁷ Voir *Affaire des pêcheries* (note 53 *supra*), p. 138 («La 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»); Colson, «How persistent must the persistent objector be?», p. 957 («pour répondre à la question de savoir "comment l'objecteur persistant doit-il être persistant", il faut tenir compte du contexte dans lequel le principe est appliqué»).

²³⁸ Voir également Crawford, «Chance, order, change: the course of international law», p. 57 («cela étant, il ne faut pas oublier qu'il existe une présomption réfragable d'acceptation de la norme»); Dupuy, «Coutume sage et coutume sauvage», p. 78 («son inopposabilité [de la coutume] est subordonnée à la preuve, par l'État qui s'en prévaut, de protestations, déclarations manifestant clairement qu'il ne fait pas partie de la communauté juridique servant d'assise à la coutume»).

CHAPITRE VIII

Programme de travail futur

96. Comme indiqué dans l'introduction, le Rapporteur spécial a cherché dans le présent rapport à compléter la série de projets de conclusion qu'il avait proposés²³⁹. Le programme de travail futur dépendra de l'évolution que connaîtront les travaux de la Commission à la session de 2015. Si, en 2015, la Commission adopte à titre provisoire un ensemble de projets de conclusion assortis de

commentaires, le Rapporteur spécial indiquera dans son prochain rapport, en 2016, les modifications qui pourraient devoir être apportées aux conclusions et commentaires au regard du débat tenu à la Sixième Commission en 2015 et des éventuelles observations communiquées par les gouvernements et autres intéressés. Dans la mesure du possible, l'objectif reste de terminer les travaux sur ce sujet à la session de 2016 de la Commission, après que le texte des projets de conclusion et

²³⁹ Voir par. 8 *supra*.

des commentaires adoptés en 2015 aura été examiné et révisé en détail et en profondeur²⁴⁰. Il conviendrait toutefois de se garder de toute hâte excessive s'il apparaît que davantage de temps est nécessaire²⁴¹.

²⁴⁰ On rappellera qu'une procédure similaire avait été suivie lors de l'élaboration du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, dont une version complète avait été provisoirement adoptée par la Commission en 2010, avant qu'une version définitive ne le soit un an plus tard, en 2011 [voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 20 et 21, par. 54 à 64]. On se souviendra également qu'à la session de 2011 les projets de directive avaient été examinés en détail par un groupe de travail (sous la présidence de M. Marcelo Vázquez-Bermúdez).

²⁴¹ En 2014, M. Mathias Forteau a rappelé la sage maxime latine *festina lente* (*Annuaire... 2014*, vol. I, 3226^e séance, 17 juillet 2014; voir également son intervention le même jour).

97. Parallèlement aux projets de conclusion et aux commentaires, mais indépendamment, le Rapporteur spécial a l'intention d'examiner dans son quatrième rapport les moyens pratiques de rendre plus accessible la documentation permettant d'établir l'existence de la pratique générale et de l'acceptation comme étant le droit²⁴².

98. Le Rapporteur spécial compte en outre établir et soumettre à l'examen des membres de la Commission une bibliographie sur le sujet.

²⁴² Voir également *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672, par. 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 télématiques »).

ANNEXE

Nouveaux projets de conclusion proposés

Projet de conclusion 3 [4]. *Appréciation de la preuve pour les deux éléments*

[...]

2. Chaque élément doit être établi séparément. D'une manière générale, il faut pour cela apprécier les preuves propres à chaque élément.

Projet de conclusion 4 [5]. *Exigence d'une pratique*

[...]

3. Le comportement d'autres acteurs non étatiques ne constitue pas une pratique aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier.

Projet de conclusion 11. *Preuve de l'acceptation comme étant le droit*

[...]

3. L'inaction peut également valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit, à condition que les circonstances appellent une réaction.

PARTIE V

FORMES PARTICULIÈRES
DE PRATIQUE ET DE PREUVES

Projet de conclusion 12. *Traités*

Une disposition conventionnelle peut refléter ou être amenée à refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la disposition en question :

a) à la date de la conclusion du traité, codifie une règle de droit international coutumier existante ;

b) a abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier en voie de formation ; ou

c) a créé une nouvelle règle de droit international coutumier, en donnant naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit.

Projet de conclusion 13. *Résolutions des organisations et conférences internationales*

Les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences internationales peuvent, dans certaines circonstances, constater le droit international coutumier ou contribuer à son développement ; elles ne peuvent en elles-mêmes constituer ce droit.

Projet de conclusion 14. *Jurisprudence et doctrine*

La jurisprudence et la doctrine peuvent servir de moyens auxiliaires d'identification des règles du droit international coutumier.

PARTIE VI

EXCEPTIONS À L'APPLICATION GÉNÉRALE
DES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL
COUTUMIER

Projet de conclusion 15. *Coutume particulière*

1. Une coutume particulière est une règle de droit international coutumier qui ne peut être invoquée que par ou contre certains États.

2. Pour établir l'existence et le contenu d'une coutume particulière, il est nécessaire de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée par tous les États concernés comme étant le droit (*opinio juris*).

Projet de conclusion 16. *Objecteur persistant*

Un État qui s'est opposé de façon persistante à une nouvelle règle de droit international coutumier lors de sa formation n'est pas lié par cette règle aussi longtemps qu'il maintient son objection.

PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT EN RAPPORT AVEC LES CONFLITS ARMÉS

[Point 8 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/685

Deuxième rapport sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, par M^{me} Marie G. Jacobsson, Rapporteuse spéciale

[Original: anglais]
[28 mai 2015]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	138
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	140
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-3 142
<i>Chapitres</i>	
I. OBJET DU PRÉSENT RAPPORT.....	4-15 143
Méthode et sources.....	7-15 143
II. CONSULTATIONS DE LA COMMISSION À SA SOIXANTE-SIXIÈME SESSION.....	16-21 145
III. DÉBAT AU SEIN DE LA SIXIÈME COMMISSION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE À SA SOIXANTE-NEUVIÈME SESSION (2014).....	22-28 145
IV. RÉPONSES À LA DEMANDE D'INFORMATIONS CONCERNANT DES POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION.....	29-60 147
V. PRATIQUE DES ÉTATS ET DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES.....	61-91 151
A. Complément d'information sur la pratique des États.....	68-76 152
B. Circulaire du Secrétaire général sur le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies.....	77-78 153
C. Résolutions du Conseil de sécurité.....	79-87 154
D. Autres organisations.....	88-90 155
E. Conclusions.....	91 156
VI. JURISPRUDENCE.....	92-119 156
A. Affaires dans lesquelles la juridiction saisie a appliqué des dispositions du droit international humanitaire conventionnel qui, directement ou indirectement, garantissent la protection de l'environnement en période de conflit armé.....	101-108 157
B. Affaires dans lesquelles la juridiction saisie a conclu, explicitement ou implicitement, à l'existence d'un lien entre conflit armé et protection de l'environnement.....	109 158
C. Affaires dans lesquelles la juridiction saisie a abordé la question de la situation des peuples et des populations civiles.....	110-119 158
VII. DROIT APPLICABLE EN TEMPS DE CONFLIT ARMÉ.....	120-209 161
A. Dispositions conventionnelles relatives à la protection de l'environnement en temps de conflit armé.....	120-145 161
B. Principes.....	146-165 167
C. Étude du Comité international de la Croix-Rouge relative au droit coutumier.....	166-179 170
D. Manuels sur le droit international applicable dans les conflits armés.....	180-207 171
E. Conclusions.....	208-209 175
VIII. ZONES PROTÉGÉES.....	210-229 176
A. Zones démilitarisées.....	210-218 176
B. Zones exemptes d'armes nucléaires.....	219-223 177
C. Zones de patrimoine naturel et d'importance écologique majeure.....	224-229 179
IX. PROGRAMME DE TRAVAIL FUTUR.....	230-232 180
<i>ANNEXES</i>	
I. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés : proposition de projet de principes.....	181
II. Bibliographie sélective.....	182

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Conventions de La Haye de 1899 et 1907 :

- Convention II concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement des dettes contractuelles (La Haye, 18 octobre 1907); Convention III relative à l'ouverture des hostilités (La Haye, 18 octobre 1907); Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 18 octobre 1907); Convention V concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (La Haye, 18 octobre 1907); Convention VI relative au régime des navires de commerce ennemis au début des hostilités (La Haye, 18 octobre 1907); Convention VII relative à la transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre (La Haye, 18 octobre 1907); Convention VIII relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact (La Haye, 18 octobre 1907); Convention IX concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre (La Haye, 18 octobre 1907); Convention XI relative à certaines restrictions à l'exercice du droit de capture dans la guerre maritime (La Haye, 18 octobre 1907); Convention XIII concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime (La Haye, 18 octobre 1907); Déclaration relative à l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut de ballons
- Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Règlement de La Haye) [annexé aux Conventions II et IV de La Haye de 1899 et 1907]
- Déclaration concernant l'interdiction d'employer des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain (29 juillet 1899)
- Convention sur les bâtiments hospitaliers (La Haye, 21 décembre 1904)
- Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques (Genève, 17 juin 1925)
- Convention concernant la neutralité maritime (La Havane, 20 février 1928)
- Traité international pour la limitation et la réduction des armements navals (Londres, 22 avril 1930)
- Procès-verbal concernant les règles de la guerre sous-marine prévues par la partie IV du Traité de Londres du 22 avril 1930 (Londres, 6 novembre 1936)
- Traité concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques (Pacte Roerich) [Washington, 15 avril 1935]
- Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Londres, 8 août 1945)
- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)
- Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève)
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention de Genève)
- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève)
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)
- 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]
- 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]
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) [Genève, 8 décembre 2005]
- Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 14 mai 1954)
- 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)
- J. B. Scott (dir. publ.), *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918.
- Ibid., p. 107.
- Ibid., p. 227.
- U.S. Statutes at Large*, vol. 35, partie 2, p. 1854. Pour le texte français, voir le site Web du Comité international de la Croix-Rouge, à l'adresse suivante : <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/175?OpenDocument>.
- Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 94, n° 2138, p. 65.
- Ibid., vol. 135, n° 3111, p. 187.
- Ibid., vol. 112, n° 2608, p. 65.
- Ibid., vol. 173, n° 4025, p. 353.
- Ibid., vol. 167, n° 3874, p. 289.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, n° 251, p. 279.
- Ibid., vol. 78, n° 1021, p. 277.
- Ibid., vol. 75, n° 970 à 973, p. 31.
- Ibid., n° 970, p. 31.
- Ibid., n° 971, p. 85.
- Ibid., n° 972, p. 135.
- Ibid., n° 973, p. 287.
- Ibid., vol. 1125, n° 17512, p. 3.
- Ibid., vol. 1125, n° 17513, p. 609.
- Ibid., vol. 2404, n° 43425, p. 261.
- Ibid., vol. 249, n° 3511, p. 215.
- Ibid., vol. 2253, n° 3511, p. 172.

Sources

- Traité sur l'Antarctique (Washington, 1^{er} décembre 1959) Ibid., vol. 402, n° 5778, p. 71.
- 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.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
- 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.
- Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (Traité de Tlatelolco) [Mexico, 14 février 1967], avec en annexe les Protocoles additionnels I et II Ibid., vol. 634 et 1894, n° 9068.
- Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (Londres, Moscou et Washington, 1^{er} juillet 1968) Ibid., vol. 729, n° 10485, p. 161.
- Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (New York, 26 novembre 1968) Ibid., vol. 754, n° 10823, p. 73.
- Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969] Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
- Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) [San José, 22 novembre 1969] Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
- Traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol (Londres, Moscou et Washington, 11 février 1971) Ibid., vol. 955, n° 13678, p. 115.
- 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 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (Convention du patrimoine mondial) [Paris, 16 novembre 1972] Ibid., vol. 1037, n° 15511, p. 151.
- 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 européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (Strasbourg, 25 janvier 1974) Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 82.
- Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (New York, 10 décembre 1976) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1108, n° 17119, p. 151.
- Convention de l'Organisation de l'Unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique (Libreville, 3 juillet 1977) Ibid., vol. 1490, n° 25573, p. 89.
- 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 (Convention sur certaines armes classiques) [Genève, 10 octobre 1980] Ibid., vol. 1342, n° 22495, p. 137.
- Protocole relatif aux éclats non localisables (Protocole I) [Genève, 10 octobre 1980] Ibid.
- Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II) [et Annexe technique] Ibid., tel qu'amendé le 3 mai 1996 (Genève, 3 mai 1996; *ibid.*, vol. 2048, n° 22495, p. 93).
- Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III) [Genève, 10 octobre 1980] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1342, n° 22495, p. 137.
- Protocole relatif aux armes à laser aveuglantes (Protocole IV) (Vienne, 13 octobre 1995) Ibid., vol. 2048, n° 22495, p. 92.
- Amendement à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Genève, 21 décembre 2001) Ibid., vol. 2260, n° 22495, p. 82.
- Protocole relatif aux restes explosifs de guerre (Protocole V) [et Annexe technique] (Genève, 28 novembre 2003) Ibid., vol. 2399, n° 22495, p. 100.
- 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. 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.

Sources

Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud (Traité de Rarotonga) [Rarotonga, 6 août 1985]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1445, n° 24592, p. 177.
Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989)	Ibid., vol. 1673, n° 28911, p. 57.
Convention (n° 169) [de l'Organisation internationale du Travail] concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (Genève, 27 juin 1989)	Ibid., vol. 1650, n° 28383, p. 383.
Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (New York, 4 décembre 1989)	Ibid., vol. 2163, n° 37789, p. 75.
Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992)	Ibid., vol. 1771, n° 30822, p. 107.
Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992)	Ibid., vol. 1760, n° 30619, p. 79.
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.
Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est (Traité de Bangkok) [Bangkok, 15 décembre 1995]	Ibid., vol. 1981, n° 33873, p. 129.
Traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique (Traité de Pelindaba) [Le Caire, 11 avril 1996]	A/50/426, annexe.
Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (New York, 10 septembre 1996)	A/50/1027, annexe.
Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Oslo, 18 septembre 1997)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2056, n° 35597, p. 211.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Ibid., vol. 2187, n° 38544, p. 3.
Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (New York, 25 mai 2000)	Ibid., vol. 2173, n° 27531, p. 222.
Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale (Traité de Semipalatinsk) [Semipalatinsk, 8 septembre 2006]	<i>Annuaire des Nations Unies sur le désarmement</i> , vol. 31 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.IX.1), appendice II, p. 358.
Convention sur les armes à sous-munitions (Dublin, 30 mai 2008)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2688, n° 47713, p. 39.
Traité sur le commerce des armes (New York, 2 avril 2013)	Adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 67/234 B, en date du 2 avril 2013. Pour le texte du Traité, voir A/CONF.217/2013/L.3, annexe.

Ouvrages cités dans le présent rapport

AHLSTRÖM, Christer <i>Demilitariserade och Neutraliserade Områden i Europa</i> , Mariehamn, Åland Islands Peace Institute, 1995.	BOTHE, Michael, <i>et al.</i> <i>Protection of the Environment in Times of Armed Conflict</i> , rapport à la Commission des Communautés européennes, document SJ/110/85, 1985.
BETHLEHEM, Daniel «The methodological framework of the Study», dans E. Wilms-hurst et S. Breau (dir. publ.), <i>Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 3 à 14.	CHURCHILL, R. R., et A. V. LOWE <i>The Law of the Sea</i> , 2 ^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1988.
BJÖRKHOLM, Mikaela, et Allan ROSAS <i>Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering</i> , Åbo, Åbo Akademi University Press, 1990.	COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LES CRIMES DE GUERRE <i>History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War</i> , Londres, His Majesty's Stationery Office, 1948.
BLACK, Cyril E., <i>et al.</i> <i>Neutralization and World Politics</i> , Princeton, Princeton University Press, 1968.	DELBRÜCK, Jost «Demilitarization», dans Rudolf Bernhardt et Peter Macalister-Smith (dir. publ.), <i>Encyclopedia of Public International Law</i> , vol. 3 (1982), p. 150 à 152.

- DINSTEIN, Yoram
War, Aggression and Self-Defence, 5^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- DIVISION DES AFFAIRES MARITIMES ET DU DROIT DE LA MER, BUREAU DES AFFAIRES JURIDIQUES DU SECRÉTARIAT DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES
Le droit de la mer : Déclarations concernant la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et 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 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.97.V.3).
- DOSWALD-BECK, Louise
Human Rights in Times of Conflict and Terrorism, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DOSWALD-BECK, Louise (dir. publ.)
San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- 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 (2013), p. 21 à 52.
- FISCHHABER, Hans-Bjoern
 «Military concept on environmental protection and energy efficiency for EU-led military operations: real commitments or another “paper tiger”?», *Energy Security Highlights*, vol. 10 (2012), p. 22 à 24.
- GREENWOOD, Christopher
 «The twilight of the law of belligerent reprisals», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XX (1989), p. 35 à 69.
- HAMPSON, Françoise
 «Other areas of customary law in relation to the Study», dans E. Wilmschurst et S. Breau (dir. publ.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 50 à 74.
- HANNIKAINEN, Lauri
 «The continued validity of the demilitarised and neutralised status of the Åland Islands», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 54 (1994), p. 614 à 651.
- 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
 «Étude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 87 (2005), p. 289 à 330.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, et Louise DOSWALD-BECK
Droit international humanitaire coutumier, vol. I, Règles, Bruxelles, Comité international de la Croix-Rouge et Bruylant, 2006.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, et Louise DOSWALD-BECK (dir. publ.)
Customary International Humanitarian Law, vol. II, Practice, Cambridge, Comité international de la Croix-Rouge et Cambridge University Press, 2005 (en anglais seulement).
- HULME, Karen
War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold, Leyde, Martinus Nijhoff, 2004.
 «Natural environment», dans E. Wilmschurst et S. Breau (dir. publ.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 204 à 237.
- ICHIM, Octavian
Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- INTERNATIONAL LAW AND POLICY INSTITUTE
Protection of the Natural Environment in Armed Conflict: An Empirical Study, rapport 12/2014, Oslo, International Law and Policy Institute, 2014.
- JENSEN, David, et Silja HALLE (dir. publ.)
Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations, Nairobi, Programme des Nations Unies pour l'environnement, 2012.
- KALSHOVEN, Frits
 «Belligerent reprisals revisited», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXI (1990), p. 43 à 80.
Belligerent Reprisals, 2^e éd., Leyde, Martinus Nijhoff, 2005.
Reflections on the Law of War: Collected Essays, Leyde, Martinus Nijhoff, 2007.
- KRESS, Claus
 «The International Court of Justice and the law of armed conflicts», dans C. J. Tams et J. Sloan (dir. publ.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 263 à 300.
- MANOHARAN, N.
 «Tigers with fins: naval wing of the LTTE», Institute of Peace and Conflict Studies, 1^{er} juin 2005, disponible à l'adresse suivante : http://ipcs.org/comm_select.php?articleNo=1757.
- MCCORMACK, Timothy L. H.
 «An Australian perspective on the ICRC customary international humanitarian law study», dans A. M. Helm (dir. publ.), *The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force*, Naval War College, Newport (Rhode Island, États-Unis), 2006, p. 81 à 97.
- MONETA, Carlos J.
La Antártida en el sistema internacional del futuro, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
- MURPHY, Sean D., Won KIDANE, et Thomas R. SNIDER
Litigating War: Arbitration of Civil Injury by the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- PEJIĆ, Jelena
 «Status of armed conflicts», dans E. Wilmschurst et S. Breau (dir. publ.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 77 à 100.
- PERNA, Laura
The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006.
- PILLOUD, Claude, et Jean PICTET
 «Article 51 – Protection de la population civile», dans Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge et Martinus Nijhoff, 1986, p. 627 à 643.
 «Article 55 – Protection de l'environnement naturel», dans Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge et Martinus Nijhoff, 1986, p. 679 à 682.
- PINTO, Christopher
 «Maritime security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea», dans J. Goldblat (dir. publ.), *Maritime Security: The Building of Confidence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : G.V.E.92.0.31), p. 9 à 53.

PRAWITZ, Jan

«The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia», publication présentée à la quarante-cinquième Conférence Pugwash sur la science et les problèmes internationaux, Hiroshima, 23-29 juillet 1995, dans J. Rotblat et M. Konuma (dir. publ.), *Proceedings of the Forty-fifth Pugwash Conference on Science and World Affairs, Hiroshima, Japan, 23-29 July 1995: Towards a nuclear-weapon-free world*, Singapour, World Scientific, 1997, p. 651 à 669.

PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH, HARVARD SCHOOL OF PUBLIC HEALTH

Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

ROGERS, A. P. V.

Law on the Battlefield, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 2004.

ROSELLI, Carina

«At the intersection of human rights and the environment in Iraq's southern marshes», thèse de doctorat, Vermont Law School, 2014. La Rapporteuse spéciale dispose d'une copie de cette thèse.

SANCIN, Vasilka

«Peace operations and the protection of the environment», dans V. Sancin (dir. publ.), *International Environmental Law: Contemporary Concerns and Challenges*, Ljubljana, GV Založba, 2012, p. 187 à 208.

SCHINDLER, Dietrich, et Jiří TOMAN

The Laws of Armed Conflicts, 3^e éd., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.

SCHMITT, Michael N.

«Humanitarian law and the environment», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 28, n° 3 (2000), p. 265 à 323.

SCHMITT, Michael N. (dir. publ.)

The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

SCHMITT, Michael N., Charles H. B. GARRAWAY, et Yoram DINSTEIN

The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary, San Remo, Institut international de droit humanitaire, 2006.

SCOBIE, Iain

«The approach to customary international law in the Study», dans E. Wilmshurst et S. Breau (dir. publ.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 15 à 49.

SHRAGA, Daphna

«The Secretary-General's bulletin on the observance by United Nations forces of international humanitarian law: a decade later», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 39 (2009), p. 357 à 377.

SOONS, Alfred H. A.

Marine Scientific Research and the Law of the Sea, La Haye, T.M.C. Asser, 1982.

SUBEDI, Surya P.

Land and Maritime Zones of Peace in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1996.

TAMS, Christian J.

«The contentious jurisdiction of the Permanent Court», dans C. J. Tams et M. Fitzmaurice (dir. publ.), *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2013, p. 9 à 39.

WALKER, George K. (dir. publ.)

Definitions for the Law of the Sea: Terms not Defined by the 1982 Convention, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012.

WILMSHURST, Elizabeth (dir. publ.)

International Law and the Classification of Conflicts, Oxford, Oxford University Press, 2012.

ZIMMERMANN, Bruno

«Section II – Répression des infractions aux Conventions ou au présent Protocole», dans Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge et Martinus Nijhoff, 1986, p. 997 à 1011.

Introduction*

1. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet «Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés» à son programme de travail et de nommer M^{me} Marie G. Jacobsson Rapporteuse spéciale pour le sujet¹.

* La Rapporteuse spéciale exprime sa profonde gratitude au Cyrus R. Vance Center for International Justice et à la Directrice de son programme sur l'environnement, Susan M. Kath, pour leur appui déterminant. Elle tient à remercier spécialement Cleary Gottlieb Steen and Hamilton LLP et l'Environmental Law Institute pour l'aide inestimable qu'ils ont apportée aux recherches du présent rapport. Cleary Gottlieb voudrait dédier ses contributions au présent rapport à Mayar Dahabieh, sans laquelle ses recherches n'auraient pu avoir lieu. La Rapporteuse spéciale exprime également sa gratitude à M. Stavros Pantazopoulos pour les précieuses recherches qu'il a effectuées. Elle tient également à remercier M^{me} Angela Barisic, M^{me} Amanda Kron, M^{me} Abby Zeith et M. Jonathan Österlund de leur précieux concours à l'élaboration du présent rapport. Elle tient également à remercier en particulier M^{me} Britta Sjöstedt et M^{me} Karen Hulme, ainsi que M^{me} Anne Dienelt, M^{me} Shirin Shua et M^{me} Kitty Zheng. La Rapporteuse spéciale est redevable à M. Cymie R. Paine, de Rutgers, l'Université de l'État du New Jersey, et à M. Carl Bruch, Codirecteur de l'Environmental Law Institute, principaux organisateurs d'un séminaire international sur le sujet, à New York, le 24 octobre 2014. Elle prend note avec une grande satisfaction des travaux

2. Le sujet avait été inscrit initialement au programme de travail à long terme en 2011. L'examen du sujet a fait l'objet de consultations informelles, qui ont commencé durant la soixante-quatrième session de la Commission, en 2012, et se sont poursuivies à sa soixante-cinquième session, en 2013, où elles ont porté davantage sur le fond. Ces consultations initiales ont permis aux membres de la Commission de réfléchir à la voie à suivre et de formuler des observations à ce sujet. Ils ont examiné la portée et la méthodologie générale des travaux, notamment leur articulation dans le temps et leur calendrier. La Rapporteuse

de recherche des collègues de l'Environmental Law Institute et du Centre de droit international du développement durable. Elle remercie en outre les participants au séminaire et ceux qui ont pris part à la réunion de réflexion informelle qui a suivi, d'avoir partagé leur savoir et leurs idées, et le Ministère suédois des affaires étrangères et la Mission permanente de la Suède auprès de l'Organisation des Nations Unies à New York pour leurs contributions respectives, ainsi que leurs collègues des pays nordiques. Enfin, la Rapporteuse spéciale remercie les bibliothécaires sans lesquels ce travail n'aurait pu être fait, à savoir M^{me} Irina Gerassimova au Palais des Nations, à Genève, et le personnel de la Bibliothèque de l'administration publique à Stockholm.

¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 77, par. 131.

spéciale a présenté à la Commission à sa soixante-sixième session, en 2014, un rapport préliminaire² sur la base duquel elle a tenu un débat général³.

² *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674.

³ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 164 et suiv., par. 192 à 213. Pour un exposé plus détaillé des débats, voir *ibid.*, vol. I, 3227^e à 3231^e séances.

3. Le présent rapport contient un aperçu des débats tenus en 2014 par la Commission et la Sixième Commission de l'Assemblée générale durant sa soixante-neuvième session. Il contient également un résumé des réponses reçues des États concernant les points identifiés par la Commission comme présentant un intérêt particulier pour elle.

CHAPITRE I

Objet du présent rapport

4. Le présent rapport vise essentiellement à déterminer quelles règles existantes régissant les conflits armés intéressent directement la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. On y trouvera donc un examen de ces règles existantes. On y trouvera également un projet de principes.

5. Le droit des conflits armés doit s'interpréter à la lumière des réalités des conflits armés modernes. La diversité des conflits armés est considérable. Aux guerres interétatiques classiques s'ajoutent le conflit armé non international, le conflit armé internationalisé et les guerres par procuration. D'autres conflits encore ont fait leur apparition, tels que la « guerre cybernétique » et la « guerre asymétrique ». Le premier critère à évaluer dans chaque cas est de savoir si oui ou non il y a bien conflit armé⁴.

6. La diversité des conflits armés pose un problème particulier parce que l'application du droit des conflits armés passe par une classification du conflit en question⁵. En l'absence d'une telle classification, il est pratiquement impossible de déterminer quelles règles appliquer. Toutes les règles applicables à un conflit armé international ne sont pas considérées comme applicables à un conflit armé non international. Dans le même temps, il est clair que des principes fondamentaux tels que le principe de distinction et le principe d'humanité (les exigences de la conscience publique) reflètent le droit coutumier et s'appliquent à tous les types de conflits armés. En outre, de nombreuses dispositions d'instruments internationaux reflètent des règles présentant un caractère de droit coutumier et peuvent donc être applicables à tous les types de conflits armés⁶.

Méthode et sources

7. Le présent rapport contient des informations sur la pratique des États, fondées sur celles reçues directement des États. Ces informations proviennent de leurs réponses à des questions posées par la Commission ou

de leurs déclarations sur le sujet lors des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Elles proviennent également des sites Web officiels des États et des organisations pertinentes. Ces informations peuvent être considérées comme étant de première main, mais, comme dans le cas de tout autre sujet examiné par la Commission, elles ne sont pas exhaustives. Une difficulté est de définir la méthode à utiliser pour identifier les règles applicables du droit coutumier. Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a fait à cet égard un effort impressionnant. Son étude capitale sur le droit international humanitaire coutumier (ci-après « étude du CICR relative au droit coutumier ») a été publiée en 2005, après une dizaine d'années de travaux de compilation et d'analyse de documents⁷. Cette étude est la première en son genre. Avec ses trois volumes, 5 000 pages et 161 règles, commentaires afférents et pièces justificatives, elle constitue, comme l'a dit un auteur, un « accomplissement remarquable »⁸. Elle a pourtant été critiquée pour son manque de méthodologie et de fiabilité⁹. En outre, il convient de souligner qu'en soi, cette étude constitue un instantané du droit applicable à une date donnée. Pour atténuer cette lacune temporelle, des documents supplémentaires viennent enrichir en permanence la page Web du CICR sur le droit coutumier¹⁰. Selon la Rapporteuse spéciale, l'œuvre du CICR est bien trop importante pour être négligée ou même minimisée. Il s'agit de la compilation la plus complète de mesures législatives et réglementaires assorties d'expressions de l'*opinio juris* disponible dans ce domaine. Dans la mesure où référence est faite à l'étude du CICR relative au droit coutumier, elle l'est sur la base de ces considérations.

8. Pour des raisons évidentes, il est beaucoup plus difficile d'obtenir des indications sur la pratique des États en situation de conflit armé non international. Il est encore plus difficile d'avoir accès à des informations sur la pratique des acteurs non étatiques. De telles informations présentent un intérêt certain, même si elles ne constituent pas de la pratique des États au sens juridique du terme.

⁷ Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*; Henckaerts et Doswald-Beck (dir. publ.), *Customary International Humanitarian Law*.

⁸ Bethlehem, « The methodological framework of the Study », p. 3.

⁹ Voir, par exemple, Bethlehem, « The methodological framework of the Study »; Scobbie, « The approach to customary international law in the Study »; et Hampson, « Other areas of customary law in relation to the Study ». Voir également McCormack, « An Australian perspective on the ICRC customary international humanitarian law study ».

¹⁰ La mise à jour la plus récente, effectuée le 6 novembre 2014, porte sur la législation nationale du Danemark, de Djibouti, de la Pologne, de la Somalie et du Tadjikistan (voir à l'adresse suivante : www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home).

⁴ Pour un examen d'une définition possible du terme « conflit armé », voir le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale, *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 228 et 229, par. 69 à 78.

⁵ Pour un résumé de la nécessité juridique d'une classification des conflits, voir Pejić, « Status of armed conflicts ». Pour un examen approfondi, voir les diverses contributions dans Wilmshurst (dir. publ.), *International Law and the Classification of Conflicts*.

⁶ Cette analyse se fait en deux phases : premièrement, on déterminera si la disposition reflète le droit coutumier ; deuxièmement, on déterminera si, au vu de son contenu, ce statut de règle du droit coutumier s'applique aux deux types de conflits.

Les débats tenus par la Commission en 2014 sur le sujet « Détermination du droit international coutumier » ont fait apparaître en son sein une tendance nette à ne pas inclure la pratique des acteurs non étatiques dans la notion de droit international coutumier. Le Rapporteur spécial pour ce sujet a donc suggéré une règle précisant que le comportement d'autres acteurs non étatiques (à l'exception, éventuellement, des organisations internationales) ne constitue pas de la « pratique » aux fins de ce sujet¹¹.

9. Toutes les parties à un conflit armé sont soumises aux règles du droit international humanitaire. Mise à part la question de savoir si les acteurs non étatiques ont qualité pour créer le droit international coutumier ou contribuer à sa formation, la Rapporteuse spéciale n'a pas pu, pour des raisons pratiques, examiner la pratique de groupes armés non étatiques¹². Les travaux du présent rapport ont amené la Rapporteuse spéciale à rappeler l'action du CICR et des organisations non gouvernementales en ce qui concerne la diffusion du droit humanitaire à de tels groupes armés. L'organisation non gouvernementale Appel de Genève¹³, dont l'objectif est de promouvoir le respect par les acteurs armés non étatiques des normes du droit international humanitaire dans les conflits armés et dans d'autres situations de violence, a créé un répertoire des engagements humanitaires des acteurs armés non étatiques, qui consiste en une base de données contenant des accords conclus entre ces acteurs et les États¹⁴. Cependant, en général, ces informations ne sont guère rendues publiques. Pour ces raisons, la Rapporteuse spéciale n'a pas été en mesure d'examiner la pratique des groupes armés non étatiques. C'est quelque peu regrettable, parce que c'est dans l'interaction entre États et groupes armés non étatiques que l'on trouve des indications de la pratique des États.

10. Le présent rapport se fonde sur un examen des traités pertinents sur le droit de la guerre et des traités de désarmement correspondants. Il peut s'avérer difficile de classer les traités comme relevant soit du droit humanitaire, soit du désarmement. Le rapport contient une brève étude des zones spécialement réglementées,

¹¹ Le Rapporteur spécial a proposé d'inclure au projet de conclusion 4 [5] (Exigence d'une pratique) un nouveau paragraphe 3 libellé comme suit : « Le comportement d'autres acteurs non étatiques ne constitue pas une pratique aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier » (voir document A/CN.4/682, annexe, reproduit dans le présent volume).

¹² Dans le contexte d'un conflit armé non international, certains groupes armés non étatiques peuvent être bien organisés et bien équipés, d'autres mal équipés et peu instruits. Il est rare que des groupes armés non étatiques utilisent des moyens de guerre aérienne et des missiles lors de conflits armés non internationaux. Toutefois, il y a des signes que cela pourrait changer, étant donné que des groupes armés non étatiques sont déjà en possession de drones ou de missiles. Selon certaines informations, des groupes armés non étatiques ont leur propre force aérienne. En ce qui concerne la guerre navale, on notera que la force navale des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (les Tigres des mers) a été importante pendant la guerre civile à Sri Lanka. Il a été rapporté que les Tigres de libération de l'Eelam tamoul disposaient de canonnières, de transporteurs de troupes et de navires de ravitaillement pouvant naviguer en haute mer, ainsi que d'un navire furtif échappant au radar et de systèmes de communication perfectionnés. On a affirmé en outre que les Tigres des mers avaient une unité de plongeurs sous-marins chargée de s'infiltrer dans les ports pour y poser des mines. Voir Manoharan, « Tigers with fins: naval wing of the LTTE ».

¹³ Voir www.genevacall.org.

¹⁴ Disponible à l'adresse suivante : <http://theirwords.org/pages/home>.

telles que les zones exemptes d'armes nucléaires et les zones de patrimoine naturel. Cet exercice fait suite à des suggestions de membres de la Commission et d'États. Pour donner une vue d'ensemble de ces types de régimes conventionnels, il a été jugé opportun d'y faire référence dans le même rapport.

11. Le présent rapport comporte en outre une section sur la jurisprudence pertinente. Compte tenu de l'abondance de la jurisprudence pouvant être en lien avec le sujet, les affaires les plus pertinentes ont été soigneusement sélectionnées.

12. D'innombrables ouvrages ont été consacrés à presque tous les aspects du droit des conflits armés. Pour que le présent rapport soit aisé à lire et à utiliser, les renvois directs à la doctrine en notes de bas de page ont été rigoureusement limités. On trouvera à l'annexe II du présent rapport une liste plus longue des ouvrages consultés. Le rapport comporte déjà de nombreuses notes de bas de page. S'il y a lieu, des commentaires aux projets de principe viendront ultérieurement compléter les références aux observations et analyses d'auteurs ayant contribué à la doctrine.

13. Le présent rapport traite de l'emploi des armes comme faisant partie des moyens de guerre, puisque toutes les armes susceptibles d'être utilisées lors d'un conflit armé sont soumises au droit des conflits armés. S'appliquent également, par exemple, les règles et principes de précautions dans l'attaque, de distinction, de proportionnalité, de nécessité militaire et d'humanité. À quelques exceptions près, telles que les mines terrestres, le droit des conflits armés (*jus in bello*) ne contient pas de règles spécifiques portant sur certaines armes. Le rapport ne traite pas de l'emploi d'armes interdites par des traités internationaux (telles que les armes chimiques ou biologiques).

14. Le présent rapport ne traite pas non plus des situations d'occupation. La raison en est que l'occupation se prolonge souvent après la cessation des hostilités militaires actives. En outre, une indemnisation pour atteinte au droit de l'occupation peut concerner à la fois la violation d'une règle de *jus ad bellum* et celle d'une règle liée à l'obligation par la puissance occupante. Il existe un lien étroit avec le droit de propriété privée. L'occupation sera donc examinée dans le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale.

15. Peut-être faudra-t-il également examiner plus avant le lien entre protection juridique des ressources naturelles et milieu naturel. Des États ont souligné ce lien dans leurs déclarations à la Sixième Commission et, semble-t-il, dans leur législation et leur réglementation nationales. Le Conseil de sécurité a traité du lien entre les conflits armés et les ressources naturelles dans de nombreuses résolutions, et une part appréciable des travaux du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) porte sur la même question. Ce lien concerne les trois phases temporelles des présents travaux : mesures de prévention, conduite des hostilités et mesures de réparation. Il convient toutefois de préciser que la question des ressources naturelles en tant que cause de conflits ne sera pas traitée en tant que telle.

CHAPITRE II

Consultations de la Commission à sa soixante-sixième session

16. À sa soixante-sixième session, en 2014, la Commission a tenu un débat général sur la base du rapport préliminaire soumis par la Rapporteuse spéciale¹⁵.

17. On s'est largement accordé à reconnaître l'importance du sujet et de son objectif global. Dans l'ensemble, les membres sont convenus que les travaux devraient viser avant tout à clarifier les règles et principes du droit international de l'environnement applicables aux conflits armés. Plusieurs membres ont estimé comme la Rapporteuse spéciale que la Commission n'avait pas à modifier le droit des conflits armés. D'autres ont cependant estimé qu'en regard à la place minimale réservée à l'environnement dans le droit des conflits armés, il pourrait se justifier d'élaborer plus avant les obligations relatives à l'environnement en cas de conflit armé.

18. L'approche temporelle en trois phases adoptée par la Rapporteuse spéciale a recueilli un soutien général, certains membres indiquant qu'elle faciliterait les travaux. Il a été dit que la distinction temporelle permettrait à la Commission de se concentrer sur les mesures de préparation et de prévention en phase I, et sur les mesures de réparation et de reconstruction en phase III. D'autres membres se sont toutefois dits préoccupés par une adhésion trop stricte à l'approche temporelle, notant que la Rapporteuse spéciale avait elle-même indiqué clairement dans son rapport qu'il était impossible d'établir une séparation stricte entre les phases. Plusieurs membres ont estimé que lors de l'élaboration des directives ou des conclusions, il serait difficile et peu souhaitable de maintenir une stricte

¹⁵ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 164 et suiv., par. 192 à 213. Pour un exposé plus détaillé des débats, voir *ibid.*, vol. I, 3227^e à 3231^e séances. Pour en savoir plus sur les phases des travaux mentionnées par la Rapporteuse spéciale, voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 77, par. 135 et 136.

distinction entre les phases, car de nombreuses règles pertinentes s'appliquaient aux trois phases.

19. Le poids à accorder à la phase II, à savoir les obligations de protection de l'environnement pendant un conflit armé, a suscité un débat intense. Plusieurs membres étaient d'avis que la phase II devrait être au cœur du projet, l'examen des deux autres phases étant intrinsèquement lié aux obligations naissant en temps de conflit armé. Selon ces membres, rares étaient les éléments du droit des conflits armés pertinents au regard de la protection de l'environnement, et ils ne reflétaient ni les réalités actuelles des conflits armés ni le risque qu'ils présentaient pour l'environnement. Plusieurs autres membres ont souligné, rejoignant en cela la Rapporteuse spéciale, que la Commission ne devrait pas axer ses travaux sur la phase II, puisque le droit des conflits armés était une *lex specialis* et contenait des règles relatives à la protection de l'environnement.

20. La délimitation du champ d'application du sujet a également donné lieu à un débat animé. Certains membres ont estimé que la question des armes devrait être exclue du sujet, comme le proposait la Rapporteuse spéciale, d'autres soutenant qu'un traitement complet du sujet nécessitait de l'y inclure. Il a été suggéré de préciser que les travaux sur le sujet étaient sans préjudice des règles relatives à des armes spécifiques.

21. Enfin, des questions ont été soulevées au sujet de la proposition d'examiner les conflits armés non internationaux. La proposition de traiter de ces conflits recueillait un large accord, mais certains membres ont indiqué que leur inclusion nécessiterait de déterminer si les acteurs non étatiques étaient liés par le droit des conflits armés, ou par les obligations identifiées comme découlant des phases I et III.

CHAPITRE III

Débat au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session (2014)

22. Quelque 32 États se sont exprimés sur le sujet lors de la soixante-neuvième session de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, se fondant sur le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-sixième session¹⁶. Un grand nombre d'États

ont souligné l'importance du sujet¹⁷ et plusieurs ont fait des déclarations de fond. Trois délégations ont exprimé

¹⁶ Afrique du Sud, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 96; Autriche, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 109 à 111; Bélarus, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 26 à 28; Espagne, *ibid.*, par. 104; États-Unis d'Amérique, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 24 et 25; Fédération de Russie, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 99 à 102; France, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 33; Grèce, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 32 à 34; Hongrie, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 38; Inde, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 110; Indonésie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 67 et 68; Iran (République islamique d'), *ibid.*, par. 11 à 13; Israël, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 86 et 87; Italie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 53; Japon, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 77; Malaisie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 47 à 49; Norvège (au nom des pays nordiques :

Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 131 à 134; Nouvelle-Zélande, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 2 à 4; Pays-Bas, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 52; Pérou, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 122 à 126; Pologne, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 61; Portugal, *ibid.*, par. 6 à 9; République de Corée, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 73 et 74; République tchèque, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 41; Roumanie, *ibid.*, par. 86 et 87; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *ibid.*, par. 15 et 16; Singapour, *ibid.*, par. 66 et 67; et Suisse, *ibid.*, par. 44 et 45. Les déclarations sont également disponibles auprès de la Division de la codification.

¹⁷ Norvège (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 131; République tchèque, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 41; Afrique du Sud, *ibid.*, par. 96; Inde, *ibid.*, par. 110; Nouvelle-Zélande, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 2 à 4; République de Corée, *ibid.*, par. 73 et 74, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification; et Pologne, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 61, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification.

des préoccupations quant à savoir si l'étude du sujet était réalisable¹⁸.

23. Un grand nombre de délégations se sont félicitées de l'approche temporelle adoptée par la Rapporteuse spéciale¹⁹ et sont convenues qu'il n'était pas possible de délimiter de manière nette les trois phases (avant, pendant et après le conflit armé)²⁰. Quelques délégations ont réitéré leurs doutes quant à la possibilité d'appliquer la méthode temporelle²¹, et une délégation a fait observer qu'au lieu de celle-ci, une approche thématique pourrait être envisagée²². Trois États ont considéré que la Commission devrait envisager de faire œuvre de développement progressif dans l'hypothèse où le régime de protection existant s'avérerait insuffisant²³.

24. L'approche de la Rapporteuse spéciale en matière de délimitation et de définition du champ d'application du sujet a été accueillie favorablement par plusieurs délégations²⁴, d'autres exprimant l'avis que le sujet ne devrait pas être indûment limité²⁵. La question de savoir s'il convenait de traiter de la protection du patrimoine culturel et naturel dans le cadre du sujet a été soulevée par de nombreuses délégations²⁶. En outre, divers avis ont été exprimés sur la portée précise du sujet, notamment sur la question de savoir s'il y avait lieu d'examiner les questions relatives aux droits de l'homme²⁷, aux peuples autochtones²⁸,

aux réfugiés²⁹, aux déplacés³⁰ et à l'effet des armes sur l'environnement³¹.

25. En ce qui concerne les principes relatifs à l'environnement définis dans le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale, plusieurs délégations ont souligné leur pertinence pour la poursuite des travaux sur le sujet³². Une autre délégation a toutefois mis en doute le bien-fondé d'un examen de certains de ces principes dans le présent contexte³³. En particulier, plusieurs délégations ont appelé l'attention sur la question de savoir s'il convenait d'inclure le principe du développement durable et la nécessité de procéder à des études d'impact environnemental dans le cadre de la planification militaire³⁴. Concernant ce dernier point, l'avis a été émis qu'une analyse de la question serait bienvenue³⁵. Plusieurs délégations ont exhorté la Commission à examiner les principes relatifs à l'environnement mentionnés dans le rapport et leurs caractéristiques afin de déterminer s'ils s'appliquaient au cadre du sujet³⁶.

26. Certaines délégations ont émis des doutes quant à la nécessité de définir les termes «environnement» et «conflit armé»³⁷, mais d'autres étaient d'avis que cela pourrait s'avérer utile. Il a également été dit que la Commission devrait formuler des définitions de travail suffisamment larges pour ne pas limiter prématurément son examen du sujet³⁸. Plusieurs délégations ont appuyé l'idée que la définition de l'«environnement» adoptée par la Commission dans les principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses constituait un bon point de départ³⁹. Pour ce qui est du terme «conflit armé», certaines délégations ont estimé qu'il convenait de conserver la définition

¹⁸ Espagne, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 104; Fédération de Russie, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 99; et France, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 32.

¹⁹ Norvège (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 133; Portugal, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 6; Bélarus, *ibid.*, par. 27; Grèce, *ibid.*, par. 32; République tchèque, *ibid.*, par. 41; Singapour, *ibid.*, par. 66; Inde, *ibid.*, par. 110; Nouvelle-Zélande, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 3; et Indonésie, *ibid.*, par. 67.

²⁰ Norvège (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 133; Portugal, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 6; Singapour, *ibid.*, par. 66; Nouvelle-Zélande, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 3; et Indonésie, *ibid.*, par. 67.

²¹ Italie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 53; Fédération de Russie, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 101; Espagne, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 104; et République de Corée, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 73.

²² Italie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 53.

²³ Portugal, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 7; Iran (République islamique d'), *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 11; et Nouvelle-Zélande, *ibid.*, par. 2 à 4, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification.

²⁴ Israël, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 87; Fédération de Russie, *ibid.*, par. 102; Norvège (au nom des pays nordiques), *ibid.*, par. 133; Royaume-Uni, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 16; et Pays-Bas, *ibid.*, par. 52.

²⁵ Italie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 53; et Pérou, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 124.

²⁶ Italie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 53; Israël, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 87; Fédération de Russie, *ibid.*, par. 102; Autriche, *ibid.*, par. 110; Royaume-Uni, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 16; Grèce, *ibid.*, par. 32; République tchèque, *ibid.*, par. 41; Roumanie, *ibid.*, par. 87; Malaisie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 47; et Indonésie, *ibid.*, par. 68.

²⁷ Italie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 53; Israël, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 87; Royaume-Uni, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 16; Grèce, *ibid.*, par. 34; Suisse, *ibid.*, par. 45; Afrique du Sud, *ibid.*, par. 96; Inde, *ibid.*, par. 110; et Malaisie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 47.

²⁸ Israël, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 87; Fédération de Russie, *ibid.*, par. 102; Royaume-Uni, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 16; et États-Unis, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 24.

²⁹ Israël, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 87; Fédération de Russie, *ibid.*, par. 102; Inde, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 110; Iran (République islamique d'), *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 13; et Malaisie, *ibid.*, par. 47.

³⁰ Fédération de Russie, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 102; Pérou, *ibid.*, par. 124; et Malaisie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 47.

³¹ Israël, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 87; Fédération de Russie, *ibid.*, par. 100; Pérou, *ibid.*, par. 124; Portugal, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 7; Royaume-Uni, *ibid.*, par. 16; Singapour, *ibid.*, par. 66; et Roumanie, *ibid.*, par. 87.

³² Pérou, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 123 à 126; Bélarus, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 28; Grèce, *ibid.*, par. 33; Malaisie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 48; Indonésie, *ibid.*, par. 68; et République tchèque, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 41.

³³ États-Unis, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 24.

³⁴ Grèce, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 33; Espagne, *ibid.*, par. 104; Royaume-Uni, *ibid.*, par. 16; et États-Unis, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 24.

³⁵ Roumanie, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 87.

³⁶ Singapour, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 66 et 67; Indonésie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 68; et États-Unis, *ibid.*, par. 24.

³⁷ France, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 33; Roumanie, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 86; et Pays-Bas, *ibid.*, par. 52, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification.

³⁸ République de Corée, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 74, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification; Nouvelle-Zélande, *ibid.*, par. 4; Malaisie, *ibid.*, par. 48; Suisse, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 44, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification; et Autriche, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 110, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification.

³⁹ Autriche, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 110; et Nouvelle-Zélande, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 4.

retenue en droit international humanitaire⁴⁰. La définition fournie dans l'arrêt *Tadić*⁴¹ a également été mentionnée, ainsi que celle issue des travaux de la Commission concernant les effets des conflits armés sur les traités⁴². Certaines délégations ont émis des doutes quant à l'opportunité de traiter des situations de conflits armés non internationaux et de conflits entre groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État⁴³, mais plusieurs autres ont estimé qu'il convenait d'examiner ces situations⁴⁴. Cer-

⁴⁰ Autriche, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 110; Bélarus, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 27; Pays-Bas, *ibid.*, par. 52; et France, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 33, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification.

⁴¹ 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. I, p. 428, par. 70. Voir la déclaration de la Suisse [Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 44].

⁴² République de Corée, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27)*, par. 73.

⁴³ Bélarus, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 28; Iran (République islamique d'), *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 13; Espagne, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 104, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification; et France, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 33, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification.

⁴⁴ Autriche, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 110; Portugal, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 8; Suisse, *ibid.*, par. 44;

taines délégations ont émis l'avis que les situations d'hostilités à intensité limitée ne devaient pas être incluses dans le champ d'application du sujet⁴⁵.

27. En ce qui concerne la forme finale des travaux de la Commission sur le sujet, certaines délégations ont fait observer qu'il était prématuré de se prononcer sur la question⁴⁶. Néanmoins, plusieurs ont dit préférer des directives non contraignantes⁴⁷ ou un manuel⁴⁸.

28. Lors du débat, plusieurs États ont donné des exemples de pratique nationale et régionale, sous la forme notamment de textes législatifs, de jurisprudence et de manuels militaires. La Rapporteuse spéciale exprime de nouveau sa gratitude pour ces apports utiles et encourage les autres États à fournir de tels exemples de pratique nationale aux fins des travaux de la Commission sur ce sujet.

Indonésie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 68; et République de Corée, *ibid.*, par. 73.

⁴⁵ Autriche, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 110; Portugal, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 8; et Royaume-Uni, *ibid.*, par. 16.

⁴⁶ Portugal, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 9; et Afrique du Sud, *ibid.*, par. 96.

⁴⁷ Israël, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 86; Royaume-Uni, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 16; Singapour, *ibid.*, par. 67; et République de Corée, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 74, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification.

⁴⁸ Italie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 53.

CHAPITRE IV

Réponses à la demande d'informations concernant des points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission

29. Dans son rapport sur les travaux de sa soixante-sixième session, la Commission, conformément à la pratique établie, a sollicité des informations concernant des points sur lesquels des observations lui seraient d'un intérêt particulier⁴⁹. Elle y a réitéré en partie la demande qu'elle avait formulée à sa soixante-cinquième session⁵⁰. Cependant, elle l'a précisée en ajoutant qu'elle aimerait «que les États lui indiquent s'ils disposent d'instruments visant à protéger l'environnement en relation avec un conflit armé», avec des exemples de tels instruments comprenant, sans s'y limiter, «la législation et la réglementation nationales; les manuels militaires, les procédures opérationnelles permanentes, les règles d'engagement ou accords sur le statut des forces applicables lors des opérations internationales, et les politiques de

gestion de l'environnement en rapport avec les activités concernant la défense»⁵¹.

30. Ont répondu à la demande de la Commission les États suivants: Allemagne, Autriche, Belgique, Cuba, Espagne, Finlande, Pérou, République de Corée, République tchèque et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

31. L'Autriche a fait observer qu'elle était partie à la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, au Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et au Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II). Elle a fait observer que ces trois instruments contenaient des dispositions concernant la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés⁵².

⁴⁹ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 20, par. 31.

⁵⁰ *Ibid.* «La Commission prie les États de lui indiquer, le 31 janvier 2015 au plus tard, si, dans leur pratique, le droit international ou national de l'environnement a 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 dans des différends relatifs à un conflit armé.»

⁵¹ *Ibid.*, par. 32.

⁵² Note verbale du 11 mars 2015, adressée au Secrétariat par la Mission permanente de l'Autriche auprès de l'Organisation des Nations Unies. L'Autriche renvoie également aux déclarations qu'elle a faites au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale en 2013 et en 2014 (jointes à la note verbale).

32. L'Autriche a en outre indiqué que le Code pénal autrichien, récemment modifié, érigeait désormais en infraction le fait de lancer une attaque liée à un conflit armé en sachant qu'elle causerait des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel. Entre autres règlements, le ministère compétent avait également élaboré à l'intention des forces armées des règles internes concernant la protection de l'environnement. Celles-ci comprenaient : des directives pour la protection de l'environnement lors d'opérations et d'exercices multinationaux en Autriche et à l'étranger; des règlements d'application pour la protection de l'environnement lors d'opérations et d'exercices multinationaux à l'étranger; et des règlements d'application pour l'exploration et la restitution dans le domaine de la protection de l'environnement lors d'opérations à l'étranger. Un règlement sur le devoir de protection de l'environnement par les forces armées avait également été promulgué. La protection de l'environnement figurait dans les règles d'affectation des militaires concernant les tactiques et les procédures opérationnelles.

33. La Belgique a indiqué que son Code pénal érigeait en infraction les crimes de guerre envisagés dans les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) et les Protocoles I et II à ces Conventions, ainsi qu'au paragraphe 2 f de l'Article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Statut de Rome), et les punissait en tant que crimes de droit international⁵³. Parmi les crimes visés figurait notamment le fait de lancer une attaque délibérée en sachant qu'elle causerait à l'environnement naturel des dommages étendus, durables et graves qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct escompté⁵⁴. La Belgique a en outre fait savoir qu'elle avait élaboré un manuel opérationnel pour toutes les opérations menées par ses forces armées et que ce manuel serait publié prochainement.

34. Cuba a fait savoir que sa loi de défense nationale stipulait que la préparation défensive du pays devait être compatible avec la protection de l'environnement. Elle comportait notamment l'obligation de concilier développement économique et protection de l'environnement⁵⁵.

35. La République tchèque a indiqué ne pas avoir de texte législatif ou réglementaire distinct sur la protection de l'environnement en rapport avec l'interdiction d'utiliser des méthodes et des moyens de guerre causant des dommages étendus, durables et graves à l'environnement⁵⁶. Cependant, les obligations qui découlaient des instruments internationaux faisant partie de son ordre juridique (dont la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles) s'appliquaient directement sur la base de sa Constitution.

⁵³ Note verbale du 28 avril 2015, adressée au Secrétariat par la Mission permanente de la Belgique auprès de l'Organisation des Nations Unies.

⁵⁴ Belgique, Code pénal, art. 136 *quater*, par. 1^{er}, al. 22.

⁵⁵ Note verbale du 3 février 2015, adressée au Bureau du Secrétaire général par la Mission permanente de Cuba auprès de l'Organisation des Nations Unies.

⁵⁶ Note verbale du 13 février 2015, adressée au Secrétaire de la Commission par la Mission permanente de la République tchèque auprès de l'Organisation des Nations Unies.

36. La loi sur l'armée de métier de la République tchèque exigeait que les militaires respectent les règles internationales de la guerre et le droit international humanitaire, ainsi que le droit national. Les règlements de campagne de l'armée de terre rappelaient pour l'essentiel ces obligations, mais contenaient aussi des dispositions très précises concernant directement les obligations du pays en matière de protection de l'environnement dans le contexte du droit des conflits armés. L'article 49 contenait une règle générale selon laquelle, dans le contexte de toutes les activités des forces armées, il fallait garder à l'esprit la nécessité de respecter le droit international humanitaire et de protéger la population, l'environnement et le patrimoine culturel, entre autres. L'article 57 disposait que les mesures prises pour protéger les forces armées contre les effets indésirables de leurs propres armes et autre matériel comprenaient des mesures de protection de l'environnement. Celles-ci se fondaient sur les conventions adoptées interdisant l'utilisation de tous moyens militaires et autres bouleversant l'environnement. En outre, les commandants devaient limiter, dans la mesure nécessaire, l'emploi de moyens et de méthodes de guerre ayant des effets étendus, durables et graves sur l'environnement.

37. En outre, le règlement de base des forces armées de la République tchèque mentionnait l'obligation de protéger l'environnement, bien qu'à titre de disposition générale sans lien direct avec le droit des conflits armés.

38. L'Allemagne a soumis un bref exposé sur le règlement des forces armées fédérales concernant la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés⁵⁷. Les mesures de protection de l'environnement prises par les forces armées en mission concernaient la protection des sols et des eaux, le contrôle des émissions, l'élimination inoffensive des déchets médicaux, une économie en circuit fermé et la gestion des déchets. L'Allemagne a indiqué que, pour s'acquitter de leur devoir de protection, les forces armées fédérales protégeaient la vie et la santé de leurs membres et de leurs autres employés, notamment lorsqu'ils étaient en mission. Le droit allemand de l'environnement constituait le fondement des efforts de protection de la nature et de l'environnement lors de missions à l'étranger. Pour chaque tâche s'appliquait le principe de fournir au personnel la meilleure protection possible tout en limitant les dommages autant que possible.

39. L'Allemagne a en outre fait savoir qu'en principe, sa législation nationale ne s'appliquait qu'à son territoire ainsi qu'aux navires et aux aéronefs des forces armées fédérales. Cependant, en règle générale, la législation et les normes nationales allemandes s'appliquaient aux missions à l'étranger, où le droit allemand de l'environnement constituait le fondement des mesures de protection de la nature et de l'environnement dans la mesure où les dispositions du droit international, de traités intergouvernementaux ou du droit local applicable n'en disposaient pas autrement. En outre, des dispositions juridiques concernant la protection de l'environnement étaient incluses dans les instructions destinées à chaque mission.

⁵⁷ Note verbale du 4 février 2015, adressée au Bureau des affaires juridiques du Secrétariat par la Mission permanente de l'Allemagne auprès de l'Organisation des Nations Unies. L'Allemagne a également renvoyé à sa note verbale n° 475/2013 [voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 221 et 222, par. 22].

40. L'Allemagne a déclaré que lors des missions et des exercices effectués sous la direction de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN), les Principes et dispositions militaires de l'OTAN en matière de protection de l'environnement⁵⁸ et ses accords de normalisation devaient être respectés.

41. L'Allemagne a noté que la protection de l'environnement était une action constante à tous les niveaux de commandement et faisait partie de l'ensemble des phases de la planification et de la conduite des opérations, et que les dispositions juridiques étaient incluses dans les instructions fournies à chaque mission. Elle a indiqué que le pays chef de file désigné était chargé de la réglementation de base en matière de protection de l'environnement lors des missions multinationales. En outre, il incombait à l'Allemagne de réparer les dommages environnementaux causés par les forces armées fédérales, conformément au droit international applicable.

42. L'Allemagne a insisté en particulier sur la protection des eaux souterraines. Les accidents et incidents concernant par exemple des citernes de campagne et ayant causé ou pouvant causer des dégâts à l'environnement, en particulier une contamination des sols ou des eaux, devaient être consignés dans un rapport sur l'état de l'environnement.

43. La Finlande a indiqué qu'en général la législation finlandaise sur l'environnement n'était guère contraignante hors du pays, mais que dans certains cas les citoyens finlandais pourraient tomber sous le coup de la législation pénale finlandaise même lorsqu'ils voyageaient à l'étranger⁵⁹. Conformément à leur politique de protection de l'environnement, les forces armées finlandaises s'efforçaient de maintenir le même degré de protection de l'environnement lorsqu'elles étaient appelées à gérer des crises que lorsqu'elles opéraient en Finlande⁶⁰. En outre, elles respectaient le droit de l'environnement de l'État d'accueil. La Finlande a expliqué que le terme «respecter» avait été choisi avec soin, car il ne signifiait pas que la législation locale serait suivie à tout moment. Le principe était que l'opération passait en premier, ce qui signifiait que, dans des conditions difficiles, un moindre degré de protection de l'environnement pouvait parfois se justifier. Selon la Finlande, cette interprétation se fondait sur les doctrines de l'OTAN et était utilisée, par exemple, par les forces des États-Unis d'Amérique.

44. La Finlande n'avait pas pris la position selon laquelle son droit de l'environnement devait s'appliquer aux forces qu'elle déployait, même si elle attendait ce même niveau d'engagement chaque fois que c'était possible. Il a été dit qu'une telle application pourrait être difficile en pratique,

étant donné que le contrôle réglementaire de la Finlande reposait principalement sur un système de permis.

45. En réponse à une deuxième question posée par la Commission, la Finlande a fait savoir que de nombreux documents concouraient à la protection de l'environnement durant les conflits armés. Elle a fait référence aux doctrines et aux accords de normalisation de l'OTAN concernant la manière dont les questions d'environnement devaient être incluses dans la planification des opérations, ainsi qu'à la partie éducative des formations à l'école de l'OTAN⁶¹.

46. Les États-Unis, la Finlande et la Suède avaient élaboré ensemble un manuel sur la politique de protection de l'environnement dans le cadre d'opérations militaires⁶². La Finlande organisait également une conférence bisannuelle sur la défense et l'environnement.

47. Le Pérou a fait savoir qu'il n'avait pas de législation nationale traitant expressément de la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés⁶³. Il n'était partie à aucune convention internationale traitant expressément de ce sujet et n'avait jamais été impliqué dans un différend international en la matière.

48. En référence à la résolution 56/4 du 5 novembre 2001, par laquelle l'Assemblée générale a proclamé le 6 novembre Journée internationale pour la prévention de l'exploitation de l'environnement en temps de guerre et de conflit armé, le Pérou a indiqué qu'elle s'inspirait du principe selon lequel l'environnement devait être protégé des dommages qui, en temps de conflit armé, nuisaient durablement aux écosystèmes et aux ressources naturelles, souvent bien après la fin du conflit. De tels dommages nuiraient à la durabilité que défendaient les instruments internationaux auxquels le Pérou était partie, tels que la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (Convention du patrimoine mondial), la Convention sur la diversité biologique, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

49. Le cadre des obligations de protection de l'environnement en temps de paix étant bien établi, le Pérou a suggéré d'examiner le sujet de la protection de l'environnement en analysant les Conventions de Genève de 1949 au regard du cadre national et international de respect de l'environnement. Il conviendrait d'examiner les traités concernant le commerce des armes de guerre et ses incidences sur les instruments susmentionnés, ainsi que ses effets directs sur l'être humain, l'environnement, les écosystèmes, la santé publique et la durabilité.

⁵⁸ NATO Military Principles and Policies for Environmental Protection (MC 469/1), octobre 2011.

⁵⁹ Note verbale du 30 janvier 2015, adressée au Bureau des affaires juridiques du Secrétariat par la Mission permanente de la Finlande auprès de l'Organisation des Nations Unies.

⁶⁰ Organisation internationale de normalisation (ISO), norme ISO 14001. Voir également *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 223, par. 31 à 33. Pour de plus amples informations sur les normes ISO concernant la protection de l'environnement, voir ISO, «La famille ISO 14000 des normes internationales pour le management environnemental», disponible à l'adresse suivante : www.iso.org/iso/fr/theiso14000family_2009.pdf.

⁶¹ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 225, par. 45 et 46.

⁶² *Environmental Guidebook for Military Operations*, mars 2008 ; disponible à l'adresse suivante : www.defmin.fi/files/1256/Guidebook_final_printing_version.pdf. Voir aussi *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 224, par. 40.

⁶³ Note verbale du 24 février 2015, adressée au Secrétariat par la Mission permanente du Pérou auprès de l'Organisation des Nations Unies.

50. Le Pérou a fait observer qu'en analysant les conséquences pour l'environnement, il convenait d'évaluer toutes les incidences négatives, y compris la pollution due aux fuites de carburant et les produits chimiques libérés par les bombes; le pillage inconsidéré des ressources naturelles par des contingents armés; les dangers que les mines présentent pour le sol, le logement et les vies humaines; les engins non explosés et autres restes de guerre; et l'effet négatif que les mouvements massifs de population ont sur l'eau, la biodiversité et les écosystèmes. Le Pérou a noté que les déplacements massifs de population dans les zones de conflit avaient provoqué une grave déforestation, une dégradation des sols et une surexploitation des ressources en eaux souterraines à proximité des vastes camps mis en place pour les personnes déplacées.

51. Les nouvelles technologies faisaient peser sur l'environnement des menaces inconnues, ce dont il faudrait également tenir compte. Le Pérou a souligné que les parties à des hostilités étaient tenues de respecter les règles internationales et les instruments internationaux régissant la conduite de la guerre, tels que les Conventions de Genève de 1949. Certaines de ces règles, comme l'interdiction de la destruction délibérée de terres agricoles, étaient importantes pour l'environnement.

52. Le Pérou a souligné son attachement aux recommandations de la Rapporteuse spéciale visant à mettre en œuvre les principes de prévention et de précaution en cas de conflit armé. Ces principes étaient reconnus non seulement dans la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement⁶⁴ et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (Déclaration de Rio)⁶⁵, mais aussi dans la Constitution du pays, de 1993 (actuellement en vigueur), qui consacrait le principe de la durabilité, le respect du droit à un environnement équilibré et approprié, et la protection de la diversité biologique, dans sa politique nationale de l'environnement, qui visait la bonne gestion des ressources naturelles, et dans des textes législatifs propres à l'environnement incorporés aux programmes nationaux de protection de l'environnement.

53. Le Pérou a fourni une liste non exhaustive de textes réglementaires pouvant avoir un rapport avec les travaux de la Rapporteuse spéciale. Cette liste contenait ce qui suit: des éléments de droit national (loi régissant le transport terrestre de matériaux et déchets dangereux et règlement correspondant, portant également sur le transport d'armes); un instrument régional [Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (Traité de Tlatelolco)]; et des accords multilatéraux [Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, 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 l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, et Traité d'interdiction complète des essais nucléaires].

54. La République de Corée a présenté des informations sur sa législation nationale et sur les accords internationaux pertinents auxquels elle était partie⁶⁶. La loi sur la défense nationale et les projets d'installations militaires prévoyait l'obligation d'obtenir une autorisation et d'établir des rapports conformément à la loi sur la préservation de la pureté de l'air et à la loi sur la protection des forêts. Les projets de défense nationale et d'installations militaires étaient soumis à une évaluation stratégique environnementale en vertu de la loi sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement.

55. L'accord sur le statut des forces conclu entre la République de Corée et les États-Unis, signé en 1966, ne contenait à l'origine aucune disposition sur la protection de l'environnement⁶⁷. Cependant, des dispositions sur l'environnement avaient été ajoutées à ses accords subsidiaires en 2001, compte tenu des préoccupations croissantes concernant l'environnement, en particulier les contaminations découlant des bases militaires américaines. La même année, ces deux pays ont adopté un mémorandum d'accord spécial sur la protection de l'environnement. Ce dernier prévoyait expressément une politique destinée à remédier à la contamination présentant un danger imminent et substantiel avéré pour la santé humaine.

56. La République de Corée a indiqué en outre que son règlement sur l'emploi du personnel militaire imposait à celui-ci de protéger les écosystèmes naturels et l'environnement, et de mettre en place des mesures de prévention de la pollution de l'environnement lorsqu'il s'acquittait de ses fonctions. Selon ce règlement, un commandant était tenu d'enjoindre au personnel militaire de protéger l'environnement. La République de Corée avait conclu en renvoyant à sa Constitution, aux termes de laquelle les règles du droit international généralement reconnues avaient le même effet que son droit national. En conséquence, le paragraphe 3 de l'article 35 et l'article 55 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949 s'appliquaient.

57. Dans sa réponse⁶⁸, l'Espagne a fait savoir qu'elle ne disposait d'aucun instrument juridique régissant spécifiquement la question intéressant la Commission et qu'elle n'était partie à aucun traité international sur le sujet.

58. L'Espagne a indiqué que la seule référence à un conflit armé dans sa législation sur l'environnement figurait dans la loi n° 26/2007 du 23 octobre 2007 sur

⁶⁴ 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), chapitre premier.

⁶⁵ Voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

⁶⁶ Note verbale du 19 février 2015, adressée au Secrétariat par la Mission permanente de la République de Corée auprès de l'Organisation des Nations Unies.

⁶⁷ « Agreement between the United States of America and the Republic of Korea », *Treaties and Other International Acts Series*, n° 6127, disponible à l'adresse suivante: www.usfk.mil/About/SOFA/.

⁶⁸ Note verbale du 17 mars 2015, adressée au Secrétariat par la Mission permanente de l'Espagne auprès de l'Organisation des Nations Unies.

la responsabilité environnementale⁶⁹. Selon celle-ci, les agents étaient tenus de prévenir, d'éviter et de réparer les dommages causés à l'environnement, conformément à la Constitution de l'Espagne, au principe de prévention et au principe pollueur-payeur. Elle excluait expressément les dommages causés à l'environnement par un conflit armé, sans préciser s'il s'agissait d'un conflit international ou non. Étaient également exclues les activités visant principalement à servir la défense nationale ou la sécurité internationale, et celles dont le seul but était de protéger contre des catastrophes naturelles.

59. L'Espagne a indiqué en outre que son Code pénal érigait une série d'actes en infractions visant les ressources naturelles et l'environnement et en infractions touchant la protection de la flore et de la faune. À la section sur les infractions contre des personnes et des biens censés être protégés en cas de conflit armé, il était stipulé que quiconque, dans le contexte d'un conflit armé, utilisait ou ordonnait d'utiliser des méthodes ou des moyens de combat prohibés ou ayant vocation à causer des souffrances inutiles ou des maux superflus, ou destinés à causer des dommages excessifs, durables et graves à l'environnement naturel, ou dont on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils le fassent, compromettant ainsi la santé ou la survie de la population, ou ordonnait qu'il n'y ait pas de quartier, serait puni d'une peine d'emprisonnement de dix à quinze ans, sans préjudice de la peine imposée pour les dommages qui en résultaient. L'Espagne a en outre

⁶⁹ Espagne, *Boletín Oficial del Estado*, n° 255, 24 octobre 2007, p. 43229.

fait savoir qu'aucune jurisprudence nationale intéressant le présent sujet ne découlait de cette législation.

60. Dans sa réponse⁷⁰, le Royaume-Uni a renvoyé aux accords de normalisation énonçant la doctrine de l'OTAN sur la protection de l'environnement. Deux exemples étaient l'Accord de normalisation n° 2581 sur les normes de protection de l'environnement pour les camps militaires des opérations de l'OTAN et les normes et meilleures pratiques de protection de l'environnement pour les camps de l'OTAN lors d'opérations de l'OTAN⁷¹, et l'Accord de normalisation n° 2594 sur les meilleures pratiques en matière de protection de l'environnement pour la durabilité des zones d'entraînement militaires⁷². Le Royaume-Uni a également fait référence à sa doctrine militaire et au manuel de droit des conflits armés publié par son Ministère de la défense⁷³.

⁷⁰ Lettre du 18 février 2015, adressée au Secrétaire général par la Mission permanente du Royaume-Uni auprès de l'Organisation des Nations Unies.

⁷¹ OTAN, accord de normalisation STANAG 2581 sur les normes de protection de l'environnement pour les camps militaires des opérations de l'OTAN et les normes et meilleures pratiques de protection de l'environnement pour les camps de l'OTAN lors d'opérations de l'OTAN, 14 juillet 2010, NSA(JOINT)0769(2010)EP/2581.

⁷² OTAN, accord de normalisation STANAG 2594 sur les meilleures pratiques en matière de protection de l'environnement pour la durabilité des zones d'entraînement militaires, 31 mars 2014, NSA(JOINT)0413(2014)EP/2594.

⁷³ La publication conjointe sur la doctrine et le manuel de droit des conflits armés (*The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*) [publication JSP 383, édition de 2004] sont disponibles à l'adresse suivante : www.gov.uk/government/collections.

CHAPITRE V

Pratique des États et des organisations internationales

61. Lors du débat de la Sixième Commission, plusieurs États ont fait état de leurs lois, textes et jurisprudence, ainsi que de leur politique environnementale, touchant aux conflits armés. La Nouvelle-Zélande a ainsi fait savoir qu'elle était en train d'élaborer un manuel de droit des conflits armés, qui traitait notamment du lien entre protection de l'environnement et conflits armés, afin de remplacer le manuel militaire de 1992, dont certaines dispositions visaient déjà à protéger l'environnement contre les dommages étendus, durables et graves. Une fois qu'il aurait été établi, le nouveau manuel serait publié par le Chef des forces de défense conformément à la loi de défense de 1990⁷⁴.

62. Dans sa déclaration à la Sixième Commission, le Pérou a indiqué que sa Constitution consacrait les principes de précaution et de prévention, le principe de développement durable et le droit à un environnement équilibré, ainsi que la protection de la diversité biologique⁷⁵.

63. La Malaisie a souligné dans sa déclaration devant la Sixième Commission que les mesures de protection et de préservation de l'environnement relevant du champ de compétence administratif et opérationnel des forces armées

malaisiennes se fondaient en général sur le droit interne, notamment la loi de 1974 sur la qualité de l'environnement et des lois d'habilitation telles que la loi de 1984 sur la foresterie nationale et la loi de 2010 sur la conservation de la vie sauvage. Les forces armées malaisiennes procédaient par ailleurs à l'examen de certaines de leurs règles d'engagement et de comportement afin d'y intégrer des mesures de protection de l'environnement, notamment des procédures de stockage et d'élimination des carburants et des lubrifiants, des mesures d'élimination des déchets sur le terrain, une mesure d'interdiction de la chasse d'espèces sauvages dans les zones d'opérations, et des dispositions visant à assurer la bonne gestion des terrains militaires en vue de réduire la dégradation de l'environnement⁷⁶.

64. La Pologne a fait état des mesures adoptées au niveau national, notamment l'arrêté du Ministère de la défense nationale portant désignation des organes chargés de contrôler la bonne application des mesures de protection de l'environnement. Des rapports rendant compte de l'application de ces mesures par les unités des forces armées polonaises étaient établis chaque année⁷⁷.

⁷⁴ Nouvelle-Zélande, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 2.

⁷⁵ Pérou, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 126.

⁷⁶ Malaisie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 49, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification.

⁷⁷ Pologne, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 61, et déclaration disponible auprès de la Division de la codification.

65. La Hongrie a fait savoir qu'elle était partie à plusieurs traités internationaux qui, directement ou indirectement, garantissaient la protection de l'environnement en période de conflit armé, tels que le Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, la Convention du patrimoine mondial, 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 Statut de Rome, et qu'elle considérait en outre les normes de l'OTAN comme des textes primaires. En vue de se conformer aux règles et aux principes inscrits dans les instruments précités, le Ministère de la défense avait élaboré une doctrine de protection de l'environnement, qui prévoyait un ensemble complet de mesures de protection de l'environnement fondées sur le droit interne et les textes de l'Union européenne, ainsi que sur les normes de l'OTAN⁷⁸.

66. La Roumanie a fait observer que le Comité chargé d'administrer le mécanisme visant à faciliter l'exécution et le respect des obligations de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination pourrait permettre d'obtenir des renseignements complémentaires sur la pratique des États et des organisations internationales⁷⁹.

67. Outre les informations que des États ont directement transmises à la Commission en réponse à sa demande ou qu'ils ont fournies lors du débat de la Sixième Commission, d'autres informations sur la pratique des États avaient déjà été communiquées à la Commission ainsi qu'à la Rapporteuse spéciale, lors de l'établissement de son rapport préliminaire en 2014⁸⁰. Ces informations confortaient la Rapporteuse spéciale dans l'idée que de nombreux États étaient dotés d'une législation ou d'une réglementation portant protection de l'environnement en temps de conflit armé⁸¹. La Rapporteuse spéciale remercie les États qui lui ont communiqué ces informations utiles sur leur pratique, en espérant que d'autres les imiteront.

A. Complément d'information sur la pratique des États

68. Outre les informations fournies par des États dans leur déclaration à la Sixième Commission ou en réponse à la demande formulée par la Commission dans son rapport annuel, d'autres informations sur la pratique des États peuvent être consultées sur le site Web du CICR. La partie du site consacrée au droit international humanitaire coutumier présente de nombreuses informations sur la codification, l'interprétation et l'application du droit international humanitaire par les États. Il s'agit là d'informations de source secondaire qui doivent être traitées comme telles aux fins du présent rapport, la Rapporteuse spéciale n'ayant pas été en mesure d'examiner les données originales fournies au CICR par les États. Le CICR publie d'ailleurs lui-même un avertissement, qui porte toutefois davantage sur l'exhaustivité des renseignements

fournis que sur leur teneur⁸². L'on ne saurait pour autant négliger cette source, dont l'intérêt est patent. Aux fins du présent rapport, il a semblé opportun de s'intéresser en priorité à la pratique des États concernant les trois règles relatives à la protection de l'environnement formulées dans l'étude du CICR relative au droit coutumier, à savoir les règles 43 à 45⁸³.

69. La pratique la plus abondante concerne l'obligation de ne pas causer de dommages étendus, durables et graves et la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles. En ce qui concerne l'application à l'environnement naturel des principes généraux relatifs à la conduite des hostilités (règle 43), la pratique reste plus limitée: seuls 10 États ont prévu des dispositions à cette fin dans leurs manuels militaires⁸⁴. Les États ont été plus nombreux à légiférer en la matière, 23 l'ayant fait⁸⁵.

70. S'agissant du respect dû à l'environnement naturel dans la conduite des opérations militaires (règle 44), neuf États ont prévu des dispositions à cette fin dans leurs manuels militaires⁸⁶. Un seul a légiféré sur ce point⁸⁷.

71. La pratique relative à la règle 45 (causer des dommages graves à l'environnement naturel) est plus abondante. La règle a deux volets: l'un concerne les dommages étendus, durables et graves, l'autre les techniques de modification de l'environnement, autrement dit la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles. Selon les informations fournies, au moins 26 États ont prévu dans leurs manuels militaires des dispositions portant protection de l'environnement contre les dommages étendus, durables et graves⁸⁸, et quelque 36 États se sont donné une législation à cet effet⁸⁹.

⁸² Le CICR publie un avertissement selon lequel les informations sur les textes et la jurisprudence contenues dans la base de données sur l'application au niveau national du droit international humanitaire proviennent des données transmises au Service consultatif par les États. «Bien que les informations qu'elle contient ne soient pas nécessairement exhaustives, la base de données offre une vue d'ensemble des mesures prises par les États pour appliquer le droit international humanitaire» (www.icrc.org/ihl-nat). La Rapporteuse spéciale a également relevé quelques incohérences dans la présentation des informations.

⁸³ Pour consulter le texte des règles, voir Henckaerts, «Étude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés», p. 320.

⁸⁴ Australie, Belgique, Burundi, Côte d'Ivoire, États-Unis, Italie, Mexique, Pays-Bas, Royaume-Uni et Tchad.

⁸⁵ Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Belgique, Burundi, Canada, Congo, Danemark, Espagne, Finlande, France, Géorgie, Iraq, Irlande, Nicaragua, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, République démocratique du Congo, République tchèque, Royaume-Uni, Sénégal et Slovaquie.

⁸⁶ Australie, Burundi, Cameroun, Côte d'Ivoire, États-Unis, Pays-Bas, République de Corée, Royaume-Uni et Ukraine.

⁸⁷ Danemark.

⁸⁸ Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Australie, Belgique, Bénin, Burundi, Canada, Colombie, Côte d'Ivoire, Espagne, États-Unis, Fédération de Russie, France, Italie, Kenya, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pérou, République centrafricaine, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchad, Togo et Ukraine. La Rapporteuse spéciale n'a pas tenu compte de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie.

⁸⁹ Afrique du Sud, Allemagne, Arménie, Australie, Azerbaïdjan, Bélarus, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Burundi, Canada, Colombie, Congo, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Éthiopie, Fédération de Russie, Géorgie, Irlande, Kazakhstan, Kirghizistan, Mali, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pérou, République de Corée, République

⁷⁸ Hongrie, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 38.

⁷⁹ Roumanie, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 86.

⁸⁰ Une dizaine d'États et des organisations régionales telles que l'OTAN avaient communiqué des informations sur leur pratique. Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 221 à 225, chap. III et IV.

⁸¹ Voir également *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 222, par. 24.

72. Quant au second volet de la règle (Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles), 15 États ont prévu dans leurs manuels militaires des dispositions pour lui donner effet⁹⁰ et 3 ont légiféré à cette fin⁹¹.

73. La seule jurisprudence nationale dont il est fait état concerne l'affaire dite de l'*Agent Orange* aux États-Unis⁹².

74. Dans la partie de son site Web consacrée au droit international humanitaire coutumier, le CICR présente également des informations sur la pratique des États concernant d'autres règles couvertes par son étude relative au droit coutumier⁹³. Il donne des exemples mais ne dresse pas de tableau d'ensemble. On notera en particulier la pratique des États concernant le principe de précautions dans l'attaque et le principe de proportionnalité. Les États-Unis ont fait observer que ces deux principes concouraient à la protection des ressources naturelles contre les dommages collatéraux⁹⁴. Plusieurs États se sont dotés de manuels militaires qui leur font obligation de recueillir des renseignements sur l'environnement naturel en application du principe de précautions dans l'attaque⁹⁵. Au moins deux États rattachent la protection des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses à la protection de l'environnement⁹⁶. Les États-Unis considèrent que les ressources naturelles bénéficient d'une protection

équivalente à celle accordée aux biens de caractère civil et ne doivent donc pas faire l'objet d'attaques délibérées, tout en estimant qu'elles constituent des cibles légitimes dès lors qu'elles présentent un intérêt pour l'adversaire⁹⁷. S'agissant des situations d'occupation, le Royaume-Uni proscrit expressément dans son manuel la destruction à grande échelle de l'environnement naturel qui n'est pas justifiée par des nécessités militaires⁹⁸.

75. Au moins cinq États⁹⁹ ont adopté dans leurs manuels militaires des dispositions très proches de celle figurant au paragraphe 4 de l'article 2 du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III), annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Convention sur certaines armes classiques), tandis que le manuel camerounais va plus loin encore en disposant expressément que les armes incendiaires ne peuvent être utilisées contre l'environnement.

76. Plusieurs États, dont l'Allemagne, l'Australie, le Canada, la Côte d'Ivoire, la Croatie, l'Espagne, la Hongrie, l'Italie, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, le Pérou, le Royaume-Uni, le Tchad et l'Ukraine, prohibent expressément dans leur manuel militaire les représailles contre l'environnement naturel.

B. Circulaire du Secrétaire général sur le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies

77. Le Secrétaire général a publié en 1999 une circulaire sur le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies¹⁰⁰. N'y figure qu'une seule disposition sur la protection de l'environnement, libellée dans des termes identiques à ceux du paragraphe 3 de l'article 35 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949¹⁰¹. Selon une auteure, si l'on pouvait encore se demander au moment de la publication de la circulaire si les règles gouvernant la protection de l'environnement relevaient ou non du droit international coutumier, dix ans plus tard, elles en faisaient partie ou étaient en passe d'y être incorporées¹⁰². Cette même auteure souligne le caractère novateur que présentaient les dispositions portant

de substances dangereuses ou tout autre ouvrage de même nature —, sachant qu'elle peut avoir des conséquences extrêmement graves».

⁹⁷ États-Unis, Département de la défense, «January 1993 report of Department of Defense» (voir *supra* la note 94), p. 202 et 204.

⁹⁸ Royaume-Uni, Ministère de la défense, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict* (voir *supra* la note 73), par. 11.91.

⁹⁹ Allemagne, Australie, Canada, Côte d'Ivoire et Fédération de Russie.

¹⁰⁰ ST/SGB/1999/13.

¹⁰¹ Seuls les termes «moyens de guerre» ne sont pas repris dans la circulaire du Secrétaire général. L'article 6.3 est libellé comme suit : «Il est interdit à la force des Nations Unies d'employer des méthodes de guerre qui peuvent causer des maux superflus ou des souffrances inutiles, ou qui sont conçues pour causer ou dont on peut attendre qu'elles causeront des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel.»

¹⁰² Shraga, «The Secretary-General's bulletin on the observance by United Nations forces of international humanitarian law: a decade later», p. 368. L'auteure a exercé les fonctions de Conseillère juridique principale au Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies.

de Moldova, Royaume-Uni, Serbie, Slovaquie, Tadjikistan, Ukraine, Uruguay et Viet Nam. La Rapporteuse spéciale n'a pas tenu compte de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie.

⁹⁰ Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Burundi, Canada, Espagne, Fédération de Russie, France, Indonésie, Israël, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, République de Corée, Sierra Leone et Tchad.

⁹¹ Danemark, Sénégal et Uruguay.

⁹² *Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin* et al. v. *Dow Chemical Co.* et al., motifs, ordonnance et jugement du 28 mars 2005, tribunal fédéral de district du district est de New York, 373 F. Supp. 2d 7 (2005), jugement confirmé par la cour d'appel fédérale du deuxième circuit, décision du 22 février 2008, 517 F.3d 76 (2008).

⁹³ À savoir les règles 8 (La définition des objectifs militaires), 12 (La définition des attaques sans discrimination), 14 (La proportionnalité dans l'attaque), 15 (Le principe de précautions dans l'attaque), 17 (Le choix des moyens et méthodes de guerre), 42 (Les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses), 50 (La destruction et la saisie des propriétés d'un adversaire), 51 (La propriété publique et la propriété privée en territoire occupé), 54 (Les attaques contre des biens indispensables à la survie de la population civile), 70 (Les armes de nature à causer des maux superflus), 71 (Les armes de nature à frapper sans discrimination), 74 (Les armes chimiques), 75 (Les agents de lutte antiémeute), 76 (Les herbicides), 84 (L'emploi d'armes incendiaires contre les personnes civiles et les biens de caractère civil) et 147 (Les représailles contre des biens protégés). Les informations sur la pratique des États concernant ces règles sont disponibles à l'adresse suivante : <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v2>.

⁹⁴ États-Unis, Département de la défense, «January 1993 report of Department of Defense, United States of America, to Congress on international policies and procedures regarding the protection of natural and cultural resources during times of war», dans Boylan, *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, p. 202.

⁹⁵ Australie, Bénin, Pérou, République centrafricaine et Togo. Le manuel kényan prévoit une disposition identique de l'évaluation des effets des armes et des munitions.

⁹⁶ Dans le manuel des règles de guerre d'Israël (2006), il est indiqué que «l'interdiction de lancer une attaque contre une installation, quand une telle attaque aurait pour effet de porter atteinte à l'environnement», relève du droit coutumier, tandis que le Code pénal lituanien (1961), tel que modifié en 1998, érige en crime de guerre le fait de lancer une «attaque militaire contre un ouvrage faisant peser une forte menace sur l'environnement et la population — centrale nucléaire, barrage, entrepôt

interdiction d'employer des méthodes de guerre qui sont conçues pour causer ou dont on peut attendre qu'elles causeront des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, de détruire des biens indispensables à la survie de la population civile et de diriger contre des installations contenant des forces dangereuses des attaques susceptibles de provoquer la libération de ces forces et, en conséquence, de causer des pertes sévères dans la population civile, non seulement au moment de leur adoption dans les Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949, mais également encore au moment de leur reprise dans la circulaire du Secrétaire général. Elle indique que, compte tenu de leur importance pour la survie de l'humanité et des conséquences qu'aurait leur non-respect pour l'environnement naturel et la population civile dans son ensemble, les trois mesures d'interdiction ont été intégrées dans la circulaire du Secrétaire général en dépit des doutes entourant leur nature coutumière, afin d'affirmer l'engagement de l'Organisation des Nations Unies de se conformer aux normes les plus strictes du droit international humanitaire dans la conduite de ses opérations militaires¹⁰³.

78. Une dizaine d'années plus tard, l'Organisation des Nations Unies a élaboré des mesures de protection de l'environnement destinées à être appliquées dans ses opérations de paix, qui sont présentées dans sa politique environnementale applicable aux missions des Nations Unies sur le terrain de juin 2009. Quelques années plus tard, en 2012, le PNUÉ, le Département des opérations de maintien de la paix et le Département de l'appui aux missions ont présenté un rapport commun intitulé *Greening the Blue Helmets*¹⁰⁴. L'idée maîtresse de ce rapport était que les opérations de maintien de la paix des Nations Unies devaient montrer l'exemple. Le rapport recense les bonnes pratiques et les bonnes conduites, et montre comment les opérations de maintien de la paix peuvent contribuer à soutenir et à renforcer les capacités nationales en vue d'une meilleure gestion de l'environnement¹⁰⁵. Le présent rapport s'intéressant essentiellement au droit des conflits armés, les travaux menés par l'Organisation des Nations Unies dans le cadre plus vaste des opérations de maintien de la paix ne sont mentionnés ici qu'à titre indicatif. On sera fondé à y revenir dans un rapport ultérieur¹⁰⁶.

C. Résolutions du Conseil de sécurité

79. Le Conseil de sécurité s'est intéressé à la question de la protection de l'environnement et des ressources

¹⁰³ Ibid., p. 371. La circulaire du Secrétaire général ne traite pas de la question de l'application du droit de l'occupation (ibid., p. 375).

¹⁰⁴ Jensen et Halle (dir. publ.), *Greening the Blue Helmets...* Des informations sur les activités menées par l'Organisation des Nations Unies sont disponibles à l'adresse suivante : www.un.org/fr/peacekeeping/issues/environment/approach.shtml. L'un des principaux documents utilisés par l'Organisation est le manuel *Environmental Guidebook for Military Operations* (voir *supra* la note 62). Ce guide d'application facultative vise à fournir à ceux qui planifient les opérations militaires « les outils nécessaires pour prendre en compte les questions environnementales à tous les stades des opérations ».

¹⁰⁵ Jensen et Halle (dir. publ.), *Greening the Blue Helmets...*, p. 5. Un autre sujet important concerne « le rôle que jouent les opérations de maintien de la paix dans la stabilisation de pays en proie à des conflits violents financés par les ressources naturelles ».

¹⁰⁶ Pour un aperçu d'ensemble des travaux menés par l'Organisation des Nations Unies, voir, par exemple, Sancin, « Peace operations and the protection of the environment ».

naturelles en rapport avec les conflits armés dans de nombreuses résolutions. Sur l'ensemble des 2 195 résolutions qu'il avait adoptées au 31 décembre 2014, 242 (soit 11 % du total) se référaient d'une façon ou d'une autre aux ressources naturelles¹⁰⁷, ce qui fait clairement ressortir le lien qui existe entre la question des menaces contre la paix et la sécurité internationales et celle de la protection de l'environnement et des ressources naturelles.

80. Sur les 242 résolutions précitées, assez peu abordent expressément la question de la pollution ou de la dégradation de l'environnement en temps de guerre. Parmi elles, on peut citer toutefois la résolution 540 (1983), qui fait obligation aux parties du conflit entre la République islamique d'Iran et l'Iraq de s'abstenir de porter atteinte au milieu marin, la résolution 687 (1991), qui fixe le régime de responsabilité pour les atteintes à l'environnement découlant de l'invasion illicite du Koweït par l'Iraq, ainsi que la résolution 661 (1990).

81. À la suite de la création de la Commission d'indemnisation des Nations Unies chargée de connaître des réclamations présentées au titre des résolutions 687 (1991) et 692 (1991), y compris les réclamations relatives à des dommages causés à l'environnement, le Conseil de sécurité a adopté plusieurs résolutions concernant les travaux de ladite Commission : les résolutions 986 (1995), 1153 (1998), 1483 (2003) et 1546 (2004). Ces résolutions, qui intéressent indirectement le sujet traité, seront examinées dans un rapport ultérieur consacré à la période d'après-conflit.

82. Le Conseil de sécurité a condamné à plusieurs reprises le fait de prendre pour cible des installations pétrolières, des pipelines et d'autres installations¹⁰⁸. Dans certaines résolutions, il a affirmé la nécessité de protéger les installations pétrolières, sans se référer toutefois directement à la protection de l'environnement¹⁰⁹.

83. De nombreuses résolutions du Conseil de sécurité s'intéressent à la question de l'exploitation de ressources naturelles (or, diamants, minéraux, charbon, pavot à opium, etc.) aux fins du financement des conflits armés. L'Afghanistan en constitue un cas exemplaire. Nombre de ces résolutions, bien qu'elles portent sur des faits qui s'inscrivent dans le contexte du terrorisme et de la violence¹¹⁰, témoignent de la place que tiennent les ressources naturelles dans le financement du terrorisme et des conflits armés.

¹⁰⁷ Outre ces résolutions, de nombreuses autres abordent la question des ressources naturelles dans les périodes d'après-conflit ; elles ne sont pas mentionnées ici, le présent rapport s'intéressant essentiellement au temps de guerre.

¹⁰⁸ Résolutions 2046 (2012), 2051 (2012) et 2155 (2014) du Conseil de sécurité.

¹⁰⁹ Résolutions 2046 (2012), 2075 (2012) et 2156 (2014) du Conseil de sécurité.

¹¹⁰ Résolutions 1746 (2007), 1806 (2008), 1817 (2008), 1917 (2010), 1974 (2011), 2041 (2012), 2069 (2012), 2096 (2013) et 2160 (2014) du Conseil de sécurité. Certaines résolutions antérieures, dont les résolutions 1659 (2006), 1662 (2006) et 1868 (2009), ne mentionnent pas aussi explicitement le rôle joué par le pavot dans le financement d'Al-Qaïda et des Talibans. Il convient également de noter que les résolutions susdites ne constituent qu'une partie des résolutions que le Conseil a adoptées sur l'Afghanistan.

84. Le Conseil de sécurité a abordé à maintes reprises la question du patrimoine naturel et des ressources naturelles dans le cadre des conflits en République centrafricaine et en République démocratique du Congo. Dans le préambule de sa résolution 2121 (2013), le Conseil condamnait la destruction du patrimoine naturel et notait que le braconnage et le trafic dont faisait l'objet la faune sauvage comptaient parmi les facteurs qui alimentaient la crise en République centrafricaine. Dans sa résolution 2127 (2013) adoptée quelques mois plus tard, il condamnait l'exploitation illégale des ressources naturelles en République centrafricaine, laquelle contribuait à la perpétuation du conflit (par. 16). La résolution 2134 (2014) prévoit en outre des mesures de sanction contre les personnes apportant un appui aux groupes armés ou aux réseaux criminels par l'exploitation illégale des ressources naturelles (diamants, faune et produits provenant des espèces sauvages) de la République centrafricaine (par. 37 *d*). Enfin, la résolution 2149 (2014) établit que la Mission multidimensionnelle intégrée des Nations Unies pour la stabilisation en République centrafricaine a notamment pour tâche prioritaire de tenir les autorités de transition informées des efforts déployés pour empêcher les groupes armés d'exploiter les ressources naturelles (par. 31 *d*).

85. Le Conseil de sécurité a adopté plusieurs résolutions sur la situation en République démocratique du Congo qui mentionnent les ressources naturelles et l'environnement. Le Conseil s'inquiète ainsi de l'exploitation qui est faite des ressources naturelles du pays dans ses résolutions 1291 (2000), 1304 (2000), 1323 (2000), 1332 (2000), 1376 (2001), 1991 (2011), 2021 (2011) et 2053 (2012), qui abordent toutes la question, et depuis 2001, usant dans ses résolutions d'un nouveau terme, vise le pillage dont ces ressources font l'objet en période de conflit armé¹¹¹.

86. Le lien qui existe entre ressources naturelles et conflits armés apparaît clairement dans les résolutions du Conseil de sécurité sur le Libéria¹¹², la Libye¹¹³, la Sierra Leone¹¹⁴ et la Somalie¹¹⁵. Les résolutions traitant de sujets particuliers, comme le Processus de Kimberley¹¹⁶ ou le lien entre l'exploitation illégale des ressources naturelles et la prolifération et le trafic d'armes¹¹⁷, soulignent l'importance

¹¹¹ Voir, par exemple, les résolutions 1341 (2001), 1457 (2003), 1499 (2003), 1533 (2004), 1565 (2004) et 1592 (2005) du Conseil de sécurité. Il convient de rappeler à cet égard, même si le Conseil ne le précise pas dans ses résolutions, que le pillage constitue un crime de guerre; voir, par exemple, Statut du Tribunal militaire international (Statut de Nuremberg), art. 6 *b*; Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité, annexe, art. 3 *e*; et Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève), art. 33.

¹¹² Résolutions 1343 (2001) [résolution sur la Sierra Leone citant le Libéria], 1408 (2002) et 1478 (2003) du Conseil de sécurité.

¹¹³ Voir la résolution 2146 (2014) du Conseil de sécurité, qui vise à empêcher l'exportation illicite de pétrole brut et à préserver les ressources nationales du pays, et la résolution 2174 (2014), qui prévoit des mesures de sanction contre les personnes ou entités qui fournissent un appui à des groupes armés par l'exploitation illégale du pétrole brut ou de toute autre ressource naturelle.

¹¹⁴ Résolution 1306 (2000) du Conseil de sécurité.

¹¹⁵ Résolutions 2036 (2012), 2060 (2012), 2111 (2013) et 2124 (2013) du Conseil de sécurité.

¹¹⁶ Résolution 1459 (2003) du Conseil de sécurité, dans laquelle le Conseil souligne que le commerce de diamants entretient les conflits.

¹¹⁷ Résolution 2117 (2013) du Conseil de sécurité.

que présentent les ressources naturelles et la protection de l'environnement naturel en temps de conflit armé.

87. En conclusion, si nombre de ces résolutions traitent de sujets qui ne relèvent pas du présent rapport, et si d'autres concernent surtout la période de l'après-conflit qui fera l'objet du prochain rapport de la Rapporteuse spéciale, leur quantité n'en fait pas moins clairement ressortir l'importance que le Conseil de sécurité accorde à la protection de l'environnement en temps de conflit armé.

D. Autres organisations

88. Comme indiqué dans le rapport préliminaire, l'OTAN est déterminée à tenir compte de la protection de l'environnement dans la planification et la conduite de ses opérations¹¹⁸. Les États membres sont tenus d'appliquer les accords de normalisation de l'Organisation, les États dits «partenaires» se conformant souvent aux mêmes normes, en partie par principe, en partie pour des raisons d'interopérabilité. Certains États membres et certains États partenaires ont communiqué des informations en ce sens dans les déclarations qu'ils ont faites à la Sixième Commission et dans leurs réponses à la Commission¹¹⁹.

89. L'Union européenne a de même adopté des normes et des règles en vue de prendre en compte les questions environnementales dans la conduite de ses opérations militaires. Les États membres ont dès 2012 approuvé le «Concept militaire de l'Union européenne sur la protection de l'environnement et l'efficacité énergétique dans les opérations militaires dirigées par l'Union»¹²⁰, dont l'objectif est d'établir des principes et des obligations permettant de satisfaire aux exigences de la protection de l'environnement lors des opérations militaires dirigées par l'Union. Le concept vise à donner des conseils stratégiques aux fins de la prise en compte de la protection de l'environnement à tous les stades des opérations militaires dirigées par l'Union, et prend également en compte la protection des biens culturels¹²¹. Le «Concept pour les opérations et missions militaires dirigées par l'Union européenne», approuvé le 19 décembre 2014 par le Comité militaire de l'Union européenne, a également été adopté; il prévoit une sensibilisation aux questions environnementales à tous les stades des opérations et des

¹¹⁸ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 225, par. 45 et 46.

¹¹⁹ Voir *ibid.*, document A/CN.4/674, Finlande (par. 32), Allemagne (par. 22), Danemark (par. 30) et OTAN (par. 45 et 46). Voir également, dans le présent rapport, les réponses de l'Allemagne (paragraphe 40 *supra*), de la Finlande (paragraphe 45 *supra*) et du Royaume-Uni (paragraphe 60 *supra*). La Hongrie a également fait référence aux accords de normalisation de l'OTAN et à d'autres documents applicables dans sa déclaration à la Sixième Commission à la soixante-neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 38 (voir *supra* le paragraphe 65).

¹²⁰ Conseil de l'Union européenne, «European Union military concept on environmental protection and energy efficiency for EU-led military operations» (document 13758/12), 14 septembre 2012. L'engagement des États européens en la matière remonte à une époque où l'Union européenne (qui s'appelait alors Communautés européennes) ne disposait pas de composante militaire. Voir, par exemple, Bothe *et al.*, *Protection of the Environment in Times of Armed Conflict*.

¹²¹ Pour une étude du concept, voir Fischhaber, «Military concept on environmental protection and energy efficiency for EU-led military operations...».

missions militaires dirigées par l'Union ainsi que lors des activités de formation préalables au déploiement¹²².

90. La Rapporteuse spéciale n'a pas été en mesure d'obtenir des informations d'autres organisations régionales, telles que l'Union africaine, et se réjouirait par conséquent qu'elles lui en communiquent.

E. Conclusions

91. Il ressort de ce qui précède que de nombreux États sont dotés d'une législation ou d'une réglementation portant protection de l'environnement en temps de conflit armé. De plus en plus d'États et d'organisations internationales prennent des mesures pour faire en sorte que l'environnement soit protégé pendant les opérations militaires, que ce soit sous la forme de politiques, de textes juridiquement contraignants ou d'autres types d'instruments. Il apparaît également que, de plus en plus, les États adoptent des mesures relatives à la planification des opérations militaires et aux phases d'après-conflit. Dans bien

¹²² Conseil de l'Union européenne, «European Union concept for EU-led military operations and missions» (document EEAS 00990/6/14 REV6), 19 décembre 2014.

des cas, ces mesures ont un caractère plus impératif que les textes internes applicables en période de conflit armé, lesquels prennent appui sur les traités internationaux liant les États (tels que les Protocoles I et II aux Conventions de Genève de 1949 et la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles), et notamment sur les principes du droit international humanitaire consacrés par ces traités¹²³. Un seul État, la Finlande, a déclaré que l'opération prime, ce par quoi elle entend que dans les situations difficiles, une moindre protection de l'environnement est parfois justifiée. Selon la Finlande, cette interprétation se fonde sur les doctrines de l'OTAN et est suivie, par exemple, par les forces américaines. Par ailleurs, les États n'ont pas indiqué si les traités relatifs à l'environnement cessaient d'être applicables en période de conflit armé. Certains États (principalement des États d'Amérique latine et des Caraïbes) ont déclaré que les dispositions visant à protéger l'environnement et à promouvoir le développement durable inscrites dans leur droit interne (notamment dans leur Constitution) continuaient de s'appliquer en cas de conflit armé.

¹²³ Voir également *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 222, par. 24.

CHAPITRE VI

Jurisprudence

92. La jurisprudence des juridictions internationales sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés n'est guère abondante.

93. La Rapporteuse spéciale a passé en revue la jurisprudence des juridictions internationales et régionales à la recherche d'affaires traitant de la question.

94. Plus précisément, la Rapporteuse spéciale a recherché les affaires dans lesquelles : a) la juridiction saisie a appliqué les dispositions du droit international humanitaire conventionnel garantissant, directement ou indirectement, la protection de l'environnement en période de conflit armé ; ou b) la juridiction saisie a considéré, expressément ou implicitement, qu'il existait un lien entre conflits armés et protection de l'environnement. Ont aussi été examinées les affaires qui se rapportaient à la situation des peuples et des populations civiles.

95. Il a tout d'abord été procédé à une analyse approfondie des avis consultatifs donnés ainsi que des jugements et des arrêts rendus par les juridictions internationales suivantes : la Cour internationale de Justice, la Cour permanente de Justice internationale, la Cour pénale internationale, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone. La jurisprudence émanant de trois juridictions régionales a aussi été examinée, à savoir la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière ayant rendu environ

17 000 arrêts¹²⁴, il a fallu limiter l'étude aux affaires les plus pertinentes¹²⁵. Enfin, l'analyse comprenait également la jurisprudence pertinente du Tribunal de Nuremberg, de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre et du Tribunal international du droit de la mer¹²⁶.

96. À proprement parler, il faut opérer une distinction entre, d'une part, la protection de l'environnement en tant que tel et, d'autre part, celle des objets naturels présents dans le milieu naturel et des ressources naturelles¹²⁷. Cette distinction n'est cependant pas facile à opérer. Le droit de l'occupation, applicable en période de conflit armé, régit la protection des biens et des ressources naturelles, laquelle intéresse le débat sur la protection de l'environnement en tant que tel. Certaines affaires sont mentionnées dans l'étude en partie car elles sont directement pertinentes et en partie à titre d'illustration.

¹²⁴ Ichim, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, p. i.

¹²⁵ Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, fiche thématique sur les conflits armés de novembre 2014.

¹²⁶ La Cour permanente de Justice internationale et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples n'ont pas rendu d'arrêt ni donné d'avis consultatif entrant dans les catégories mentionnées plus haut. À cet égard, il y a lieu de noter qu'aucune décision de la Cour permanente de Justice internationale ne concerne le droit de la guerre (Kress, «The International Court of Justice and the law of armed conflicts», p. 263). En effet, les États ont, pour tout un ensemble de raisons, choisi de ne pas saisir la Cour permanente aux fins de régler des affaires hautement litigieuses ou de peser sur elles (Tams, «The contentious jurisdiction of the Permanent Court», p. 28). Les affaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies ne sont pas prises en considération, la majorité d'entre elles portant principalement sur l'indemnisation. Elles seront examinées dans le prochain rapport de la Rapporteuse spéciale.

¹²⁷ Voir *infra* le chapitre VII du présent rapport sur le droit applicable en temps de conflit armé.

97. En outre, les droits de l'homme et le droit international humanitaire sont étroitement liés¹²⁸. Sur ce point, il convient d'examiner la déclaration suivante, faite à plusieurs reprises par la Cour internationale de Justice :

[L]a 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 dérogatoires 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 humanitaire¹²⁹.

98. La Cour s'était déjà penchée sur des questions touchant à la fois aux droits de l'homme et au droit humanitaire, d'abord dans l'*Affaire du Détroit de Corfou*¹³⁰, puis, surtout, dans l'*Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*¹³¹. D'autres juridictions, dont le Tribunal pénal international pour le Rwanda, ont confirmé la cohabitation de ces deux branches du droit¹³².

99. Le lien entre la protection des biens et celle des moyens d'existence fait intervenir la question des droits

¹²⁸ Pour un examen approfondi, voir Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*.

¹²⁹ *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. La Cour cite ce passage dans l'*Affaire des 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, déclarant 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 dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

¹³⁰ *Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, à la page 22. La Cour a constaté que les obligations qui incombaient aux autorités albanaises de faire connaître l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises étaient fondées « non pas sur la Convention VIII [relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact] de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États ».

¹³¹ « L'article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949 énonce certaines règles devant être appliquées dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Il ne fait pas de doute que ces règles constituent aussi, en cas de conflits armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui viennent s'y ajouter pour de tels conflits ; il s'agit de règles qui, de l'avis de la Cour, correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 des "considérations élémentaires d'humanité" (*Détroit de Corfou* [...]). » *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 113 et 114, par. 218.

¹³² « La Chambre considère que c'est le lieu de rappeler une déclaration récente du CICR qui souligne qu'en temps de conflits armés, le droit international humanitaire coexiste avec [le droit des] droits de l'homme, dont certaines dispositions ne souffrent d'aucune dérogation. La protection de la personne à l'égard de l'ennemi (par opposition à sa protection à l'égard des autorités de son propre pays) constitue l'une des caractéristiques essentielles du droit des conflits armés. Un État en guerre ne peut tirer prétexte de la situation de conflit dans laquelle il se trouve pour fouler au pied les dispositions de ce droit. » Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1-T, Chambre de première instance II, jugement, 21 mai 1999, par. 622.

de l'homme dans l'analyse. La jurisprudence en la matière est très abondante. Bien que la protection des biens et des moyens d'existence soit bien plus ancienne et n'ait pas la même origine que la protection de l'environnement, la jurisprudence y relative mérite qu'on s'y intéresse, étant donné que la volonté de protéger la nature et ses ressources naturelles est liée à l'objectif plus récent de protéger l'environnement en tant que tel.

100. La Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est, quant à elle, penchée sur des questions relatives à la protection du droit des peuples autochtones à leurs terres et à leurs ressources naturelles.

A. Affaires dans lesquelles la juridiction saisie a appliqué des dispositions du droit international humanitaire conventionnel qui, directement ou indirectement, garantissent la protection de l'environnement en période de conflit armé

101. Dans plusieurs décisions, la Cour internationale de Justice a appliqué le droit international humanitaire conventionnel au moment de statuer sur la nécessité de protéger l'environnement en période de conflit armé.

102. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice déclare que « 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 légitimes¹³³ », s'appuyant pour ce faire sur le principe 24 de la Déclaration de Rio. Elle a observé que l'article 35, paragraphe 3, et l'article 55 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949 offraient à l'environnement une protection supplémentaire, et a conclu ceci :

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 représailles¹³⁴.

103. La Cour ne fait pas mention de l'environnement dans le dispositif de l'avis consultatif, mais conclut de manière générale qu'il « ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire¹³⁵ ».

¹³³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 242, par. 30. La question posée à la Cour était la suivante : « Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance ? » La question touche à la fois au *ius ad bellum* et au *ius in bello*.

¹³⁴ *Ibid.*, par. 31.

¹³⁵ *Ibid.*, aux pages 265 et 266, par. 105, al. 2 E. Pour les besoins du présent rapport, il n'est pas nécessaire d'analyser la seconde partie du dispositif de l'avis, selon laquelle : « Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause. » La Cour a été critiquée sur ce point, au motif qu'elle confondait *ius ad bellum* et *ius in bello* et créait une exception à l'application du droit international humanitaire. Voir, par exemple, Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 173.

104. Il est clair que, dans son analyse, la Cour a tenu compte des règles relatives à la protection de l'environnement. En même temps, elle a employé des formules assez générales qu'il était difficile de rapprocher de telle ou telle règle du droit humanitaire, probablement car ses membres n'étaient pas unanimes (l'avis de la Cour sur ce point a été adopté par la voix prépondérante du Président), et a été critiquée à cet égard par certains des juges dissidents¹³⁶.

105. La Commission des demandes d'indemnisation [Éthiopie/Érythrée] a également abordé brièvement la question de l'application directe du droit humanitaire en matière de protection de l'environnement. Le conflit qui a opposé pendant deux ans l'Éthiopie à l'Érythrée ayant causé d'importants dégâts à l'environnement, l'Éthiopie a demandé une indemnisation pour la destruction, par les forces érythréennes, de plantes à gomme arabique et à résine, ainsi que d'arbres et de semis, et pour les dommages causés aux cultures en terrasses¹³⁷. L'Éthiopie affirmait, à titre principal, que les dommages résultaient de la violation, par l'Érythrée, du *jus in bello* et, à titre subsidiaire, qu'ils découlaient d'une violation du *jus ad bellum*. La Commission des demandes d'indemnisation a rejeté les arguments de l'Éthiopie sur les deux plans pour manque de preuves, affirmant que les allégations de destruction de ressources environnementales et les preuves y relatives étaient loin d'établir l'existence de dommages environnementaux généralisés et durables, lesquels étaient indispensables pour que la responsabilité de l'Érythrée soit engagée au titre du droit international humanitaire¹³⁸.

106. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour internationale de Justice a estimé détenir des preuves abondantes et convaincantes pour conclure que des officiers et des soldats des Forces de défense populaires de l'Ouganda avaient participé au pillage et à l'exploitation des ressources naturelles de la République démocratique du Congo, et que les autorités militaires n'avaient pris aucune mesure pour mettre un terme à ces activités. Elle a conclu que chaque fois que des membres des Forces de défense populaires de l'Ouganda avaient été impliqués dans le pillage et l'exploitation de ressources naturelles sur le territoire de la République démocratique du Congo, ils avaient agi en violation du *jus in bello*, lequel interdit de tels actes à une armée étrangère sur le territoire où elle est présente¹³⁹.

107. La Cour a jugé que l'Ouganda avait engagé sa responsabilité en raison des actes de pillage et d'exploitation des ressources naturelles de la République démocratique du Congo, de la violation de son devoir de vigilance s'agissant de ces actes, et du manquement aux obligations lui incombant en tant que puissance occupante, en vertu

¹³⁶ Voir, en particulier, l'opinion dissidente du juge Higgins, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 133 *supra*), aux pages 583 à 585, par. 2, 7, 9 et 10.

¹³⁷ *Sentence finale : réclamations de l'Éthiopie*, décision du 17 août 2009, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI (numéro de vente : B.06.V.7), p. 631, à la page 754, par. 422.

¹³⁸ *Sentence partielle : Front central – Réclamation de l'Éthiopie n° 2*, décision du 28 avril 2004, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, p. 155, à la page 187, par. 100; voir aussi *Sentence finale : réclamations de l'Éthiopie* (note 137 *supra*), à la page 754, par. 425. Pour une présentation plus complète de l'affaire, voir Murphy, Kidane et Snider, *Litigating War...*

¹³⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo* (voir *supra* la note 129), aux pages 251 et 252, par. 242 et 245.

de l'article 43 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre¹⁴⁰.

108. On retiendra aussi que, dès 1948, la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre déclarait, dans l'affaire n° 7150, que les Allemands avaient rasé volontairement les forêts polonaises au mépris total des principes de base de la foresterie, se rendant ainsi coupables d'un crime de guerre¹⁴¹.

B. Affaires dans lesquelles la juridiction saisie a conclu, explicitement ou implicitement, à l'existence d'un lien entre conflit armé et protection de l'environnement

109. Outre les affaires mentionnées ci-dessus, la Cour internationale de Justice a examiné la question du lien, explicite ou implicite, existant entre conflit armé et protection de l'environnement à trois occasions distinctes : la première fois, en 1986, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, elle a jugé que la protection des droits de l'homme, vu son caractère strictement humanitaire, n'était en aucune façon compatible avec le minage de ports ou la destruction d'installations pétrolières¹⁴²; la deuxième fois, en 1995, dans l'affaire de la *Demande d'examen de la situation*, elle a dit que sa décision de rejeter la requête était « sans préjudice des obligations des États concernant le respect et la protection de l'environnement naturel¹⁴³ »; la troisième fois, dans son ordonnance de 2000 sur la demande en indication de mesures conservatoires présentée dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, elle juge que « les ressources se trouvant sur le territoire du Congo, en particulier dans la zone de conflit, demeurent gravement exposé[e]s, et qu'il existe un risque sérieux que les droits en litige [en l']espèce [...] subissent un préjudice irréparable¹⁴⁴ ».

C. Affaires dans lesquelles la juridiction saisie a abordé la question de la situation des peuples et des populations civiles

110. La Cour internationale de Justice a examiné la situation des peuples dans l'affaire relative aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans laquelle elle a jugé que la construction du mur avait eu « de sérieuses répercussions pour la production agricole¹⁴⁵ » et qu'Israël avait l'obliga-

¹⁴⁰ *Ibid.*, à la page 253, par. 250. L'article 43 du Règlement est ainsi libellé : « L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays. »

¹⁴¹ Voir Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, p. 496.

¹⁴² *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 131), aux pages 134 et 135, par. 268.

¹⁴³ *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.

¹⁴⁴ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, mesures conservatoires, ordonnance du 1^{er} juillet 2000, *C.I.J. Recueil 2000*, p. 111, à la page 128, par. 43.

¹⁴⁵ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* la note 129), aux pages 189 et 190, par. 133.

tion de réparer les dommages causés par la réquisition et la destruction d'exploitations agricoles¹⁴⁶.

111. La Cour pénale internationale a, elle aussi, examiné la situation des peuples dans les procès ouverts contre deux chefs de milices congolais accusés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité perpétrés lors de l'attaque du village de Bogoro, conduite pendant la période allant de janvier à mars 2003. Les attaquants avaient volé du bétail et pillé et détruit des bâtiments religieux et des maisons appartenant à des habitants de Bogoro¹⁴⁷. La Cour a constaté que les biens des civils de Bogoro qui avaient été détruits ou volés étaient essentiels à leur vie quotidienne et à leur survie même¹⁴⁸.

112. Dans plusieurs affaires, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a examiné la situation des victimes de destruction sans motif de villes et de villages ou d'actes de dévastation non justifiés par les exigences militaires¹⁴⁹. Le Tribunal a aussi abordé brièvement la question de savoir si l'on peut considérer que certains droits à la propriété ou droits économiques sont si fondamentaux que leur violation peut constituer une persécution, par exemple dans le cas où la destruction généralisée des maisons et des biens s'apparente en fait à une destruction des moyens d'existence d'une population donnée¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Ibid., à la page 198, par. 152.

¹⁴⁷ *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07, Chambre de première instance II, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, par. 924 et 932; *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo*, affaire n° ICC-01/04-02/12, Chambre de première instance II, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012, par. 334 et 338. Les décisions de la Cour pénale internationale sont disponibles sur le site Web de la Cour: www.icc-cpi.int/.

¹⁴⁸ *Katanga*, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (voir *supra* la note 147), par. 952, 953 et 1659; voir aussi *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07, Chambre de première instance II, décision relative à la peine (article 76 du Statut), 23 mai 2014, par. 44, 51 et 52.

¹⁴⁹ *Le Procureur c. Milimir Stakić*, affaire n° IT-97-24-T, Chambre de première instance II, jugement, 31 juillet 2003, par. 761 et 762; voir aussi *Le Procureur c. Mladen Naletilić alias «Tuta» et Vinko Martinović alias «Štela»*, affaire n° IT-98-34-T, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, par. 578; *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, affaire n° IT-99-36-T, Chambre de première instance II, jugement, 1^{er} septembre 2004, par. 600 et 636 à 639; *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, affaire n° IT-99-36-A, Chambre d'appel, arrêt, 3 avril 2007, par. 337 et 340 à 342; *Le Procureur c. Pavle Strugar*, affaire n° IT-01-42-T, Chambre de première instance II, jugement, 31 janvier 2005, par. 283 et 297; *Le Procureur c. Enver Hadžihanović et Amir Kubura*, affaire n° IT-01-47-T, Chambre de première instance, jugement, 15 mars 2006, par. 39 et 48; *Le Procureur c. Naser Orić*, affaire n° IT-03-68-T, Chambre de première instance II, jugement, 30 juin 2006, par. 583, 585 et 587; *Le Procureur c. Milan Martić*, affaire n° IT-95-11-T, Chambre de première instance I, jugement, 12 juin 2007, par. 92, 93, 355, 360 et 374; *Le Procureur c. Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, affaire n° IT-04-82-T, Chambre de première instance II, jugement, 10 juillet 2008, par. 351 et 380; et *Le Procureur c. Ante Gotovina et consorts*, affaire n° IT-06-90-T, Chambre de première instance, jugement (t. II), 15 avril 2011, par. 1765 et 1766.

¹⁵⁰ *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, Chambre de première instance, jugement, 14 janvier 2000, *Recueils judiciaires 2000*, vol. II, p. 1398 et suiv., par. 630 et 631; voir aussi *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-A, Chambre d'appel, arrêt, 29 juillet 2004, par. 146 à 148; *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-T, Chambre de première instance, jugement, 26 février 2001, par. 203 et 205 à 207; *Stakić* (note 149 *supra*), par. 763 à 768; *Le Procureur c. Blagoje Simić et consorts*, affaire n° IT-95-9-T, Chambre de première instance II, jugement, 17 octobre 2003, par. 98 à 103; *Le Procureur c. Miroslav Deronjić*, affaire n° IT-02-61-S, Chambre de première instance II, jugement portant condamnation, 30 mars 2004, par. 121 et 122; *Le Procureur*

113. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a lui aussi examiné ces questions, même si son statut, contrairement à ceux du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et de la Cour pénale internationale, ne lui permet pas de poursuivre des individus pour des actes commis contre des biens¹⁵¹. Dans plusieurs affaires, cependant, il a abordé la question de la destruction de biens, non pas pour en déterminer la légalité mais pour établir l'existence du crime de génocide¹⁵². La plupart d'entre elles concernent l'incendie et la destruction d'habitations et d'églises; dans l'affaire *Emmanuel Rukundo*, cependant, il est dit également que du bétail a été abattu et des bananeraies détruites¹⁵³.

114. Dans l'affaire *Nuon et Khieu*, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont déclaré certains cadres et soldats khmers rouges coupables de crimes contre l'humanité pour avoir commis «d'autres actes inhumains ayant pris la forme de transferts forcés de la population», notamment pour avoir «tenté de faire sortir les gens de leur cachette en coupant l'alimentation en eau»¹⁵⁴.

115. Dans plusieurs affaires, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a examiné la situation des peuples du point de vue des actes de terrorisme visés au paragraphe 2 d de l'article 4 du Protocole II aux Conventions de Genève de 1949. Dans l'affaire *Alex Tamba Brima et al.*, la Chambre de première instance a conclu que les biens en tant que tels n'étaient pas protégés contre les actes de terrorisme, mais que la destruction des habitations ou des moyens de subsistance de la population, et de leurs moyens de survie, était constitutive de tels actes¹⁵⁵.

c. Momčilo Krajišnik, affaire n° IT-00-39-T, Chambre de première instance I, jugement, 27 septembre 2006, par. 778 et 783; *Le Procureur c. Milan Milutinović et consorts*, affaire n° IT-05-87-T, Chambre de première instance, jugement (t. I), 26 février 2009, par. 207; *Le Procureur c. Vujadin Popović et consorts*, affaire n° IT-05-88-T, Chambre de première instance II, jugement, 10 juin 2010, par. 986 et 987; et *Le Procureur c. Vlastimir Đorđević*, affaire n° IT-05-87/1-T, Chambre de première instance II, jugement (t. I), 23 février 2011, par. 1597 et 1598.

¹⁵¹ Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra* la note 111), art. 2 et 3; et Statut de Rome, art. 8, par. 2 b iv).

¹⁵² *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, Chambre de première instance I, jugement, 2 septembre 1998, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 1998*, vol. I, p. 45 et suiv., par. 714 et 715; *Le Procureur c. Elizaphan et Gérard Ntakirutimana*, affaires n°s ICTR-96-10-T et ICTR-96-17-T, Chambre de première instance I, jugement portant condamnation, 21 février 2003, par. 828 à 831; *Le Procureur c. Athanase Seromba*, affaire n° ICTR-2001-66-I, Chambre de première instance, jugement, 13 décembre 2006, par. 334 et 365; *Le Procureur c. François Karera*, affaire n° ICTR-01-74-T, Chambre de première instance I, jugement portant condamnation, 7 décembre 2007, par. 168 et 539; et *Le Procureur c. Siméon Nchamihigo*, affaire n° ICTR-01-63-T, Chambre de première instance III, jugement portant condamnation, 12 novembre 2008, par. 284.

¹⁵³ *Le Procureur c. Emmanuel Rukundo*, affaire n° ICTR-2001-70-T, Chambre de première instance II, jugement, 27 février 2009, par. 106, 108 et 566.

¹⁵⁴ *Le Procureur c. Nuon Chea et Khieu Samphan*, affaire n° 002/01, Chambre de première instance, jugement, 7 août 2014, par. 510, 551 et 552.

¹⁵⁵ *Le Procureur c. Alex Tamba Brima et al.*, affaire n° SCSL-04-16-T, Chambre de première instance II, jugement, 20 juin 2007, *The Law Reports of the Special Court for Sierra Leone*, vol. I, par. 670; voir aussi *Le Procureur c. Moinina Fofana et Allieu Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-T, Chambre de première instance I, jugement, 2 août 2007, par. 172 et 173; *Le Procureur c. Issa Hassan Sesay et al.*, affaire

116. La situation des peuples autochtones et de leurs droits de propriété en cas de conflit armé a été examinée à maintes reprises par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Dans plusieurs affaires, la Cour a conclu, à propos de la destruction de localités, de maisons et de bétail, ainsi que de récoltes et d'autres moyens de survie, que des violations des droits de l'homme, notamment du droit d'être traité avec humanité et du droit de propriété, avaient été commises¹⁵⁶. Il y a lieu de noter que même si, dans certaines affaires, il n'est pas question d'un conflit armé (seulement d'« actes de violence »), le raisonnement de la Cour sur le lien unissant les peuples autochtones à la terre n'est pas dénué d'intérêt. L'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* a marqué un tournant historique : la Cour y a examiné de manière approfondie le droit de propriété des peuples autochtones. Bien que l'affaire ne se déroule pas sur fond de conflit armé, la Cour y a étudié en détail les droits fonciers communs qui découlent à la fois de la tradition et de l'usage dans les domaines culturel et agricole. Dans les cas où la propriété foncière est contestée dans le cadre d'un conflit armé, ce type de considérations peut se révéler utile pour comprendre le lien juridique qui unit les peuples, autochtones ou autres, à la terre en question. La Cour a également considéré le tort que des activités préjudiciables à l'environnement pouvaient causer à un peuple¹⁵⁷.

117. Les affaires jugées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme montrent qu'il n'est pas nécessaire que la terre ait un propriétaire pour faire l'objet d'une protection. En particulier, la Cour a fait référence à l'article 21 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, qui protège le lien étroit unissant les peuples autochtones aux terres de leurs ancêtres, aux ressources naturelles qui s'y trouvent et aux éléments intangibles qui en émanent¹⁵⁸, et à la Convention (n° 169) [de l'Organisation internationale du Travail] concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants¹⁵⁹. Dans l'affaire *Río Negro Massacres v. Guatemala*, la Cour a examiné les conséquences, pour les communautés autochtones, de la destruction des ressources naturelles présentes sur leurs terres. Elle a jugé que

les communautés autochtones ont une conception du monde et un mode de vie bien à elles, qui découlent de la relation étroite qu'elles entretiennent avec leurs terres ancestrales et les ressources naturelles qui s'y trouvent, car celles-ci leur fournissent leurs principaux moyens de subsistance et s'intègrent pleinement dans leur vision du monde, leurs croyances religieuses et, en conséquence, leur identité culturelle¹⁶⁰.

118. La Cour européenne des droits de l'homme a essentiellement abordé la question de la situation des peuples sous l'angle des droits afférents à la propriété privée. Elle n'a pas parlé de la protection de l'environnement en tant que telle¹⁶¹. D'une manière comparable à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour européenne a qualifié la destruction d'habitations et d'autres biens de violation de l'interdiction de commettre des traitements inhumains et dégradants¹⁶², du droit de propriété¹⁶³, et du droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale et de son domicile¹⁶⁴.

119. Il convient aussi de noter que, durant le procès de Nuremberg, des actes tels que le pillage et la spoliation commis dans des villages, des villes et des districts ont été considérés comme des crimes de guerre¹⁶⁵. Dans plusieurs affaires, le tribunal a eu à connaître de situations d'occupation militaire et a examiné la manière dont le droit des conflits armés (et plus précisément le droit de l'occupation militaire) s'appliquait à l'exploitation économique des ressources naturelles et au pillage¹⁶⁶. Cette jurisprudence confirme que l'exploitation des ressources naturelles des États occupés n'est pas sans limite¹⁶⁷.

¹⁶⁰ *Río Negro Massacres v. Guatemala*, exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens, jugement du 4 septembre 2012, série C n° 250, par. 177, note de bas de page 266. La Cour y a renvoyé à deux affaires : *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, fond, réparations et dépens, jugement du 17 juin 2005, série C n° 125, par. 135, et *Chitay Nech et al. v. Guatemala*, exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens, jugement du 25 mai 2010, série C n° 212, par. 147. Voir aussi *Afro-Descendant Communities* (note 156 *supra*), par. 346, 352, 354, 356 et 459. La protection offerte par l'article 21 est également mentionnée dans cette dernière affaire, voir *ibid.*, par. 346.

¹⁶¹ Voir, par exemple, *Menteş et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII*, par. 13, 21, 23 et 76; *Orhan c. Turquie*, n° 25656/94, 18 juin 2002, par. 379 et 380; *Issaïeva et autres c. Russie*, n° 57947/00 et 2 autres, 24 février 2005, par. 171 et 230 à 233; *Esmukhambetov et autres c. Russie*, n° 23445/03, 29 mars 2011, par. 150 et 174 à 179; *Chiragov et autres c. Arménie* [GC], n° 13216/05, CEDH 2015, par. 103; et *Benzer et autres c. Turquie*, n° 23502/06, 12 novembre 2013, par. 133, 184, 207, 212 et 213.

¹⁶² *Menteş* (voir *supra* la note 161), par. 76; et *Benzer* (voir *supra* la note 161), par. 207, 212 et 213.

¹⁶³ *Orhan* (voir *supra* la note 161), par. 379 et 380; et *Esmukhambetov* (voir *supra* la note 161), par. 174 à 179.

¹⁶⁴ *Orhan* (voir *supra* la note 161), par. 379 et 380.

¹⁶⁵ *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, vol. I, Nuremberg, Tribunal militaire international, 1947, p. 240, 241, 296, 297, 324 et 325; *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1949, p. 31; *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, vol. XI/2, Washington, United States Government Printing Office, 1950, p. 1253 et 1254; *ibid.*, vol. IV, Washington, United States Government Printing Office, 1950, p. 455; *ibid.*, vol. VII, Washington, United States Government Printing Office, 1953, p. 179; et *ibid.*, vol. XIV, Washington, United States Government Printing Office, 1952, p. 698, 699, 746 et 747.

¹⁶⁶ *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, vol. I (voir *supra* la note 165), p. 240, 241, 296, 297, 324 et 325.

¹⁶⁷ *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, vol. VII (voir *supra* la note 165), p. 179; et *ibid.*, vol. XIV (voir *supra* la note 165), p. 698, 699, 746 et 747.

(Suite de la note 155.)

n° SCSL-04-15-T, Chambre de première instance I, jugement, 2 mars 2009, par. 115; *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, affaire n° SCSL-03-01-T, Chambre de première instance II, jugement, 18 mai 2012, par. 2006 et 2192.

¹⁵⁶ *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*, fond, jugement du 29 avril 2004, série C n° 105, par. 42 (7) et 47; *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*, réparations, jugement du 19 novembre 2004, série C n° 116, par. 73; *Ituango Massacres v. Colombia*, exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens, jugement du 1^{er} juillet 2006, série C n° 148, par. 182 et 183; *Massacres of El Mozote and nearby places v. El Salvador*, fond, réparations et dépens, jugement du 25 octobre 2012, série C n° 252, par. 136 et 180; *Santo Domingo Massacre v. Colombia*, exceptions préliminaires, fond et réparations, jugement du 30 novembre 2012, série C n° 259, par. 228, 229 et 279; et *Afro-Descendant Communities Displaced from the Cacarcica River Basin (Operation Genesis) v. Colombia*, exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens, jugement du 20 novembre 2013, série C n° 270, par. 346, 352, 354, 356 et 459.

¹⁵⁷ *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, fond, réparations et dépens, jugement du 31 août 2001, série C n° 79, par. 151 et 164. Pour le débat sur le droit de propriété des peuples autochtones, voir les paragraphes 140 et suivants.

¹⁵⁸ *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, fond et réparations, jugement du 27 juin 2012, série C n° 245, par. 145 et 156.

¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 163.

CHAPITRE VII

Droit applicable en temps de conflit armé

A. Dispositions conventionnelles relatives à la protection de l'environnement en temps de conflit armé

120. La nécessité de protéger l'environnement en temps de conflit armé est une préoccupation très ancienne¹⁶⁸. Les premières règles établies en la matière étaient étroitement liées au besoin qu'ont les particuliers d'avoir accès aux ressources naturelles essentielles à leur survie, notamment à l'eau non polluée. Compte tenu des conditions dans lesquelles la guerre était alors menée ainsi que des méthodes et des moyens utilisés, les risques de destruction massive de l'environnement étaient limités. Toutefois, après la Seconde Guerre mondiale, ces risques se sont multipliés du fait de l'évolution des technologies militaires. Ce n'est pourtant qu'en 1976 que la protection de l'environnement en tant que telle a été visée pour la première fois dans un traité explicitement applicable en cas de conflit armé. Dans les traités antérieurs, il n'était pas fait référence à l'environnement, et les mesures de protection concernaient uniquement les droits patrimoniaux et les ressources naturelles¹⁶⁹.

121. Les débats relatifs à la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés relèvent en conséquence de l'histoire contemporaine récente, et la doctrine sur ce thème est abondante¹⁷⁰. Le CICR s'est également

¹⁶⁸ Pour un bref rappel historique, voir Hulme, *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, p. 3 et 4. Voir également *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), annexe V, p. 217, par. 3.

¹⁶⁹ Il n'est fait référence à la protection de l'environnement en tant que telle dans aucune des déclarations ni aucun des traités suivants: Déclaration concernant l'interdiction d'employer des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain; Convention II concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement des dettes contractuelles et Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre; Convention sur les bâtiments hospitaliers; Convention III relative à l'ouverture des hostilités; Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre; Convention V concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre; Convention VI relative au régime des navires de commerce ennemis au début des hostilités; Convention VII relative à la transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre; Convention VIII relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact; Convention IX concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre; Convention XI relative à certaines restrictions à l'exercice du droit de capture dans la guerre maritime; Convention XIII concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime; Déclaration relative à l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut de ballons; Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques; Convention concernant la neutralité maritime; Traité international pour la limitation et la réduction des armements navals (partie IV, art. 22, relatif à la guerre sous-marine); Traité concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques (Pacte Roerich); Procès-verbal concernant les règles de la guerre sous-marine prévues par la partie IV du Traité de Londres du 22 avril 1930; Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, et Statut de Nuremberg; Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg, résolution 95 (I) de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1946; et Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

¹⁷⁰ Les bibliographies figurant dans l'appendice II de l'annexe V de l'*Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), à l'annexe du document A/CN.4/674 de l'*Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), et à l'annexe II du présent rapport, offrent des exemples des nombreux travaux consacrés à la question.

intéressé de près au sujet¹⁷¹. Toutefois, les États sont restés prudents et les tentatives de définition de nouvelles règles ont généralement échoué. Cette prudence doit être remise dans son contexte, les États envisageant avec une égale circonspection le développement d'autres domaines du droit des conflits armés. En outre, la connexion possible avec des questions concernant l'emploi d'armes nucléaires était dans les esprits.

122. Le nombre d'instruments juridiques relatifs au droit des conflits armés est considérable. La plupart de ces instruments régissent la conduite des hostilités et la protection de la population civile dans les conflits armés internationaux, et quelques-uns seulement concernent les conflits armés non internationaux. La situation a toutefois nettement évolué ces vingt dernières années, le champ d'application d'un certain nombre de traités s'étendant aux conflits armés non internationaux¹⁷². L'évolution la plus remarquable est l'adoption d'un amendement à la Convention sur certaines armes classiques, en vertu duquel la Convention est également applicable en cas de conflit armé non international.

123. Toutefois, les tentatives concernant la réglementation de la conduite des hostilités en cas de conflit armé non international se heurtent à de nombreuses difficultés juridiques et politiques. En conséquence, il n'est pas surprenant que certains développements de cette branche du droit se produisent à l'extérieur de la sphère des négociations conventionnelles multilatérales, notamment dans les juridictions ou dans le cadre du droit interne. Par ailleurs, les juridictions internationales et régionales ont tendance à considérer la question à travers le prisme des droits de l'homme¹⁷³.

1. TRAITÉS FONDAMENTAUX: CONVENTION SUR L'INTERDICTION D'UTILISER DES TECHNIQUES DE MODIFICATION DE L'ENVIRONNEMENT À DES FINS MILITAIRES OU TOUTES AUTRES FINS HOSTILES, PROTOCOLE I AUX CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949 ET STATUT DE ROME

124. Les dispositions relatives à la protection de l'environnement les mieux connues se trouvent dans la

¹⁷¹ Par exemple, en établissant les Directives pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé, document A/49/323, annexe. D'importants travaux de fonds ont été réalisés dans le cadre de l'étude du CICR relative au droit coutumier. Voir également CICR, rapport sur le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés, document 311C/11/5.1.1, préparé pour la trente et unième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, octobre 2011.

¹⁷² Notamment les suivants: Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II) à la Convention sur certaines armes classiques; Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction; Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés. Pour une étude sur cette évolution, voir Perna, *The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts*.

¹⁷³ Voir *supra* le chapitre VI du présent rapport, relatif à la jurisprudence.

Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, le Protocole I aux Conventions de Genève de 1949 et le Statut de Rome. Ces trois traités ont été largement ratifiés. Au 12 février 2015, le Protocole I comptait 174 États parties, la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, 76, et le Statut de Rome, 123¹⁷⁴. Il convient, pour commencer, de rappeler les principales dispositions de ces instruments.

125. La disposition clef de la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles est le paragraphe 1 de son article premier, qui se lit comme suit :

Chaque État partie à la présente Convention s'engage à ne pas utiliser à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles des techniques de modification de l'environnement ayant des effets étendus, durables ou graves, en tant que moyens de causer des destructions, des dommages ou des préjudices à tout autre État partie.

126. On entend par techniques de modification de l'environnement « toute technique ayant pour objet de modifier – grâce à une manipulation délibérée de processus naturels – la dynamique, la composition ou la structure de la Terre, y compris ses biotes, sa lithosphère, son hydrosphère et son atmosphère, ou l'espace extra-atmosphérique » (art. II). Il découle de cette définition que la Convention couvre les techniques de modification de l'environnement telles qu'entendues très strictement. En outre, l'application de ces techniques doit être délibérée. En substance, comme l'a relevé un auteur, « la portée réelle de la Convention est assez étroite¹⁷⁵ ». Par ailleurs, les États ont fait preuve d'une grande défiance à l'égard de tout examen de la Convention. Deux conférences d'examen ont été tenues, en 1984 et en 1992, et les tentatives d'en tenir une troisième ont échoué¹⁷⁶.

¹⁷⁴ En outre, la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles compte 16 États signataires, le Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, 3, et le Statut de Rome, 31. Il convient de rappeler que, même s'il n'est pas lié par le traité, tout État signataire est tenu de s'abstenir d'actes qui priveraient le traité de son objet et de son but, « tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité » (article 18 a de la Convention de Vienne sur le droit des traités). À titre d'exemple, les États-Unis, qui avaient signé le Statut de Rome le 31 décembre 2000, ont informé le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, en sa qualité de dépositaire, qu'ils ne comptaient pas devenir partie au traité et que, « [d]e ce fait, les États-Unis n'[avaient] aucune obligation légale découlant de leur signature apposée le 31 décembre 2000 ». Israël et le Soudan ont également informé le dépositaire, respectivement le 28 août 2002 et le 26 août 2008, de leur intention de ne pas devenir parties au traité et que, en conséquence, ils n'étaient liés par aucune obligation juridique découlant de la signature du traité. *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (disponible à l'adresse suivante : <https://treaties.un.org>), chap. XVIII.10.

¹⁷⁵ Schmitt, « Humanitarian law and the environment », à la page 280.

¹⁷⁶ En 2013, le Secrétaire général a invité les États parties à donner leur avis sur la tenue d'une troisième conférence d'examen. Le nombre de réponses favorables reçues a été inférieur au seuil requis pour l'organisation d'une conférence. Lettre du Secrétaire général adressée aux États Membres, datée du 27 janvier 2014 (ODA/63-2013/ENMOD), disponible sur le site Web : www.unog.ch.

127. Les dispositions clefs du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949 sont ses articles 35 et 55, qui se lisent comme suit :

Article 35. Règles fondamentales

1. Dans tout conflit armé, le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité.

2. Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus.

3. Il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel.

Article 55. Protection de l'environnement naturel

1. La guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population.

2. Les attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites.

128. L'article 35 se trouve dans la section I du titre III du Protocole I, intitulée « Méthodes et moyens de guerre », et l'article 55, dans la section I du titre IV (Population civile), intitulée « Protection générale contre les effets des hostilités », au chapitre III de celle-ci, relatif aux biens de caractère civil. L'emplacement de ces articles n'est pas anodin. Le paragraphe 3 de l'article 35, comme les autres règles prohibitives de cet article, impose une interdiction absolue, et l'article 55 fixe une obligation de protection, qui inclut l'interdiction absolue « d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population ».

129. Quelques États ont fait des déclarations au sujet des articles 35 et 55. La France et le Royaume-Uni ont tous deux considéré que le risque de dommage à l'environnement devait être évalué objectivement, sur le fondement des informations disponibles au moment de son appréciation¹⁷⁷.

130. Les États ci-après ont fait des déclarations concernant l'applicabilité du Protocole I aux seules armes classiques ou son inapplicabilité à l'emploi d'armes

¹⁷⁷ France, déclaration interprétative faite lors de la ratification, le 11 avril 2001 : « Le Gouvernement de la République française considère que le risque de dommage à l'environnement naturel résultant de l'utilisation des méthodes ou moyens de guerre, tel qu'il découle des dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 35 et de celles de l'article 55, doit être analysé objectivement sur la base de l'information disponible au moment où il est apprécié. » Royaume-Uni, réserve formulée le 2 juillet 2002 au sujet du paragraphe 3 de l'article 35, et de l'article 55 : « Le Royaume-Uni entend que ces deux dispositions couvrent l'utilisation de méthodes et moyens de guerre et que le risque de dommages à l'environnement, visé par ces dispositions et découlant de ces méthodes et moyens de guerre, doit être évalué objectivement sur la base de l'information disponible au moment considéré. » Ces réserves et déclarations interprétatives sont disponibles sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

nucléaires : l'Allemagne¹⁷⁸, la Belgique¹⁷⁹, le Canada¹⁸⁰, l'Espagne¹⁸¹, la France¹⁸², l'Italie¹⁸³, les Pays-Bas¹⁸⁴ et le Royaume-Uni¹⁸⁵. L'Irlande¹⁸⁶ s'est référée à l'avis

¹⁷⁸ République fédérale d'Allemagne, déclaration faite lors de la ratification, le 14 février 1991 : « Selon l'interprétation de la République fédérale d'Allemagne, les dispositions introduites par le [Protocole I] relativement à l'emploi d'armes ont été conçues pour s'appliquer exclusivement aux armes conventionnelles, sans préjudice de toute autre règle de droit international applicable à d'autres types d'armes. » Disponible sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

¹⁷⁹ Belgique, déclaration interprétative faite lors de la ratification, le 20 mai 1986 : « Le Gouvernement belge, considérant les travaux préparatoires de l'instrument international présentement ratifié, tient à souligner que le Protocole a été établi en vue d'élargir la protection conférée par le droit humanitaire exclusivement lors de l'usage d'armes conventionnelles dans les conflits armés, sans préjudice des dispositions de droit international relatives à l'usage d'autres types d'armements. » Disponible sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

¹⁸⁰ Canada, déclaration interprétative faite lors de la ratification, le 20 novembre 1990 : « Selon l'interprétation du Gouvernement du Canada, les règles introduites par le Protocole I sont conçues pour s'appliquer exclusivement aux armes conventionnelles. En particulier, les règles ainsi introduites n'ont aucun effet sur le recours aux armes nucléaires, qu'elles ne réglementent ni n'interdisent. » Disponible sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

¹⁸¹ Espagne, déclaration interprétative faite lors de la ratification, le 21 avril 1989 : « [Le Gouvernement de l'Espagne] comprend que ce Protocole, dans son contexte spécifique, s'applique exclusivement aux armes conventionnelles et sans préjudice dans des règles de droit international applicables à une autre catégorie d'armes. » Disponible sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

¹⁸² France (voir *supra* la note 177) : « Se référant au projet de protocole rédigé par le Comité international de la Croix-Rouge qui a constitué la base des travaux de la Conférence diplomatique de 1974-1977, le Gouvernement de la République française continue de considérer que les dispositions du Protocole concernent exclusivement les armes classiques, et qu'elles ne sauraient ni réglementer ni interdire le recours à l'arme nucléaire, ni porter préjudice aux autres règles du droit international applicables à d'autres activités, nécessaires à l'exercice par la France de son droit naturel de légitime défense. » Disponible sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

¹⁸³ Italie, déclaration faite lors de la ratification, le 27 février 1986 : « Selon l'interprétation du Gouvernement italien, les règles introduites par le [Protocole I] relatives à l'emploi d'armes ont été conçues pour s'appliquer exclusivement aux armes classiques. Elles ne portent préjudice à aucune autre règle de droit international applicable à d'autres types d'armes. » Disponible sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

¹⁸⁴ Pays-Bas, déclaration faite lors de la ratification (pour le Royaume en Europe, les Antilles néerlandaises et Aruba), le 26 juin 1987 : « Le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas comprend que les règles introduites par le Protocole I relatives à l'usage des armes étaient destinées à n'être appliquées qu'àux armes classiques et que, en conséquence, elles ne s'appliquent qu'à ces armes, sans préjudice de toutes autres règles de droit international applicables à d'autres genres d'armes. » Disponible sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

¹⁸⁵ Royaume-Uni, réserve faite lors de la ratification, le 28 janvier 1998 (voir *supra* la note 177) : « Le Royaume-Uni continue d'entendre que les règles introduites par le Protocole s'appliquent exclusivement aux armes classiques sans préjudice de toutes autres règles du droit international applicables à d'autres types d'armes. En particulier, les règles ainsi introduites n'ont aucun effet sur l'emploi d'armes nucléaires, qu'elles ne réglementent et n'interdisent pas. » Disponible sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

¹⁸⁶ Irlande, déclarations et réserves concernant le Protocole I, 19 mai 1999 : « Compte tenu de l'effet potentiellement destructeur des armes nucléaires, l'Irlande déclare que ces armes, bien que non régies directement par le Protocole I, demeurent soumises aux règles existantes du droit international, comme l'a confirmé en 1996 la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. » Au sujet de l'article 55, l'Irlande a déclaré ce qui suit : « S'agissant de veiller à ce que, dans le cadre de la guerre, l'environnement naturel soit protégé contre des dommages

consultatif de la Cour internationale de Justice concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*¹⁸⁷, et le Saint-Siège s'est dit préoccupé par le fait que le Protocole I était inadéquat face aux dévastations ruineuses d'une guerre nucléaire¹⁸⁸. Certaines de ces déclarations et réserves ont été formulées après que la Cour eut donné son avis consultatif. Pendant les délibérations de la Cour, un nombre considérable d'États ont présenté des observations et des exposés écrits, certains d'entre eux évaluant également la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires en se référant aux normes garantissant la protection de l'environnement¹⁸⁹. Il convient de relever que de nombreux exposés et de nombreuses observations comprenaient également une analyse d'autres conventions internationales pertinentes.

131. Le troisième traité dont une disposition concerne directement la protection de l'environnement en temps de conflit armé est le Statut de Rome. Aux termes du paragraphe 2 *b* iv) de son article 8, une des violations graves des lois et des coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international est la suivante :

Le fait de lancer intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu¹⁹⁰.

132. Lors de la ratification du Statut de Rome, un seul État, la France, a fait une déclaration concernant directement la protection de l'environnement en rapport avec

étendus, durables et graves et compte tenu de l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut s'attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant de ce fait la santé ou la survie de la population, l'Irlande déclare que les armes nucléaires, même si elles ne sont pas régies directement par le Protocole I, demeurent soumises aux règles existantes du droit international telles qu'elles ont été confirmées en 1996 par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. L'Irlande interprétera et appliquera cet article de manière telle à assurer la meilleure protection possible de la population civile. » Disponible sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

¹⁸⁷ Voir *supra* la note 133.

¹⁸⁸ Saint-Siège, déclaration faite lors de la ratification, le 21 novembre 1985. Disponible sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

¹⁸⁹ Les États-Unis, la France et le Royaume-Uni notamment ont procédé à une analyse approfondie des normes régissant la protection de l'environnement, considérant toutefois que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires ne seraient pas illicites en toutes circonstances. D'autres États, dont l'Égypte, les Îles Marshall, les Îles Salomon, Nauru et la République islamique d'Iran, ont exprimé un avis contraire. Les observations et exposés écrits sont disponibles à l'adresse suivante : www.icj-cij.org/fr/affaire/95/procedure-ecrite.

¹⁹⁰ Une mise en garde doit être faite au sujet de cette disposition (et de plusieurs autres dispositions du Statut de Rome) : pour ce qui est de l'application du principe de responsabilité en cas de crime de guerre (c'est-à-dire de violation grave), le niveau de nécessité militaire requis est bien plus élevé qu'il ne l'est habituellement en droit international humanitaire. Par ailleurs, les mots « manifestement excessifs » et « ensemble de l'avantage militaire » ne sont pas la norme en droit international humanitaire. Ils reflètent un compromis propre à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, l'objectif étant de garantir que les juges n'appliquent pas les dispositions trop sévèrement et se mettent a posteriori à la place des responsables militaires.

les conflits armés¹⁹¹. Dans cette déclaration, la France établit explicitement une relation entre la protection de l'environnement et l'emploi d'armes nucléaires. La Nouvelle-Zélande¹⁹², l'Égypte¹⁹³ et la Suède¹⁹⁴ ont également soulevé la question de l'applicabilité du Statut de Rome à l'emploi d'armes nucléaires, et le Royaume-Uni s'est explicitement référé à la déclaration qu'il avait faite lors de la ratification du Protocole I¹⁹⁵.

a) Représailles

133. Bien qu'extrêmement encadrées, les représailles restent, dans certaines circonstances, licites en temps de

¹⁹¹ La France a déclaré que «le risque de dommages à l'environnement naturel résultant de l'utilisation des méthodes et moyens de guerre, tel qu'il découle des dispositions de l'article 8, par. 2 b iv), doit être analysé objectivement sur la base de l'information disponible au moment où il est apprécié» et que «[I]es dispositions de l'article 8 du Statut, en particulier celles du paragraphe 2 b, concernent exclusivement les armements classiques et ne sauraient ni réglementer ni interdire l'emploi éventuel de l'arme nucléaire ni porter préjudice aux autres règles du droit international applicables à d'autres armes, nécessaires à l'exercice par la France de son droit naturel de légitime défense, à moins que l'arme nucléaire ou ces autres armes ne fassent l'objet dans l'avenir d'une interdiction générale et ne soient inscrites dans une annexe au Statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123». France, déclaration interprétative faite lors de la ratification, le 9 juin 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 614 à 616.

¹⁹² Dans sa déclaration, la Nouvelle-Zélande a estimé qu'«il ne serait pas conforme aux principes du droit international humanitaire de prétendre restreindre la portée de l'article 8, notamment de son paragraphe 2 b, à des cas impliquant uniquement l'utilisation d'armes classiques» (par. 1), position qui a été appuyée par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 133) [par. 2 et 3]. Nouvelle-Zélande, déclaration interprétative faite lors de la ratification, le 7 septembre 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 622 et 623.

¹⁹³ Lors de la ratification, l'Égypte a déclaré qu'elle interprétait l'article 8 comme suit : «Les dispositions du Statut concernant les crimes de guerre visés à l'article 8 en général et à l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 8 en particulier s'appliquent quels que soient les moyens utilisés pour commettre ces crimes et le type d'arme utilisé, notamment les armes nucléaires, qui frappent sans discrimination et causent des dommages inutiles, en violation du droit international humanitaire.» Elle a également déclaré : «Les sous-alinéas xvii) et xviii) de l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 8 du Statut de Rome sont applicables à tous les types d'émissions qui agissent sans discrimination et aux armes utilisées pour les produire, y compris les émissions résultant de l'utilisation d'armes nucléaires.» Égypte, déclaration faite lors de la signature, le 26 décembre 2000, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (disponible à l'adresse suivante : <https://treaties.un.org>), chap. XVIII.10.

¹⁹⁴ La Suède a fait une déclaration d'ordre général concernant les crimes de guerre visés à l'article 8 du Statut de Rome qui sont relatifs aux méthodes de guerre, en rappelant l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 133), et «en particulier les paragraphes 85 à 87, où la Cour dit qu'il ne peut y avoir de doutes sur l'applicabilité du droit humanitaire aux armes nucléaires». Suède, déclaration faite lors de la ratification, le 28 juin 2001, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 631.

¹⁹⁵ Le Royaume-Uni a déclaré ce qui suit : «Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord interprète l'expression "cadre établi du droit international", utilisée aux alinéas b et e du paragraphe 2 de l'article 8, comme comprenant le droit international coutumier, conformément à la pratique des États et à l'*opinio juris*. Dans ce contexte, le Royaume-Uni réaffirme les vues qu'il a exprimées, entre autres, dans les déclarations qu'il a faites [...] à l'occasion de la ratification des instruments de droit international pertinents, notamment le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et appelle l'attention de la Cour sur ces vues.» Royaume-Uni, déclaration faite lors de la ratification, le 4 octobre 2001, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 633.

conflit armé. Elles peuvent être utilisées par l'une des parties au conflit comme moyen de riposte contre l'autre. Si le concept n'a pas de définition juridique, sa signification est relativement claire.

134. L'étude du CICR relative au droit coutumier définit les représailles comme «un acte qui, dans d'autres circonstances, serait illégal, mais qui, dans des cas exceptionnels, est considéré légitime en droit international lorsqu'il est accompli pour faire respecter le droit en réaction à des actes illicites de l'adversaire¹⁹⁶». Il en existe d'autres définitions¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Étude du CICR relative au droit coutumier, vol. I, p. 676.

¹⁹⁷ Voir, par exemple :

«Les représailles sont des actes qui, s'ils ne pouvaient être justifiés comme représailles, constitueraient des violations du droit régissant la conduite de la guerre ou des conflits armés [...]. Les belligérants ne peuvent user de représailles que par suite d'une violation du droit des conflits armés et non en riposte à un recours illicite à la force.» Greenwood, «The twilight of the law of belligerent reprisals», aux pages 40 à 42.

«Comme les représailles sont une réaction à une grave violation antérieure du droit international humanitaire, des représailles "par anticipation" ou des "contre-représailles" ne sont pas autorisées ; les représailles ne peuvent pas non plus être menées en réponse à une violation d'un autre type de droit. Qui plus est, comme les représailles ont pour objet d'amener l'adversaire à respecter le droit, elles ne peuvent être menées à des fins de vengeance ni de punition.» Étude du CICR relative au droit coutumier, vol. I, p. 679.

«On appelle représailles les actes de rigueur qu'un État commet au préjudice d'un autre État en vue de faire cesser des violations du droit dont il est victime ou d'en obtenir réparation. Bien que ces actes soient en principe contraires au droit, leur auteur les considère comme licites dans les conditions particulières où ils s'exercent, en réplique à une violation commise par l'adversaire.

«Il s'agira ici de parler des représailles non pas en général mais dans le cadre des conflits armés, c'est-à-dire dans le *jus in bello*. En droit des conflits armés, les représailles exercées par les belligérants peuvent être définies comme des mesures de contrainte, dérogatoires aux règles ordinaires de ce droit, prises par un belligérant à la suite d'actes illicites commis à son préjudice par un autre belligérant et ayant pour but d'imposer à celui-ci, au moyen d'un dommage, le respect de ce droit.» Zimmermann, «Section II – Répression des infractions aux Conventions ou au présent Protocole», à la page 1006, par. 3426 et 3427.

«Des représailles illicites ne rendent pas licite le recours par l'adversaire à des contre-représailles comportant des mesures interdites même à titre de représailles.

«Les interdictions de représailles ne sauraient être suspendues pour cause de violation substantielle du droit humanitaire conventionnel. Cela pourrait découler de la définition même des représailles, raison d'être des interdictions particulières susmentionnées. Tout doute qui aurait pu naître de l'article 60 de la Convention de Vienne du 29 mai 1969 sur le droit des traités est levé par le même article. Il réserve en effet expressément les dispositions de tout traité applicables en cas de violation (paragraphe 4), et en particulier les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, y compris les interdictions de représailles (paragraphe 5).» Ibid., à la page 1011, par. 3458 et 3459.

«Tout au plus peut-on encore envisager [des représailles] dans le choix des armes et des méthodes de combat employées contre les objectifs militaires.» Pilloud et Pictet, «Article 51 – Protection de la population civile», à la page 642, par. 1985.

Dans l'affaire *États-Unis c. Wilhelm List et al.* (affaire dite des Otages), le Tribunal militaire américain à Nuremberg a indiqué ceci : «Les représailles sont une mesure prise par une partie en réaction à une violation du droit des conflits armés commise par un ennemi, mesure qui serait sinon une violation commise par la partie en question.» Tribunal militaire américain à Nuremberg, affaire des Otages, jugement du 19 février 1948, dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, vol. XI/2 (voir *supra* la note 165), p. 1248.

135. Dans ses travaux sur la responsabilité de l'État, la Commission s'est intéressée à la définition des «représailles» et à la différence entre les contre-mesures et les représailles. Elle a relevé que, récemment, le terme «représailles» avait été circonscrit à des mesures prises en période de conflit armé international :

Plus récemment, le terme «représailles» a été circonscrit à des mesures prises en période de conflit armé international, pour qualifier les représailles entre belligérants. Le terme «contre-mesures» désigne la partie du sujet des représailles qui n'est pas associée à un conflit armé et c'est dans ce sens, conformément à la pratique et à la jurisprudence modernes, que le terme est employé dans le présent chapitre¹⁹⁸.

136. L'usage des représailles, qui ne sont pas strictement interdites en temps de conflit armé, est rigoureusement encadré par le droit international. En premier lieu, les représailles contre les personnes protégées sont absolument interdites en toutes circonstances, de même que les peines collectives contre les civils protégés. Sont également interdites les représailles contre les biens protégés¹⁹⁹. En application du Protocole I et de la Convention sur certaines armes classiques sont notamment interdites les attaques contre les monuments historiques, les œuvres d'art, les lieux de culte, les biens indispensables à la survie de la population civile, l'environnement naturel par voie de représailles et les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses (à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique), même s'ils constituent des objectifs militaires²⁰⁰. Toutefois, aucune disposition conventionnelle n'interdit ou ne restreint les représailles concernant les moyens ou méthodes de guerre en tant que tels²⁰¹.

137. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 55 du Protocole I, les attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites. Cet article se trouve dans la section I du titre IV (Population civile), relative à la protection générale contre les effets des hostilités et, plus particulièrement, au chapitre III, intitulé «Biens de caractère civil». Il en découle que l'environnement est considéré comme un bien de caractère civil²⁰².

b) Champ d'application

138. Les dispositions du Protocole I sont applicables en cas de conflit armé international, comme le définit l'article 2 commun aux Conventions de Genève de 1949. Dans les situations visées sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes²⁰³. Deux questions se posent : existe-t-il

une règle coutumière équivalente qui soit applicable aux acteurs autres que les parties au Protocole? Et, si oui, cette règle est-elle également applicable en cas de conflit armé non international ?

139. Aucune disposition de la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles n'indique explicitement si celle-ci est applicable en cas de conflit armé international ou non international. Aux termes de la Convention, chaque État «s'engage à ne pas utiliser à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles des techniques de modification de l'environnement ayant des effets étendus, durables ou graves, en tant que moyens de causer des destructions, des dommages ou des préjudices à tout autre État partie» (art. 1^{er}, par. 1). L'obligation, de caractère interétatique, s'applique clairement à une situation dans laquelle deux États sont engagés dans un conflit armé. Rien ne dit si une obligation comparable pèse sur un État engagé dans un conflit armé non international sur son propre territoire, ni si elle s'impose lorsqu'une coalition d'États opère sur le territoire d'un État tiers qui a accepté la participation de ces États au conflit.

140. Le Statut de Rome s'applique en cas de conflit armé international ou non international, mais une distinction nette est faite entre les crimes commis en cas de conflit armé international et les crimes commis en cas de conflit armé non international (art. 8). L'alinéa b iv) du paragraphe 2 de l'article 8, cité plus haut, est applicable en cas de conflit armé international ; il n'existe pas de disposition équivalente applicable en cas de conflit armé non international (art. 8, par. 2 c). Le fait que la Cour pénale internationale n'est pas compétente pour juger les «dommages à l'environnement naturel qui sont étendus, durables ou graves» en cas de conflit armé non international n'implique pas nécessairement qu'il serait licite de causer de tels dommages. Le Statut concerne uniquement les crimes relevant de la compétence de la Cour. On ne peut donc automatiquement en tirer une conclusion *a contrario*.

2. AUTRES TRAITÉS CONCERNANT LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT EN RAPPORT AVEC LES CONFLITS ARMÉS

141. Diverses dispositions conventionnelles relevant du droit des conflits armés autres que celles des traités dont il est question plus haut portent sur la protection de l'environnement, notamment le quatrième alinéa du préambule de la Convention sur certaines armes classiques²⁰⁴. Cet alinéa reprend l'énoncé du paragraphe 3 de l'article 35 du Protocole I, selon lequel il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel. Aux termes du Protocole III de la Convention sur certaines armes classiques, relatif aux armes incendiaires, «[i]l est interdit de soumettre les forêts et autres types de couverture végétale à des attaques au moyen d'armes incendiaires sauf si ces éléments naturels sont utilisés

¹⁹⁸ Paragraphe 3 du commentaire relatif au chapitre II (Contre-mesures) de la troisième partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 137.

¹⁹⁹ Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, p. 321 et 322, et *Reflections on the Law of War: Collected Essays*. À la page 767 de ce dernier ouvrage, il écrit ceci : «Les Conventions de Genève de 1949 interdisent catégoriquement les représailles contre les personnes et les biens protégés en temps de conflit armé international» (publié originellement dans Kalshoven, «Belligerent reprisals revisited»).

²⁰⁰ Protocole I, art. 54, par. 4 ; art. 55, par. 2 ; et art. 56, par. 4.

²⁰¹ Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, p. 323.

²⁰² Voir l'étude du CICR relative au droit coutumier, vol. I, p. 692.

²⁰³ Protocole I, art. 1^{er}, par. 3 et 4.

²⁰⁴ Le quatrième alinéa du préambule se lit comme suit : «Rappelant aussi qu'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.»

pour couvrir, dissimuler ou camoufler des combattants ou d'autres objectifs militaires, ou constituent eux-mêmes des objectifs militaires». Aucun État n'a fait de déclaration visant spécifiquement l'environnement dans le cadre de l'utilisation d'armes incendiaires²⁰⁵.

142. Aux termes de l'Annexe technique du Protocole II de la Convention sur certaines armes classiques, les indications concernant l'emplacement des mines «devraient être visibles, lisibles, durables et résistantes aux effets de l'environnement, autant que faire se peut» (par. 1 d), l'objectif étant de privilégier la protection du marquage à celle de l'environnement.

143. L'Annexe technique du Protocole relatif aux restes explosifs de guerre (Protocole V) de la Convention sur certaines armes classiques contient une disposition similaire (par. 2 i). Par ailleurs, les États sont priés d'appliquer des procédures d'enregistrement, de suivi et d'essai des munitions explosives, y compris de donner des informations sur «les endroits où la munition explosive a été placée, dans quelles conditions elle a été entreposée et à quels facteurs environnementaux elle a été exposée» [par. 3 b v)].

144. Il convient d'observer, à la lecture des traités de désarmement, que, de plus en plus, la nécessité de tenir compte de l'environnement dans les dispositifs de manie- ment et de destruction est prise en considération. Aux termes 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 (1972), chaque État partie s'engage à observer toutes les mesures de précaution nécessaires pour protéger les populations et l'environnement dans l'application de leurs initiatives et, notamment, à détruire ou à convertir à des fins pacifiques tous les agents, toxines, armes, équipements et vecteurs dont il est question dans l'article premier de la Convention (art. II). Un certain nombre de dispositions de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (1993) prévoient que des mesures garantissant la sauvegarde de l'environnement doivent être prises tout au long du dispositif de destruction²⁰⁶. Aux termes de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (1997), si un État partie ne croit pas pouvoir détruire toutes les mines antipersonnel dont il a engagé la destruction, ou veiller à leur destruction, dans le délai prescrit, il peut présenter une demande de prolongation du délai fixé. La demande doit comprendre des informations sur les «implications humanitaires, sociales, économiques et environnementales de

la prolongation» (art. 5, par. 4 c). À des fins de transparence, chaque État partie présente en outre au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies un rapport sur les normes à observer en matière de protection de l'environnement pendant la destruction des mines (art. 7, par. 1 f). Aux termes de la Convention sur les armes à sous-munitions (2008), il est également prévu que chaque État partie s'engage à veiller à ce que les méthodes de destruction respectent les normes internationales applicables pour la protection de la santé publique et de l'environnement (art. 3, par. 2), et que les signaux et autres dispositifs de marquage des limites d'une zone dangereuse doivent, autant que faire se peut, être visibles, lisibles, durables et résistants aux effets de l'environnement (art. 4, par. 2 c). Toute demande de prolongation du délai prévu pour la destruction doit comprendre les conséquences humanitaires, sociales, économiques et environnementales de la prolongation proposée (art. 4, par. 6 h). À des fins de transparence, chaque État est en outre tenu de présenter un rapport sur les normes suivies en matière de protection de l'environnement dans l'exécution de son programme de destruction (art. 7, par. 1 e et f).

145. En résumé, il peut être observé que peu de dispositions conventionnelles relevant du droit des conflits armés concernent directement la protection de l'environnement en temps de conflit armé, et que la liste des traités et des résolutions ne faisant aucune référence à la protection de l'environnement est remarquablement longue²⁰⁷.

²⁰⁵ Il convient d'observer que le Protocole a été précédé d'une résolution, adoptée en 1974, intitulée «Le napalm et les autres armes incendiaires et tous les aspects de leur emploi éventuel», dans laquelle l'Assemblée générale «[c]ondamne l'emploi du napalm et des autres armes incendiaires dans les conflits armés lorsque cela risque d'affecter des êtres humains et de causer des dommages à l'environnement ou aux ressources naturelles». Résolution 3255 (XXIX) B de l'Assemblée générale du 9 décembre 1974, par. 1.

²⁰⁶ Voir l'article IV, paragraphe 10, l'article V et l'article VII, paragraphe 3; et Annexe sur l'application de la Convention et la vérification, en particulier le paragraphe 32 de la quatrième partie (A), le paragraphe 7 de la sixième partie et le paragraphe 50 de la dixième partie.

²⁰⁷ Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève); Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention de Genève); Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève); Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève); Résolutions de la Conférence diplomatique, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, tome I, Berne, Département politique fédéral, 1950, p. 355 et 356; Protocole II aux Conventions de Genève de 1949; Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé; résolution XXIII sur le respect des droits de l'homme en période de conflit armé, adoptée à la Conférence internationale des droits de l'homme le 12 mai 1968, *Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme, Téhéran, 22 avril-13 mai 1968* (document A/CONF.32/41); Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité; «La distinction entre les objectifs militaires et non militaires en général et notamment les problèmes que pose l'existence des armes de destruction massive», résolution adoptée par l'Institut de droit international le 9 septembre 1969, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 53-II (session d'Édimbourg, 1969), p. 358 à 360 (disponible sur le site Web: www.idi-iil.org, dans «Publications et travaux», puis «Résolutions»), également dans Schindler et Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, p. 265 et 266; Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre; Annexe I (Règlement relatif à l'identification) au Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, telle qu'amendée le 30 novembre 1993; Convention de l'Organisation de l'Unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique; résolution sur les systèmes d'armes de petit calibre, adoptée le 28 septembre 1979 à la Conférence des Nations Unies 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, *Rapport final de la Conférence à l'Assemblée générale* (document A/CONF.95/15), annexe I, appendice E; Acte final de la Conférence des Nations Unies 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 (document A/CONF.95/15, annexe I); Convention sur certaines armes classiques et son article premier modifié, ainsi que les Protocoles I, II, III et IV y relatifs; Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires; Statut

Il convient cependant de relever que les dispositions des premiers traités dont l'objectif principal était la protection des biens civils pourraient parfaitement être appliquées à la protection de l'environnement.

B. Principes

146. Les principes les plus fondamentaux du droit des conflits armés sont les principes de discrimination, de proportionnalité et de précautions dans l'attaque, ainsi que les règles concernant la nécessité militaire²⁰⁸. Chacun d'eux fait l'objet de dispositions particulières dans les traités relevant du droit des conflits armés. Le principe d'humanité, dit clause de Martens, fera l'objet de développements dans le prochain rapport de la Rapporteuse spéciale, dans la mesure où il est d'ordre général et, en conséquence, également pertinent pour ce qui est de l'analyse des phases préalables ou postérieures aux conflits.

1. PRINCIPE DE DISCRIMINATION

147. Le principe de discrimination est l'un des principes fondamentaux du droit des conflits armés. Il a pour objet de garantir le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil. Il permet également de déterminer ce qui peut être ciblé en toute licéité pendant un conflit armé. En conséquence, c'est un principe à la fois d'interdiction et d'autorisation.

148. En application du principe de discrimination, classé dans la catégorie des règles fondamentales à l'article 48 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949, les parties à un conflit sont tenues de ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires²⁰⁹. Ce principe est étayé par l'article 51 du Protocole I, qui prévoit une protection supplémentaire pour la population civile²¹⁰, et

du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (voir *supra* la note 111); Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité en date du 8 novembre 1994, annexe; Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé; Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III); Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais portant création d'un Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone (Freetown, 16 janvier 2002), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, n° 38342, p. 137; et Traité sur le commerce des armes.

²⁰⁸ La question de l'interdiction d'utiliser des armes, des projectiles, des équipements et des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles n'est pas traitée dans le présent rapport, dans la mesure où cette interdiction a pour objet la protection des combattants contre certaines conséquences négatives résultant du choix des moyens ou des méthodes de guerre. Elle ne concerne pas la protection des civils ou des biens de caractère civil.

²⁰⁹ L'article 48 (Règle fondamentale) se lit comme suit: «En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires.»

Avant d'être codifié dans le Protocole I, le principe de discrimination a connu un long cheminement juridique, qui n'est pas exposé dans le présent rapport. Le terme «objectifs militaires» n'a pas été défini avant l'adoption du Protocole I.

²¹⁰ Aux termes de l'article 51, ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques, et les attaques sans discrimination sont interdites (par. 2 et 4).

par l'article 52, aux termes duquel les biens de caractère civil ne doivent être l'objet ni d'attaques ni de représailles. En dépit de violations répétées²¹¹, il est considéré comme une règle du droit coutumier des conflits armés tant internationaux que non internationaux. Il couvre à la fois les moyens et les méthodes de guerre et est confirmé par la jurisprudence internationale²¹². Il est repris dans les manuels et guides militaires²¹³.

149. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 52 du Protocole I, les biens de caractère civil ne doivent être l'objet ni d'attaques ni de représailles, sachant que sont des biens de caractère civil «tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires au sens du paragraphe 2»²¹⁴. Selon cet article,

[e]n ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis.

Il ressort du libellé du paragraphe 2 de l'article 52 qu'un bien de caractère civil est une «chose», et non un élément abstrait. Par ailleurs, les terres, récoltes et ressources naturelles privées peuvent parfaitement être considérées comme des biens de caractère civil. Il n'est pas toujours aisé d'établir la distinction entre la protection de l'environnement en tant que tel et la protection de ressources et de biens naturels. À titre d'exemple, supposons qu'un pêcheur détienne l'exclusivité des droits de pêche sur les ressources halieutiques d'une baie ou d'une zone maritime donnée et qu'un belligérant y déverse, en violation du droit des conflits armés, des produits chimiques dangereux ayant des effets à long terme, sans que cette action lui offre d'avantage militaire précis. L'utilisation de la zone n'est-elle qu'une violation des droits (économiques) privés du pêcheur ou peut-elle également être considérée comme une violation de l'obligation de protéger l'environnement naturel contre tout dommage étendu, durable et grave²¹⁵ ?

²¹¹ L'étude du CICR relative au droit coutumier (vol. I, p. 8) a observé que les violations du principe étaient souvent condamnées par le Conseil de sécurité.

²¹² Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 133 *supra*), à la page 257; et Commission des demandes d'indemnisation [Éthiopie/Érythrée], *Sentence partielle: Front occidental, bombardements aériens et demandes assimilées – Réclamations de l'Érythrée*, n°s 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 et 26, décision du 19 décembre 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, p. 291.

²¹³ Voir des exemples dans l'étude du CICR relative au droit coutumier, vol. I, p. 5, note 9.

²¹⁴ L'article 52 (Protection générale des biens de caractère civil) se lit comme suit:

«1. Les biens de caractère civil ne doivent être l'objet ni d'attaques ni de représailles. Sont biens de caractère civil tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires au sens du paragraphe 2.

«2. Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis.

«3. En cas de doute, un bien qui est normalement affecté à un usage civil, tel qu'un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école, est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire.»

²¹⁵ Voir Protocole I, art. 55.

150. Les dispositions selon lesquelles les attaques contre les biens de caractère civil, la population civile et les civils sont interdites sont reprises dans divers traités, tels que le Protocole II de la Convention sur certaines armes classiques.

151. Il est possible de conclure que l'environnement naturel est de caractère civil par nature et, partant, ne saurait en tant que tel être un objectif militaire. Comme tout bien de caractère civil, il ne peut être l'objet d'attaques que s'il devient un objectif militaire. En conséquence, le projet de principe ci-après est proposé :

« *Projet de principe 1*

« L'environnement naturel est de caractère civil et ne saurait faire l'objet d'attaques, à moins que certaines de ses parties ne deviennent un objectif militaire. Il est respecté et protégé conformément au droit international applicable et, en particulier, au droit international humanitaire. »

2. PRINCIPE DE PRÉCAUTIONS DANS L'ATTAQUE

152. L'obligation de prendre des mesures de précaution dans l'attaque, telle qu'elle est énoncée dans le Protocole I, doit être distinguée du principe ou de la stratégie de précaution dont il est généralement question dans les traités concernant l'environnement. Ce sont deux concepts juridiques distincts, qui sont issus de sources distinctes et s'appliquent à des situations distinctes. En application du principe de précaution, des mesures doivent être prises même en l'absence de certitude scientifique quant aux préjudices éventuels. Le principe de précaution se distingue en cela du principe de prévention, autre principe juridique concernant l'environnement, qui est centré sur les préjudices connus ou présumés connus²¹⁶. Ces deux principes ont fait l'objet de développements dans le rapport préliminaire de 2014²¹⁷. Leur applicabilité en dehors des conflits armés, qui ne fait aucun doute, est confirmée par la jurisprudence²¹⁸. La portée de leur application dépend du fondement juridique de leur applicabilité et des faits en question. Une des questions qui se posent est celle de savoir s'ils sont également applicables en cas de conflit armé. Il convient en effet de distinguer l'applicabilité de ces principes en dehors de conflits armés de leur applicabilité éventuelle en temps de conflit.

153. Bien qu'une applicabilité générale de ces principes ne puisse être exclue, peu d'éléments montrent qu'ils seraient applicables en temps de conflit en tant que tels, c'est-à-dire selon l'interprétation qui en est faite dans le cadre du droit de l'environnement en temps de paix.

154. Il importe de rappeler qu'un des éléments déterminants du droit des conflits armés est l'obligation de prendre des mesures de précaution pour épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil. L'obligation de prendre des mesures de précaution contre les conséquences des attaques,

relativement récente, a pour objet la protection des populations civiles contre les conséquences des attaques²¹⁹. Diverses instances²²⁰ ont affirmé que cette obligation était une règle de droit coutumier. Le paragraphe 2 de l'article 57 du Protocole I comprend une liste détaillée des mesures de précaution qui doivent être prises pour ce qui est de programmer, de décider et de conduire des attaques²²¹. Il n'est pas fait mention de l'environnement dans l'article, mais, dans la mesure où l'environnement est considéré comme un bien de caractère civil, il relèvera des mesures de précaution en question.

155. Les « précautions dans l'attaque », comme est souvent désigné le principe présentement considéré, ne sauraient être prises isolément. Les « précautions possibles », dont la définition précise n'est pas donnée dans le Protocole I, doivent être prises dans le contexte d'autres règles juridiques. Le principe (ou la stratégie) de précaution, en revanche, s'applique de façon autonome.

²¹⁹ Rogers, *Law on the Battlefield*, p. 120 et 121.

²²⁰ Commission des demandes d'indemnisation [Éthiopie/Érythrée], *Sentence partielle* (voir *supra* la note 212), p. 330.

²²¹ L'article 57 (Précautions dans l'attaque) se lit comme suit :

« 1. Les opérations militaires doivent être conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil.

« 2. En ce qui concerne les attaques, les précautions suivantes doivent être prises :

« a) Ceux qui préparent ou décident une attaque doivent :

« i) Faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil, et ne bénéficient pas d'une protection spéciale, mais qu'ils sont des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 de l'article 52, et que les dispositions du présent Protocole n'en interdisent pas l'attaque ;

« ii) Prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment ;

« iii) S'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ;

« b) Une attaque doit être annulée ou interrompue lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou qu'il bénéficie d'une protection spéciale ou que l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ;

« c) Dans le cas d'attaques pouvant affecter la population civile, un avertissement doit être donné en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent pas.

« 3. Lorsque le choix est possible entre plusieurs objectifs militaires pour obtenir un avantage militaire équivalent, ce choix doit porter sur l'objectif dont on peut penser que l'attaque présente le moins de danger pour les personnes civiles ou pour les biens de caractère civil.

« 4. Dans la conduite des opérations militaires sur mer ou dans les airs, chaque Partie au conflit doit prendre, conformément aux droits et aux devoirs qui découlent pour elle des règles du droit international applicable dans les conflits armés, toutes les précautions raisonnables pour éviter des pertes en vies humaines dans la population civile et des dommages aux biens de caractère civil.

« 5. Aucune disposition du présent article ne peut être interprétée comme autorisant des attaques contre la population civile, les personnes civiles ou les biens de caractère civil. »

²¹⁶ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 237, par. 137.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 236 à 239, par. 133 à 147.

²¹⁸ *Ibid.*

156. Les précautions possibles sont définies au paragraphe 10 de l'article 3 du Protocole II de la Convention sur certaines armes classiques, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996, comme « 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 »²²². Bien que l'obligation de prendre toutes les précautions possibles relève du droit coutumier, la précision donnée à l'article 3 ne signifie pas nécessairement que la règle doit être considérée comme d'application générale²²³. Il convient de relever que les États ont donné leur interprétation des « précautions possibles » au moment de la ratification du Protocole I²²⁴.

157. Une considération de bon sens élémentaire s'applique néanmoins à l'un et l'autre concepts, à savoir que

²²² Voir également le paragraphe 5 de l'article premier du Protocole III de la Convention sur certaines armes classiques, qui se lit comme suit : « On entend par "précautions possibles" 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. »

²²³ L'intitulé de l'article 3 du Protocole II tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 vise explicitement les « restrictions générales à l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs ». La formulation est restée identique depuis l'adoption du texte original du Protocole II de la Convention sur certaines armes classiques.

²²⁴ Par exemple, au moment de la ratification du Protocole I, l'Espagne a fait la déclaration interprétative suivante : « le terme "possible" signifie que l'affaire à laquelle il se réfère est réalisable ou possible dans la pratique, compte tenu de toutes les circonstances qui y concourent au moment où se produit le fait, y compris, dans ces mêmes circonstances, les aspects humanitaires et militaires ». La Belgique a fait la déclaration suivante : « le Gouvernement belge considère que l'expression "précautions utiles" reprise à l'article 41 doit être interprétée en vertu des travaux préparatoires dans le sens des "précautions pratiquement possibles" mentionnées aux articles 57 et 58, soit celles qui peuvent être prises en fonction des circonstances du moment, qui incluent des considérations d'ordre militaire autant que d'ordre humanitaire ». Les Pays-Bas ont fait la déclaration suivante : « Le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas comprend que le terme *feasible* signifie ce qui est praticable ou pratiquement possible, compte tenu de toutes les circonstances prévalant à ce moment-là, y compris les considérations d'ordre humanitaire et militaire. » L'Algérie a fait la déclaration suivante : « Le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire déclare qu'en ce qui concerne les articles 41, paragraphe 3, 57, paragraphe 2 et 58, il y a lieu de considérer que les expressions "Précautions utiles", "tout ce qui est pratiquement possible" et "dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible" contenues respectivement dans chacun des articles énumérés, sont à interpréter dans le sens de ce qu'il est pratiquement possible de prendre comme précautions et mesures compte tenu des circonstances, moyens et données disponibles du moment. » Le Canada a fait la déclaration suivante : « les mots "utile" et "pratique" ou "pratiquement possible" signifient ce qui est réalisable ou pratiquement possible, compte tenu de toutes les circonstances du moment, y compris des considérations humanitaires et militaires ». L'Allemagne a fait la déclaration suivante : « les termes "utile", "pratique", "possible dans la pratique" et "pratiquement possible" signifient ce qui est réalisable ou réellement possible du point de vue pratique, compte tenu de toutes les circonstances du moment, y compris les considérations d'ordre humanitaire et militaire ». Le Royaume-Uni a fait les déclarations suivantes : « le terme *feasible*, tel qu'il est utilisé dans le Protocole, signifie ce qui est praticable ou pratiquement possible eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire »; et « l'obligation de respecter le paragraphe 2 b ne s'étend qu'à ceux qui ont le pouvoir et auxquels il est pratiquement possible d'annuler ou de suspendre l'attaque ». La France a fait la déclaration suivante : « les expressions "possible" et "s'efforcer de", utilisées dans le Protocole, veulent dire ce qui est réalisable ou ce qui est possible en pratique, compte tenu des circonstances du moment, y compris les considérations d'ordre humanitaire et militaire ». Les déclarations et déclarations interprétatives relatives au Protocole I sont disponibles sur la page Web du CICR : <https://ihl-databases.icrc.org/>.

toute action nécessite une dose de préparation et de modération. Par ailleurs, ils doivent sans doute l'un et l'autre être appliqués en fonction des informations disponibles.

158. Comme il a été noté, l'obligation de prendre des mesures de précaution dans l'attaque a pour objet de renforcer la protection de la population civile, des personnes civiles et des biens de caractère civil, l'objectif étant de garantir qu'ils ne soient pas accidentellement tués, blessés ou endommagés. En d'autres termes, seuls les objectifs militaires peuvent être ciblés.

159. La règle considérée correspond à la réalité selon laquelle les civils et les biens de caractère civil ne peuvent pas être totalement protégés en temps de guerre. Les pertes et les dommages accidentels sont inévitables.

160. Le projet de principe ci-après est proposé :

« Projet de principe 2

« Lors d'un conflit armé, les règles et principes fondamentaux du droit international humanitaire, notamment les principes de précautions dans l'attaque, de distinction et de proportionnalité et les règles concernant la nécessité militaire, s'appliquent de manière à assurer le niveau de protection de l'environnement le plus élevé possible. »

3. PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

161. Le troisième principe fondamental à considérer dans le présent rapport est le principe de proportionnalité, règle du droit international coutumier. Il est énoncé au paragraphe 5 b de l'article 51 du Protocole I et réaffirmé à l'article 57. Par ailleurs, le Statut de Rome prévoit que, dans le cadre établi du droit international, constitue un crime de guerre le fait de « lancer intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil [...] qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu » [art. 8, par. 2 b iv)]²²⁵. Il va sans dire que la définition de l'« ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu » continue d'être débattue. Les États acceptent généralement le principe, mais s'abstiennent de communiquer des informations sur son application concrète. Par ailleurs, il a été souligné que le principe devrait être interprété de bonne foi. La Rapporteuse spéciale considère qu'il ne revient pas à la Commission de tenter de définir les paramètres de l'application du principe, dont les conséquences peuvent continuellement faire l'objet de débats dans les milieux juridiques et militaires, et au-delà. En outre, l'évaluation de ce qui est « proportionné » peut évoluer de façon non négligeable au fil du temps. Une telle évolution peut dépendre de l'amélioration des connaissances scientifiques et des développements des stratégies et tactiques militaires, ainsi que des progrès technologiques. Enfin, les valeurs sociales évoluent au fil du temps et peuvent également influencer sur l'appréhension du concept. Il est en conséquence suffisant de se référer à l'existence du principe en tant que tel.

²²⁵ Voir également les observations à la note 190 *supra*.

162. La Cour internationale de Justice a souligné l'importance du principe de proportionnalité dans la protection de l'environnement. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, elle n'estimait pas que « les traités [relevant du droit international humanitaire] 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 [étaient] les siennes de protéger l'environnement », et a poursuivi en déclarant ce qui suit :

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 proportionnalité²²⁶.

163. Il est intéressant d'observer que la Cour se réfère, pour étayer sa conclusion, au principe 24 de la Déclaration de Rio, qui se lit comme suit : « La guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable. Les États doivent donc respecter le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, selon que de besoin. »

164. En conséquence, le projet de principe ci-après est proposé :

« Projet de principe 3 »

« Les considérations environnementales sont prises en compte dans l'évaluation de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires licites. »

165. Après s'être intéressée aux dispositions conventionnelles et aux principes du droit international humanitaire, la Rapporteuse spéciale examinera ci-après les règles énoncées dans l'étude du CICR relative au droit coutumier et dans certains manuels internationaux relatifs au droit des conflits armés.

C. Étude du Comité international de la Croix-Rouge relative au droit coutumier

166. Ainsi qu'il est mentionné dans l'introduction du présent rapport, la grande étude du CICR relative au droit coutumier a été publiée en 2005, après une dizaine d'années de travaux d'analyse et de collecte de données²²⁷. Cette étude est la première en son genre. Le CICR a présenté des documents relatifs à la pratique des États et a tiré des conclusions concernant l'état du droit examiné. Trois règles relatives à la protection de l'environnement sont formulées dans la partie II de l'étude, intitulée « Les personnes et les biens au bénéfice d'une protection spécifique ». La première d'entre elles, la règle 43, dispose que les principes généraux relatifs à la conduite des hostilités s'appliquent à l'environnement naturel. Le CICR conclut que « [s]elon la pratique des États, cette règle constitue une norme de droit international coutumier

applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux²²⁸ ».

167. La règle 43 repose sur le principe de la distinction, qui interdit la destruction de biens non justifiée par des nécessités militaires, ainsi que sur le principe de la proportionnalité et sur d'autres règles accordant une protection à l'environnement naturel.

168. La deuxième règle, soit la règle 44, consacre l'obligation de tenir dûment compte de l'environnement naturel lors de la conduite d'opérations militaires. Elle est ainsi libellée :

Les méthodes et moyens de guerre doivent être employés en tenant dûment compte de la protection et de la préservation de l'environnement naturel. Dans la conduite des opérations militaires, toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum, les dommages qui pourraient être causés incidemment à l'environnement. L'absence de certitude scientifique quant aux effets sur l'environnement de certaines opérations militaires n'exonère pas une partie au conflit de son devoir de prendre de telles précautions²²⁹.

169. Le CICR estime que « [s]elon la pratique des États, cette règle constitue une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés internationaux, voire aussi dans les conflits armés non internationaux²³⁰ ».

170. La règle 44 repose sur l'obligation de prendre toutes les précautions possibles en vue d'éviter ou de réduire au minimum les dommages qui pourraient être causés à l'environnement, sur le principe de précaution et sur l'application du droit (international) de l'environnement pendant un conflit armé.

171. La troisième règle, soit la règle 45, concerne les situations dans lesquelles l'environnement naturel risque de subir des dommages graves. Elle se lit comme suit :

L'utilisation de méthodes ou de moyens de guerre conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel est interdite. La destruction de l'environnement naturel ne peut pas être employée comme une arme²³¹.

172. Le CICR estime que, selon la pratique des États, la règle 45 constitue une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés internationaux, voire aussi dans les conflits armés non internationaux. D'après le commentaire pertinent,

[L]es États-Unis semblent être un « objecteur persistant » à la première partie de cette règle. En outre, la France, le Royaume-Uni et les États-Unis sont des objecteurs persistants en ce qui concerne l'application de la première partie de cette règle à l'emploi d'armes nucléaires²³².

173. La règle 45 repose sur les dispositions du paragraphe 3 de l'article 35 du Protocole I, qui interdit d'utiliser « des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel », ainsi que sur une pratique abondante des États

²²⁸ Ibid., p. 190.

²²⁹ Ibid., p. 195.

²³⁰ Ibid.

²³¹ Ibid., p. 201.

²³² Ibid.

²²⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 133), à la page 242, par. 30.

²²⁷ Étude du CICR relative au droit coutumier, vol. I.

interdisant le recours à la destruction délibérée de l'environnement naturel comme une forme d'arme.

174. Est également pertinente la règle 42, qui porte sur les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses, laquelle se lit comme suit :

Des précautions particulières doivent être prises en cas d'attaque contre des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique, ainsi que les autres installations situées sur eux ou à proximité, afin d'éviter la libération de forces dangereuses et, en conséquence, de causer des pertes sévères dans la population civile²³³.

175. Le CICR considère que, selon la pratique des États, cette règle constitue une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux²³⁴.

176. La règle 42 repose sur les prescriptions détaillées figurant à l'article 56 du Protocole I et à l'article 15 du Protocole II, qui commencent ainsi :

Les ouvrages d'art ou [les] installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique, ne seront pas l'objet d'attaques, même s'ils constituent des objectifs militaires, lorsque [ces] attaques peuvent [entraîner] la libération de ces forces et [causer, en conséquence], des pertes sévères dans la population civile.

177. Il convient de noter que le Protocole I envisage plusieurs exceptions à cette interdiction expresse et dispose que la protection spéciale contre les attaques prévues au paragraphe 1 de l'article 56 peut cesser si les ouvrages ou installations deviennent des objectifs militaires en ce qu'ils sont utilisés pour l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires. Le Protocole II ne prévoit cependant aucune exception de ce genre.

178. L'obligation de prendre des précautions particulières imposée par la règle 42 est à un égard plus vaste que celle formulée à l'article 56 du Protocole I et à l'article 15 du Protocole II, en ce qu'elle s'applique aussi aux installations situées sur les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses ou à proximité. Le CICR est d'avis que cette règle devrait s'appliquer également à d'autres installations, notamment les usines chimiques et les raffineries de pétrole, faisant valoir ce qui suit :

Le fait que des attaques contre de telles installations pourraient causer de graves blessures aux personnes civiles ou dommages aux biens de caractère civil et à l'environnement naturel signifie que la décision d'attaquer de telles installations, au cas où elles deviendraient des objectifs militaires, exige que toutes les précautions nécessaires soient prises lors de l'attaque²³⁵.

179. Il ne fait aucun doute que les conclusions du CICR sont tout à fait fondées. Elles s'appuient sur une pratique étatique abondante et répandue dans tous les grands systèmes juridiques du monde entier. Ce nonobstant, ainsi qu'il est mentionné plus haut, les méthodes de travail du CICR et les conclusions auxquelles il est parvenu ont suscité la critique²³⁶.

²³³ Ibid., p. 185.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid., p. 189.

²³⁶ Voir *supra* le chapitre I du présent rapport. Pour les règles relatives à la protection de l'environnement naturel, voir Hulme, « Natural environment ».

D. Manuels sur le droit international applicable dans les conflits armés

180. Il n'est pas rare que des juristes, des experts militaires et d'autres experts techniques analysent le droit international applicable dans les conflits armés et formulent des propositions en vue de son identification et de son développement. C'est une tradition qui remonte au XIX^e siècle. Pour des raisons évidentes, les manuels militaires (établis d'abord au niveau national, puis au niveau international) ne sont pas contraignants pour les États, non plus que pour toute autre partie à un conflit armé. Ils ont néanmoins largement contribué au développement du droit international humanitaire coutumier. Dans bien des cas, en effet, ils traduisent les besoins opérationnels et les réalités sur le terrain, ce qui explique qu'ils servent de fondement pour établir les pratiques nationales et les règles d'engagement élaborées aux niveaux national ou international. Étant donné que les États sont de plus en plus hésitants à adhérer à de nouveaux instruments conventionnels de droit international humanitaire contraignants, mais ont néanmoins besoin d'ajuster leurs stratégies opérationnelles, il se peut que ces manuels révèlent une tendance générale à transformer en pratique des dispositions indicatives. Les règles qui y sont énoncées traduisent souvent la pratique existante (sans toutefois nécessairement exprimer une *opinio juris*) et peuvent ainsi finir par être (ou non) l'expression du droit international coutumier. Étant dans bien des cas élaborés conjointement par des experts internationaux et des experts du CICR, généralement, ces manuels reflètent des préoccupations différentes et reprennent les règles d'engagement et les manuels établis au niveau des pays. Leur texte définitif est donc toujours le fruit d'un compromis. C'est pourquoi il est utile d'examiner les dispositions contenues dans certains des principaux manuels qui traitent de la question de la protection de l'environnement dans les conflits armés, à savoir le Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer (Manuel de San Remo), de 1994²³⁷, le Manuel sur le droit des conflits armés non internationaux, de 2006²³⁸, le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles, de 2009²³⁹, et le Manuel de Tallinn sur le droit international applicable à la cyberguerre, de 2012²⁴⁰.

²³⁷ Doswald-Beck (dir. publ.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*. Le texte du manuel a été adopté en 1994. Certains des experts ayant participé à l'élaboration du Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer ont également travaillé à celle du Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles.

²³⁸ Schmitt, Garraway et Dinstein, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*. Le manuel contient les résultats d'un important projet mené par l'Institut international de droit humanitaire sous la direction de Dieter Fleck. Dans l'avant-propos, il est indiqué que le projet en lui-même n'est pas tout à fait achevé (p. ii). Il doit donc être considéré avec prudence mais semble néanmoins digne d'intérêt dans le contexte du présent sujet.

²³⁹ Harvard School of Public Health, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*. Le texte définitif du manuel a été adopté en 2009.

²⁴⁰ Schmitt (dir. publ.), *The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Le texte du manuel a été finalisé en 2012.

1. MANUEL DE SAN REMO SUR LE DROIT INTERNATIONAL
APPLICABLE AUX CONFLITS ARMÉS SUR MER

181. Le Manuel de San Remo énonce des règles visant à protéger l'environnement dans différentes situations²⁴¹. On peut considérer que, de tous les manuels abordant la question, c'est celui qui envisage la protection de l'environnement durant les conflits armés de la façon la plus exhaustive. Il doit être examiné à la lumière de l'évolution du droit de la mer et de l'adoption de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui a établi de nouvelles zones de compétence (la zone économique exclusive et les eaux archipélagiques), fixé la largeur maximale de la mer territoriale à 12 milles marins et redéfini la notion de plateau continental. Le régime juridique applicable à certaines zones d'opérations dans lesquelles interviennent les États engagés dans un conflit armé s'en est trouvé modifié. L'ancienne division de l'espace maritime en deux catégories, à savoir, d'une part, les eaux intérieures et la mer territoriale et, d'autre part, la haute mer, a été remplacée par une division en trois zones : les eaux souveraines, les espaces sur lesquels l'État côtier exerce une compétence et des droits souverains précis, et les espaces dans lesquels la liberté de la haute mer s'applique sans restriction²⁴². La zone économique exclusive est soumise à un régime juridique particulier²⁴³, les États côtiers y exerçant une juridiction exclusive en ce qui concerne la protection de l'environnement, sans préjudice toutefois de l'immunité dont jouissent les navires de guerre et les autres navires d'État utilisés à des fins non commerciales.

182. Il convient de rappeler qu'au moment de l'élaboration du Manuel de San Remo, la guerre entre la République islamique d'Iran et l'Iraq et celle entre l'Iraq et le Koweït étaient pour beaucoup des souvenirs très récents. Par ailleurs, la protection de l'environnement en temps de conflit armé faisait l'objet d'une grande attention à l'Organisation des Nations Unies²⁴⁴.

183. Dans le Manuel de San Remo, les dommages causés à l'environnement naturel sont considérés comme des pertes incidentes ou dommages incidents²⁴⁵. C'est dans ce texte que l'expression « environnement naturel » est apparue pour la première fois dans la définition de la notion de dommages incidents (ou « collatéraux »). Il ressort clairement du commentaire pertinent que l'idée était de faire en sorte que la notion de dommages collatéraux s'applique aussi à l'environnement naturel. Cela étant, des critères

²⁴¹ Pour un examen de l'évolution des règles de protection de l'environnement dans le contexte des conflits armés en mer, voir Heintschel von Heinegg et Donner, « New developments in the protection of the natural environment in naval armed conflicts ».

²⁴² L'extension de la largeur de la mer territoriale par les États a eu des conséquences pour la zone d'opérations dans l'espace aérien. Certaines zones d'opérations situées dans les fonds marins ont été soumises à un régime juridique différent du fait de la modification des règles concernant le plateau continental.

²⁴³ Pour l'application des dispositions de la partie VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui concerne la haute mer, voir les articles 6 et 58 de la Convention.

²⁴⁴ Voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), annexe V, p. 218 et suiv., par. 10 à 16.

²⁴⁵ Aux termes de la règle 13 c, on entend par « pertes incidentes » ou « dommages incidents » « la perte de la vie, ou les maux infligés à des civils ou à d'autres personnes protégées, et les dommages causés à l'environnement naturel ou à des biens qui ne constituent pas par eux-mêmes des objectifs militaires, ou leur destruction ».

différents doivent être utilisés pour déterminer si des dommages collatéraux excessifs ont été causés à l'environnement ou à des civils²⁴⁶.

184. Le Manuel de San Remo introduit en outre le principe de la prise en compte des droits et des devoirs de l'État côtier²⁴⁷ dans les conflits armés sur mer. En vertu de ce principe, les États belligérants doivent non seulement se conformer aux règles en vigueur du droit des conflits armés sur mer, mais également « prendre dûment en compte les droits et les devoirs de l'État côtier, entre autres, pour l'exploration et l'exploitation des ressources économiques de la zone économique exclusive et du plateau continental et pour la protection et la préservation de l'environnement marin »²⁴⁸.

185. Le Manuel de San Remo impose en outre à l'État belligérant qui considère qu'il est nécessaire de mouiller des mines dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental d'un État neutre l'obligation d'en informer cet État²⁴⁹.

186. Le Manuel de San Remo aborde également la question de la protection de l'environnement dans la partie consacrée aux règles fondamentales et à la distinction entre personnes ou biens protégés et objectifs militaires. La règle 44 se lit comme suit : « Les méthodes et moyens de guerre doivent être utilisés en tenant dûment compte de l'environnement naturel aux vues des règles pertinentes du droit international. Les dommages et les actes de destruction de l'environnement naturel que ne justifient pas les nécessités militaires et qui sont entrepris arbitrairement sont prohibés. » Aucun des traités existants n'impose pareille obligation générale. Le texte qui s'en approche le plus est le Protocole I, dont l'article 55 pose le principe que les États ne peuvent pas recourir à n'importe quels moyens ou méthodes de guerre²⁵⁰. Dix-sept

²⁴⁶ Manuel de San Remo, explication de la règle 13, par. 13.10.

²⁴⁷ Pour une analyse de ce principe, voir, par exemple, Soons, *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*; et Walker (dir. publ.), *Definitions for the Law of the Sea...*

²⁴⁸ La règle 34 est ainsi libellée : « Si des actions hostiles sont menées dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental d'un État neutre, les États belligérants doivent, non seulement se conformer aux autres règles en vigueur du droit des conflits armés sur mer, mais également prendre dûment en compte les droits et les devoirs de l'État côtier, entre autres, pour l'exploration et l'exploitation des ressources économiques de la zone économique exclusive et du plateau continental et pour la protection et la préservation de l'environnement marin. Ils doivent en particulier tenir dûment compte des îles artificielles, des installations, des ouvrages et des zones de sécurité établies par les États neutres dans la zone économique exclusive et sur le plateau continental. » On retiendra qu'au sens de la règle 13 d du Manuel de San Remo, « neutre » s'entend de « tout État non partie au conflit ». Cette définition et les conséquences qu'elle emporte ont suscité la controverse ; voir l'explication de la règle 13, par. 13.11 à 13.14.

²⁴⁹ La règle 35 est ainsi libellée : « Si un belligérant considère qu'il est nécessaire de mouiller des mines dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental d'un État neutre, il doit le notifier à cet État et s'assurer, entre autres, que la dimension du champ de mines et que le type de mines utilisé ne mettent pas en danger les îles artificielles, les installations et ouvrages, ni ne fassent obstacle à leur accès, et il doit éviter autant que possible d'interférer avec l'exploration ou l'exploitation de la zone par l'État neutre. La protection et la préservation de l'environnement marin doivent également être prises dûment en compte. »

²⁵⁰ Le fait que cet article figure au chapitre III (Biens de caractère civil) de la section I (Protection générale contre les effets des hostilités) du titre IV (Population civile) n'est pas anodin.

ans après l'adoption du Protocole I, les auteurs du Manuel de San Remo ont ajouté des précisions, et la règle 44 a été adoptée à l'issue d'un âpre débat. L'emploi de la formule «en tenant dûment compte de l'environnement naturel» sans davantage de précisions n'a pas été accepté, principalement au motif que celle-ci n'était pas étayée par des dispositions contraignantes²⁵¹.

187. Enfin, le Manuel de San Remo porte que les navires et aéronefs ennemis conçus ou adaptés pour lutter exclusivement contre la pollution de l'environnement marin sont exempts d'attaque²⁵² et de capture²⁵³, deux règles novatrices²⁵⁴.

2. MANUEL SUR LE DROIT DES CONFLITS ARMÉS NON INTERNATIONAUX

188. Le Manuel sur le droit des conflits armés non internationaux contient un seul article ayant trait à la protection de l'environnement naturel, article qui dispose que «les dommages causés à l'environnement naturel au cours d'opérations militaires ne doivent pas être excessifs par rapport à l'avantage militaire attendu de ces opérations²⁵⁵». Les auteurs avancent que la règle posée au paragraphe 3 de l'article 35 et à l'article 55 du Protocole I, qui vise à protéger l'environnement naturel contre tous «dommages étendus, durables et graves» qui pourraient résulter d'un conflit armé international, n'a pas été acceptée comme l'expression du droit international coutumier applicable aux conflits armés tant internationaux que non internationaux.

189. Dans le même temps, les auteurs soutiennent que «l'environnement naturel est un bien de caractère civil» et que certaines parties de celui-ci bénéficient donc de la protection accordée par les différentes règles régissant la protection des biens de caractère civil. Ils font observer que, comme les autres biens de caractère civil, ces parties «peuvent devenir des objectifs militaires de par leur nature, leur emplacement, leur objet ou l'utilisation qui en est faite»²⁵⁶. Ils ajoutent que la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles interdit l'utilisation, comme méthode de combat, des techniques de modification de l'environnement ayant

des effets étendus, durables ou graves²⁵⁷, ce qui montre qu'ils estiment que la Convention s'applique également aux conflits armés non internationaux.

3. MANUEL SUR LE DROIT INTERNATIONAL APPLICABLE À LA GUERRE AÉRIENNE ET AUX MISSILES

190. Le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles est celui qui contient les dispositions les plus restrictives en ce qui concerne la protection de l'environnement, expressément abordée dans deux règles figurant à la section M, intitulée *Specific Protection of the Natural Environment*, qu'il est utile de reproduire ici dans leur intégralité. La règle 88 énonce un principe général, à savoir l'interdiction de la destruction aveugle de l'environnement. La règle 89, qui régit les opérations aériennes et les opérations de missiles, dispose que ces opérations doivent être planifiées et conduites en tenant dûment compte de l'environnement naturel.

191. Les règles 88 et 89 ont été adoptées à l'issue d'un débat approfondi entre les experts chargés de rédiger le manuel²⁵⁸. Les versions initiales du texte contenaient plusieurs dispositions relatives à la protection de l'environnement, mais seules ces deux règles ont été retenues dans la version définitive; elles constituent le plus petit dénominateur commun. Cela ne signifie pas pour autant que les autres normes et principes régissant la protection de l'environnement offrent un niveau de protection inférieur au minimum prévu par les règles 88 et 89. Premièrement, certains États sont liés par des traités qui leur imposent d'autres obligations que celles mises à leur charge par ces deux dispositions. Deuxièmement, les États peuvent limiter les moyens militaires qu'ils s'autorisent à employer dans le cadre d'opérations militaires, notamment en se dotant d'une législation ou d'une réglementation internes, de règles d'engagement ou de politiques environnementales, autant d'instruments qui permettent de renforcer la protection de l'environnement²⁵⁹.

192. Les auteurs ont supprimé du manuel certaines formules contenues dans la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, en partie au motif qu'elles reflétaient des principes ne pouvant être considérés comme l'expression du droit coutumier. Ainsi se sont-ils abstenus de reprendre l'expression «étendus, durables ou graves» figurant au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention, ce qui est compréhensible, sachant que l'utilisation de la conjonction «ou» à la place du «et» retenu dans le Protocole I fait débat depuis longtemps. Le fait qu'ils n'aient pu s'accorder à reprendre le libellé des articles 35 et 55 du Protocole I est un peu plus préoccupant. À l'heure actuelle, 174 États sont parties au Protocole I, dont quatre des cinq membres permanents du Conseil de sécurité. Le cinquième membre permanent (les États-Unis) s'est contenté de le signer. Quelques-uns seulement des 174 États parties ont formulé

²⁵¹ Manuel de San Remo, explication de la règle 44, par. 44.1 à 44.10.

²⁵² Aux termes de la règle 47 du Manuel de San Remo, «[I]es catégories suivantes de navires ennemis sont exemptes d'attaque: [...] h) les navires conçus ou adaptés pour lutter exclusivement contre la pollution de l'environnement marin [...]». Le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles ne contient aucune disposition semblable; voir la règle 47, qui régit en termes généraux la protection des aéronefs civils.

²⁵³ Aux termes de la règle 136, «[s]ont exemptés de capture [...] g) les navires conçus ou adaptés pour lutter exclusivement contre la pollution de l'environnement marin, lorsqu'ils exercent effectivement ce type d'activités». Le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles ne contient aucune disposition semblable, mais voir la règle 67, qui dispose que les aéronefs bénéficiant d'un sauf-conduit jouissent de l'immunité de prise.

²⁵⁴ Manuel de San Remo, explication de la règle 47, par. 47.52 h, et explication de la règle 136, par. 136.1.

²⁵⁵ Schmitt, Garaway et Dinstein, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*, règle 4.2.4.

²⁵⁶ Ibid., commentaire de la règle 4.2.4, par. 1.

²⁵⁷ Ibid., commentaire de la règle 4.2.4, par. 2.

²⁵⁸ Ce projet, lancé en 2003 par le Program on Humanitarian Policy and Conflict Research de l'Université Harvard, a pour but de réaffirmer le droit international existant applicable à la guerre aérienne et à l'utilisation de missiles.

²⁵⁹ *Annuaire...* 2014, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 222 à 225, par. 23 à 47.

des déclarations ou des réserves au sujet des articles 35 et 55, dont les principales concernent la non-applicabilité du Protocole aux armes autres que les armes classiques, c'est-à-dire les armes nucléaires²⁶⁰.

193. Ainsi qu'il est mentionné plus haut, dans le Manuel de San Remo, les dommages causés à l'environnement naturel sont considérés comme des pertes incidentes ou des dommages incidents (ou collatéraux), ce qui n'est pas expressément le cas dans le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles, qui définit les dommages collatéraux de la manière suivante: «pertes en vies humaines, maux infligés à des civils et dommages causés à des biens de caractère civil ou à d'autres biens protégés, ou combinaison de ces éléments, résultant d'une attaque dirigée contre une cible légitime²⁶¹».

194. Cela ne signifie pas, toutefois, que les dommages causés à l'environnement ne peuvent être qualifiés de dommages collatéraux. Dès lors que l'environnement est considéré comme un bien de caractère civil ou un autre bien protégé, ou une combinaison des deux, il peut subir des dommages collatéraux. Rien dans l'explication ne permet de savoir pourquoi la référence à l'environnement naturel a été supprimée de la définition²⁶².

195. Il y a deux autres différences de taille entre le Manuel de San Remo et le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles. La première a, logiquement, trait aux zones d'opérations. Si le droit des conflits armés s'applique à toutes les situations dans lesquelles un conflit armé existe, il convient de distinguer les opérations menées sur le territoire d'un État belligérant de celles menées sur le territoire d'un État non belligérant, autrement dit un État neutre²⁶³. De toute évidence, les opérations navales doivent être menées en tenant dûment compte des droits souverains et de la compétence de l'État neutre sur sa zone économique exclusive. Cela ne signifie pas, toutefois, qu'il est interdit de mener des opérations militaires dans la zone économique exclusive d'un État non belligérant (neutre), mais seulement que l'appréciation du caractère raisonnable des opérations doit sans doute être différente selon que celles-ci sont menées dans la zone économique exclusive ou en haute mer²⁶⁴. Cette distinction est faite dans le Manuel de San Remo, mais pas dans le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles, car il n'existe pas de zone économique exclusive dans l'espace aérien.

196. La seconde différence manifeste oppose la règle 44 du Manuel de San Remo, qui figure dans la partie consacrée aux règles fondamentales et à la distinction entre personnes ou biens protégés et objectifs militaires, et les deux dispositions correspondantes du Manuel sur le

droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles.

197. Il est peu probable qu'à l'heure actuelle un État mène des opérations navales sans mener en parallèle d'autres opérations militaires. Les forces navales interviennent généralement en coopération avec les forces aériennes. Dans l'hypothèse où un État voudrait incorporer et le Manuel de San Remo et le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles dans son manuel militaire, comment concilierait-il les dispositions de l'un et de l'autre ? Les experts se sont donc penchés sur la corrélation entre la guerre aérienne et la guerre navale²⁶⁵, notamment sur les dispositions relatives à la protection de l'environnement figurant dans le Manuel de San Remo. Nonobstant l'opinion de certains, la teneur de la règle 44 du Manuel de San Remo diffère de celle de la disposition correspondante du Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles, à trois égards principalement. Premièrement, dans sa version anglaise, la règle 44 du Manuel de San Remo dispose que les méthodes et moyens de guerre *should be employed with due regard for the natural environment*, tandis que les auteurs du Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles ont employé dans la règle 89 l'expression *due regard ought to be given*. Deuxièmement, le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles est muet quant à l'éventuelle nécessité de tenir compte des «règles pertinentes du droit international». Troisièmement, il ne fait pas non plus référence aux «nécessités militaires».

198. L'expression *due regard* apparaît dans le texte anglais des deux documents²⁶⁶. On ne sait pas très bien ce qu'elle signifie dans le contexte qui nous intéresse. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, la notion de *due regard* trouve son origine dans le droit de la mer, où elle est, depuis l'époque d'Hugo Grotius, un des principes fondamentaux garantissant l'exercice de la liberté de la haute mer. Les auteurs du Manuel de San Remo l'ont utilisée pour marquer la différence entre les droits et obligations des États parties à un conflit armé et ceux des États neutres. Le principe de *due regard* s'applique également, *mutatis mutandis*, aux activités menées dans une zone économique exclusive²⁶⁷.

199. On retiendra enfin que le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles est délibérément muet sur la question des représailles, les auteurs étant convenus qu'il avait pour but de régir la conduite des hostilités (*jus in bello*) et non de faire appliquer ou respecter le droit dans les relations entre États²⁶⁸.

²⁶⁵ Les experts ont examiné cette question en se fondant sur l'analyse présentée par l'un d'entre eux, Wolff Heintschel von Heinegg, qui avait déjà participé aux travaux qui ont abouti à l'établissement du Manuel de San Remo.

²⁶⁶ Elle figure dans certains traités, notamment: Protocole I, art. 64, par. 1; troisième Convention de Genève, annexe I, section II, par. 1; et quatrième Convention de Genève, art. 95.

²⁶⁷ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 87 et 58.

²⁶⁸ Harvard School of Public Health, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, introduction, sect. D. Ce manuel est également muet sur d'autres points, dont deux sont pertinents pour l'examen de la question de la protection de l'environnement en temps

²⁶⁰ Voir *supra* le paragraphe 126.

²⁶¹ Harvard School of Public Health, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, règle 1 l.

²⁶² *Ibid.*, commentaire relatif à la définition des dommages collatéraux, p. 33, par. 2.

²⁶³ Aux fins du présent rapport, il n'y a pas lieu de se pencher sur ces règles.

²⁶⁴ On retiendra que la zone économique exclusive et la haute mer sont considérées comme des eaux internationales.

4. MANUEL DE TALLINN SUR LE DROIT
INTERNATIONAL APPLICABLE À LA CYBERGUERRE

200. Le Manuel de Tallinn sur le droit international applicable à la cyberguerre est d'un grand intérêt pour l'examen de la question de la protection de l'environnement en temps de conflit armé. On rappellera à cet égard que la cyberguerre est soumise aux mêmes règles que tout autre type de guerre²⁶⁹.

201. Le Manuel de Tallinn sur le droit international applicable à la cyberguerre mentionne la protection de l'environnement à plusieurs reprises et, surtout, il contient un chapitre entier consacré à l'environnement naturel. Sa règle 83 pose expressément que « l'environnement naturel est un objet de caractère civil et bénéficie donc d'une protection générale contre les attaques informatiques et leurs effets ». Il est expliqué dans le commentaire que cette règle est considérée comme l'expression du droit coutumier applicable aux conflits armés internationaux, dans la mesure où elle « repose sur le principe de la distinction et sur l'interdiction d'attaquer des biens de caractère civil »²⁷⁰.

202. La règle 83 pose en outre ce qui suit : « Il est interdit aux États parties au Protocole I d'employer des moyens ou des méthodes de cyberguerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel. »

203. Les experts chargés de rédiger le manuel n'étant pas tous d'avis que les interdictions imposées au paragraphe 3 de l'article 35 et au paragraphe 1 de l'article 55 du Protocole I étaient l'expression du droit international coutumier, ils ont formulé la règle correspondante de manière à ce qu'elle ne s'applique qu'aux États parties au Protocole²⁷¹.

204. Si aucune disposition ne porte expressément que la destruction gratuite de l'environnement est interdite, il ressort néanmoins clairement du commentaire que les

de conflit armé, à savoir la responsabilité pénale individuelle et les droits de l'homme.

²⁶⁹ Les experts chargés de l'élaboration du Manuel de Tallinn sur le droit international applicable à la cyberguerre ont conclu que les principes généraux du droit international s'appliquaient à l'espace informatique [voir Schmitt (dir. publ.), *The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, p. 13], de même que le Groupe d'experts gouvernementaux chargé d'examiner les progrès de l'informatique et des télécommunications dans le contexte de la sécurité internationale, créé par l'Assemblée générale, qui a fondé ses recommandations sur le principe que le droit international s'appliquait aux technologies de l'information et des communications (voir A/68/98, en particulier les paragraphes 11, 16, 19 et 23). Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies se félicitait de « l'importance accordée par ce rapport au rôle central que jouent la Charte des Nations Unies et le droit international ainsi qu'à la nécessité pour les États de s'acquitter de leurs responsabilités » (ibid., avant-propos du Secrétaire général, p. 4).

²⁷⁰ Schmitt (dir. publ.), *The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, commentaire de la règle 83, par. 1. Les auteurs se sont tous accordés à dire que l'environnement était un objet de caractère civil et devait être protégé comme tel jusqu'à ce qu'il constitue un objectif militaire.

²⁷¹ Cette stratégie a été utilisée à quelques reprises pour pallier l'absence de consensus quant à la question de savoir si une disposition donnée reflétait le droit international coutumier.

experts partent du principe que tel est le cas. Ils expliquent que l'on entend par « gratuite » la « destruction de l'environnement résultant d'un acte délibéré commis par malveillance, c'est-à-dire un acte qui ne peut pas être justifié par des nécessités militaires »²⁷², et suggèrent qu'il est « illégal d'employer des moyens informatiques pour rejeter des hydrocarbures dans une voie d'eau dans l'unique but de causer des dégâts à l'environnement »²⁷³.

205. Bien que le Protocole I ne s'applique pas aux conflits armés non internationaux, certains experts estiment que ses dispositions relatives à la protection de l'environnement s'appliquent bel et bien à ce type de conflit en ce qu'elles constituent des règles de droit coutumier.

206. Le Manuel de Tallinn sur le droit international applicable à la cyberguerre réitère l'interdiction des représailles faite par le Protocole I, disposant que ni l'environnement naturel, ni les barrages, les digues ou les centrales nucléaires de production d'énergie électrique ne peuvent faire l'objet d'une attaque informatique commise à titre de représailles²⁷⁴.

207. Sur la base de la pratique des États, des conventions applicables et de la doctrine, il est proposé d'adopter le projet de principe suivant :

« *Projet de principe 4*

« Les attaques commises contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites. »

E. Conclusions

208. Le droit des traités n'a pas évolué en ce qui concerne la protection de l'environnement en période de conflit armé. Seuls trois instruments conventionnels traitent expressément de la question, à savoir la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, le Protocole I et, quoique de manière différente, le Statut de Rome. Étant donné le nombre d'États qui sont parties à ces instruments, on peut penser que les dispositions de ceux-ci sont normatives. C'est du moins la conclusion qui ressort de l'étude du CICR relative au droit coutumier. Certains États ont cependant formulé à l'égard de ces dispositions des réserves, des déclarations interprétatives ou d'autres déclarations, qui portent pour la plupart soit sur l'emploi d'armes nucléaires, soit sur la détermination des objectifs. Il s'ensuit que les États continueront d'avoir des opinions divergentes quant aux effets précis de ces dispositions, notamment en ce qui concerne le seuil à partir duquel on peut considérer que des dommages ont été causés à l'environnement.

209. Dans le même temps, d'autres instruments conventionnels traduisent une volonté accrue de protéger l'environnement.

²⁷² Schmitt (dir. publ.), *The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, commentaire de la règle 83, par. 5.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Ibid., règle 47. Les experts font à juste titre observer que la notion de représailles n'existe pas dans le droit applicable aux conflits armés non internationaux, ibid., commentaire de la règle 47, par. 3.

CHAPITRE VIII

Zones protégées

A. Zones démilitarisées

210. Il n'est pas rare d'accorder un statut juridique spécial à certaines zones de façon à les protéger et à les préserver, que ce soit par des accords internationaux ou la législation nationale. Sous certaines conditions, ces zones sont non seulement protégées en temps de paix mais également prémunies contre les attaques en temps de conflit armé. Pour autant que les interdictions les concernant soient respectées, ces zones ne subiront pas de dommages environnementaux résultant d'activités armées.

211. La première catégorie qui vient à l'esprit est celle des zones démilitarisées. Le terme « zone démilitarisée » a un sens particulier dans le contexte du droit des conflits armés. Ce sont les parties au conflit qui créent de telles zones, s'interdisant ainsi d'y porter leurs opérations militaires si c'est contraire aux termes de leur accord²⁷⁵. Selon l'étude du CICR relative au droit coutumier, cette règle constitue une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux²⁷⁶. Des zones démilitarisées sont souvent établies pour diverses raisons (militaires, humanitaires, politiques), par exemple pour empêcher qu'un conflit ne s'aggrave ou en prélude à un traité de paix. La dimension politique d'une zone officiellement déclarée zone démilitarisée ressort de l'importance que le Conseil de sécurité accorde à ces zones. Les violations des accords sur les zones démilitarisées sont souvent dénoncées par le Conseil de sécurité, qui demande aux parties de les respecter.

212. Il existe d'autres sortes de zones démilitarisées, qui peuvent avoir été établies en temps de paix et ne pas être liées à un conflit armé en cours. Il peut s'agir notamment de zones démilitarisées, de zones de paix, de zones destinées à des fins pacifiques, de zones exemptes d'armes nucléaires et de zones dénucléarisées. Certains membres de la Commission ont souligné l'intérêt de ces zones lors du débat sur le présent sujet, et c'est dans ce contexte que s'inscrivent les commentaires ci-après.

213. Il n'y a pas en droit international public de définition claire et faisant autorité du concept de « démilitarisation ». Pourtant, c'est une notion bien établie aussi bien dans le contexte juridique qu'en dehors de celui-ci. Quant au terme employé, il est clair que le droit international n'exige pas qu'une zone ait été soumise à une quelconque forme de militarisation pour pouvoir obtenir le statut de zone démilitarisée²⁷⁷.

²⁷⁵ Protocole I, art. 60, par. 1.

²⁷⁶ Étude du CICR relative au droit coutumier, vol. I, p. 161. Lancer une attaque contre une zone démilitarisée constitue une infraction grave au Protocole I. Voir Protocole I, art. 85, par. 3 d.

²⁷⁷ Il va sans dire que « destinée à des fins pacifiques » et « démilitarisée » ne sont pas synonymes. Il ne suffit donc pas de désigner une zone comme « destinée à des fins pacifiques » pour qu'elle soit automatiquement « démilitarisée ». En outre, l'expression « zone de paix » n'a pas de définition unanimement reconnue, bien que l'existence et le contenu de telles zones aient fait l'objet de recherches poussées (voir, par exemple, Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*).

214. La démilitarisation a souvent été définie comme une obligation faite à un État de ne pas stationner de forces militaires ou de ne pas avoir d'installations militaires dans certaines zones de son territoire. On dit souvent que la démilitarisation s'accompagne d'un devoir de désarmement ou d'une interdiction des armes dans la zone concernée, et porte donc atteinte à la souveraineté territoriale de l'État. Selon ce point de vue, on ne considère pas que la démilitarisation empêche un État d'user de son droit de défendre son territoire contre les menaces extérieures²⁷⁸. Cependant, il ressort clairement des nombreux exemples de zones démilitarisées dans l'histoire et dans le monde actuel²⁷⁹ qu'elles ne sont pas toutes équivalentes et ne peuvent être traitées comme telles. Il semble pertinent de les classer en fonction du statut juridique du territoire soumis à un régime de démilitarisation²⁸⁰, et on peut définir trois catégories principales. La première comprend les zones démilitarisées relevant de la souveraineté d'un État, comme les îles Åland ou l'archipel du Svalbard. La deuxième comprend les zones placées sous le contrôle d'un groupe d'États restreint ou d'organismes internationaux, telles que la zone démilitarisée séparant la République de Corée et la République populaire démocratique de Corée. La troisième catégorie comprend les zones démilitarisées ne relevant pas des juridictions nationales, telles que la zone internationale des fonds marins et l'espace extra-atmosphérique²⁸¹.

215. On pourrait soutenir que le terme « zone de paix » est théoriquement distinct des zones démilitarisées, mais les différences entre ces notions ont été atténuées par la tendance récente à transformer les « zones de paix » en traités juridiquement contraignants. Il existe donc une zone grise²⁸². La notion de « fins pacifiques » n'a pas non plus de définition juridique. Il découle de certains traités,

²⁷⁸ Voir, par exemple, la définition donnée dans Delbrück, « Demilitarization », à la page 150. On trouve une définition similaire dans Björkholm et Rosas, *Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering* (en suédois). Les îles Åland sont à la fois démilitarisées et neutralisées. Björkholm et Rosas donnent comme autres exemples de zones démilitarisées et neutralisées Spitzberg, l'Antarctique et le détroit de Magellan; *ibid.*, p. 17. Voir également Hannikainen, « The continued validity of the demilitarised and neutralised status of the Åland Islands », à la page 616.

²⁷⁹ Voir, par exemple, Delbrück, « Demilitarization ». Sur les zones démilitarisées en Europe, voir Ahlström, *Demilitariserade och Neutraliserade Områden i Europa* [Zones démilitarisées et neutralisées en Europe], en suédois.

²⁸⁰ Pour une classification différente, voir Black *et al.*, *Neutralization and World Politics*, p. xi.

²⁸¹ Voir Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 141; 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 (au 1^{er} janvier 2015, le Traité avait 103 parties, dont tous les États dotés d'armes nucléaires); et Traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol.

²⁸² Voir, par exemple, Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*; et Prawitz, « The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia ». Subedi a décrit les « zones de paix » comme des zones que l'on tente d'isoler de la militarisation et de l'ingérence extérieure ne constituant pas une agression caractérisée, voir p. xli.

dont le Traité sur l'Antarctique, qu'il s'agit d'une notion davantage politique que juridique²⁸³. Elle n'emporte pas d'obligations juridiques particulières. Elle indique toutefois l'objet et le but d'un traité²⁸⁴.

216. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer a introduit l'application des concepts d'« utilisation pacifique » et de « fins pacifiques » au contexte du droit de la mer. On ne trouve pas de dispositions similaires dans les instruments précédents sur le droit de la mer. La Convention dispose que la « haute mer est affectée à des fins pacifiques » (art. 88). L'introduction de la notion de fins pacifiques ne signifie pas que les activités militaires sont interdites en haute mer ou dans d'autres zones marines ou des fonds marins²⁸⁵. La procédure de règlement des différends prévue dans la Convention en est la preuve. Le mécanisme obligatoire de règlement des différends s'applique à ces activités à moins qu'un État ne déclare par écrit qu'il n'accepte pas les procédures obligatoires aboutissant à des décisions obligatoires prévues par la Convention (art. 298, par. 1 b). La plupart des juristes internationaux conviennent que l'article 88 n'interdit pas les activités militaires²⁸⁶. Il découle de cette conclusion que les activités militaires en mer ne contreviennent pas nécessairement à l'objectif des fins pacifiques. Une activité militaire peut donc être considérée comme compatible avec cet objectif et donc comme une activité légale.

217. La traditionnelle liberté de la haute mer, dans ce contexte, est le droit à l'utilisation militaire pacifique de la haute mer. Ce droit a fermement survécu dans l'ordre juridique de l'après-Seconde Guerre mondiale. Peu de juristes – et cela se vérifie d'autant plus dans la pratique des États – considèrent que des patrouilles et des manœuvres militaires ou même des essais d'armes sont contraires à la liberté de la haute mer et, à plus forte raison, à l'objectif d'affectation à des fins pacifiques visé à l'article 88 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. D'autres dispositions de la Convention renforcent l'interprétation selon laquelle l'utilisation militaire pacifique de

la haute mer est hautement protégée. Cela dit, il convient de rappeler que toute utilisation de la haute mer est soumise au principe selon lequel il doit être dûment tenu compte de l'intérêt des autres États, énoncé au paragraphe 2 de l'article 87 de la Convention. L'application de ce principe est plus complexe dans les zones désignées comme zones économiques exclusives que dans celles de haute mer. Certains pays ont déclaré que les manœuvres militaires étrangères dans leur zone économique exclusive étaient interdites²⁸⁷. Pour trouver des dispositions interdisant un certain type d'utilisation militaire de la haute mer, il faut se reporter à d'autres régimes : en premier lieu à la Charte des Nations Unies, selon laquelle aucun acte d'agression n'est autorisé, mais aussi, par exemple, aux traités sur l'environnement ou le désarmement. L'article 88 de la Convention ne vise pas à démilitariser la haute mer, comme le montrent les tentatives d'en démilitariser des zones spécifiques, telles que l'océan Indien, au moyen d'accords spéciaux en parallèle à la règle de base déjà établie selon laquelle elle est réservée à des fins pacifiques²⁸⁸. L'article 301 de la Convention traite également de l'utilisation des mers à des fins pacifiques, même si ces mots n'apparaissent que dans le titre et renvoient simplement à l'obligation de s'abstenir de recourir à l'emploi de la force.

218. Les zones maritimes qui font partie d'une zone démilitarisée ou exempte d'armes nucléaires présentent une difficulté juridique particulière, étant donné le statut spécial de la zone économique exclusive. On peut certes considérer les zones économiques exclusives comme une catégorie *sui generis*, mais aux fins de la navigation et des activités militaires, elles sont considérées comme des eaux internationales²⁸⁹. La conséquence juridique est qu'un État ne peut réglementer des zones ne relevant ni de sa souveraineté ni de sa juridiction de façon contraignante pour les États tiers.

B. Zones exemptes d'armes nucléaires

219. En 1975, l'Assemblée générale a défini le terme « zone exempte d'armes nucléaires », précisant qu'une

²⁸³ Art. I. L'Antarctique est indéniablement démilitarisé. Il ne figure dans aucune des trois catégories en raison des différences de vues des États concernant son statut.

²⁸⁴ Le concept recouvre les « mesures de nature militaire » mais ne s'y limite pas, ni ne leur est identique. Voir, par exemple, rapport du Secrétaire général, Étude sur la course aux armements navals (A/40/535), par. 186 à 188 (renvoyant aux articles 88, 242, paragraphe 1, et 246, paragraphe 3, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer). Il convient de noter que la notion de « fins militaires » se trouve par exemple, là encore sans être définie, dans le Statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique, art. III A, par. 5, mais également dans d'autres règlements de l'Agence (voir Pinto, « Maritime security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea », à la page 32 et notes 94 et 95). Il n'est pas aisé de définir le terme « fins pacifiques », comme l'a montré Subedi. Si le droit international en général ne contribue guère à la définition de ce terme, le Traité sur l'Antarctique est plus utile, et Subedi y revient lui aussi après avoir échoué à trouver une définition spécifique ailleurs. Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, p. 59.

²⁸⁵ L'article 58, paragraphe 2, dispose que l'article 88 s'applique à la zone économique exclusive dans la mesure où il n'est pas incompatible avec la partie V de la Convention. Il convient de noter que l'article 141, qui traite de l'utilisation de la Zone à des fins pacifiques, est libellé différemment, puisqu'il dispose que la Zone est ouverte à l'utilisation à des fins *exclusivement* pacifiques. On remarquera que la Convention impose à la Conférence de révision de s'assurer que la Zone est utilisée exclusivement à des fins pacifiques (art. 147, par. 2).

²⁸⁶ Pinto, « Maritime security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea », à la page 35.

²⁸⁷ Par exemple, en ratifiant la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en 1988, le Brésil a déclaré qu'il considérait que les dispositions de la Convention « n'autoris[ai]ent pas d'autres États à effectuer [...] des exercices ou des manœuvres militaires, en particulier s'ils impliqu[ai]ent l'utilisation d'armes ou d'explosifs, sans le consentement de l'État côtier » [cité dans *Le droit de la mer : Déclarations concernant la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et 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* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.97.V.3), p. 24]. Une déclaration similaire avait été faite à la signature de la Convention (ibid., p. 5). En la ratifiant en 1995, l'Inde a fait une déclaration presque identique à celle du Brésil, en ajoutant qu'elle incluait également le plateau continental (ibid., p. 34). Contrairement au Brésil, l'Allemagne a déclaré en 1994 que les droits et la juridiction de l'État côtier dans la zone économique exclusive « ne compren[ai]ent pas en particulier le droit d'obtenir notification d'exercices ou de manœuvres militaires ni celui de les autoriser » (ibid., p. 30). L'Italie a fait la même déclaration en 1995 (ibid., p. 34). Les auteurs qui prennent comme point de départ le principe de la liberté de la haute mer et le libellé de l'article 88 de la Convention, selon lequel la haute mer est réservée à des « fins pacifiques », tendent à soutenir l'interprétation brésilienne.

²⁸⁸ Churchill et Lowe, *The Law of the Sea*, p. 313 et 314. Voir à l'article correspondant sur les fonds marins l'expression « à des fins *exclusivement** pacifiques ». Pour ce qui est du lien entre l'océan Indien en tant que zone de paix et le Traité sur l'Antarctique, voir, par exemple, Moneta, *La Antártida en el sistema internacional del futuro*, p. 22 et 23.

²⁸⁹ Les eaux archipélagiques constituent une catégorie à part entière et ne seront pas prises en compte ici.

telle zone devait être établie en vertu d'un traité ou d'une convention²⁹⁰. Cela se vérifie probablement encore dans le cas des zones exemptes d'armes nucléaires, mais plus dans le cas des zones de paix, qui peuvent être établies sur d'autres bases, même si dans ce cas, bien entendu, leurs effets juridiques seront limités. Les zones de paix peuvent donc être considérées comme un concept moins contraignant, tel qu'une étape avant la transformation en zone dénucléarisée ou démilitarisée à effet obligatoire. Les zones de paix terrestres et maritimes et les zones dénucléarisées ou exemptes d'armes nucléaires constituent des mesures régionales de renforcement de la confiance et de désarmement ou ont vocation à le devenir. Leur intérêt a été débattu et elles ont souvent été soit acceptées sans réserve soit fortement critiquées²⁹¹. Pourtant, non seulement leur nombre augmente, mais on constate une tendance à les transformer ou à les reformuler comme traités juridiquement contraignants. Le Traité de Tlatelolco et le Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud (Traité de Rarotonga) en sont les premiers exemples. Depuis 1996, plusieurs zones exemptes d'armes nucléaires et zones de paix ont été établies²⁹². Il a été dit que la communauté internationale encourageait l'établissement de telles zones²⁹³. Certaines de ces zones s'appliquent aux territoires souverains des parties, notamment le Traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique (Traité de Pelindaba), le Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale (Traité de Semipalatinsk) et le Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est (Traité de Bangkok).

220. Les traités susmentionnés sont tous juridiquement contraignants et certains prévoient l'adhésion d'États situés hors de leur zone d'application. Une grande importance a été attachée à l'adhésion d'États dotés de l'arme nucléaire situés hors de la zone d'application aux

²⁹⁰ Cette définition figure dans la résolution 3472 (XXX) B de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1975, intitulée «Étude complète de la question des zones exemptes d'armes nucléaires sous tous ses aspects». Pour une définition limitée du terme «État doté d'armes nucléaires», voir Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, art. IX, par. 3. Subedi note que le concept de «zones de paix» est apparu pour la première fois en droit international dans les années 1970 (Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, p. xlii).

²⁹¹ Bien que Subedi ne donne pas de références dans sa conclusion, la Rapporteuse spéciale partage la description qu'il donne des deux écoles de pensée dans ce contexte, à savoir ceux qui jugent inutile de créer des zones régionales parce que «les Nations Unies s'emploient à réaliser la paix dans le monde», et ceux qui ne voient «aucune opposition entre action zonale et action universelle en faveur de la paix, l'action zonale complétant et soutenant l'action universelle» (Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, p. xlv). Il existe cependant une autre dimension liée au contrôle (en particulier par les grandes puissances).

²⁹² L'Assemblée générale a adopté de nombreuses résolutions en la matière; voir, par exemple, la résolution 60/58 du 8 décembre 2005 sur l'hémisphère Sud et les zones adjacentes exemptes d'armes nucléaires. Pour des exemples d'ouvrages sur le sujet, voir Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*; et Prawitz, «The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia».

²⁹³ Prawitz, «The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia», à la page 661 et note 46, se référant aux Principes et objectifs de la non-prolifération et du désarmement nucléaires adoptés à la Conférence de 1995 des Parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le Traité et la question de sa prorogation, *Document final de la Conférence de 1995 des Parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le Traité et la question de sa prorogation, partie I, Organisation et travaux de la Conférence*, document NPT/CONF.1995/32 (Part I), annexe, décision 2.

«protocoles de garantie»²⁹⁴. Il convient de noter qu'aucun de ces traités ne prétend établir de régime objectif *erga omnes*: tous contiennent des clauses d'adhésion, de retrait et d'examen.

221. La question de la zone d'application a toujours été l'une des plus sensibles lors des négociations des traités sur les zones de paix. Le Traité de Bangkok comprend les zones économiques exclusives des parties au Traité et l'espace aérien situé au-dessus du plateau continental (art. 1^{er} a et b). Dans le même temps, le Traité prévoit qu'aucune de ses dispositions ne porte atteinte aux droits ou à l'exercice des droits que tout État tiers tient des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (art. 2 de la Convention). La liberté de la haute mer et les droits de passage sont mentionnés expressément dans le Traité. Le Traité de Pelindaba contient également une clause de «non-préjudice» concernant les droits ou l'exercice des droits découlant du principe de la liberté de la mer (art. 2, par. 2). Les deux traités prévoient également des mécanismes de contrôle du respect des dispositions et imposent aux parties de coopérer avec l'Agence internationale de l'énergie atomique.

222. En outre, l'Assemblée générale a adopté à plusieurs reprises des résolutions établissant des zones de paix ou des zones exemptes d'armes nucléaires en mer, notamment dans l'océan Indien et dans l'hémisphère Sud (Atlantique Sud) et les zones adjacentes²⁹⁵. Les résolutions de l'Assemblée générale ne sont pas juridiquement contraignantes, mais elles sont le signe d'une ambition politique. Au départ, aucun des cinq membres permanents du Conseil de sécurité, dotés de l'arme nucléaire, n'était heureux que de telles zones de paix maritimes soient créées. Leurs vues reflétaient en réalité une différence de point de vue sur le droit de la mer. Les États qui étaient d'abord opposés à ces zones ont décidé cependant, et tous tardivement, de participer aux discussions concernant leur création.

223. On ne saurait conclure de ce qui précède que les zones démilitarisées ou les zones exemptes d'armes nucléaires continueront de préserver automatiquement les zones concernées de toute activité militaire et donc indirectement d'épargner l'environnement. Chaque traité doit être analysé sur la base de son libellé, de son objet et de son but. Toutefois, si une zone démilitarisée est établie en tant que traité «déclarant, créant ou réglementant un régime ou un statut permanent ou des droits permanents connexes», tel qu'un traité «neutralisant une partie du territoire d'un État», elle peut être considérée comme un traité continuant de s'appliquer en temps de conflit armé, conformément au projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités²⁹⁶.

²⁹⁴ Il a également été proposé de créer des zones exemptes d'armes nucléaires ailleurs, notamment au Moyen-Orient et en Asie du Nord-Est. Prawitz, «The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia», aux pages 668 et 669; et Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, p. 115 à 134.

²⁹⁵ Application de la Déclaration faisant de l'océan Indien une zone de paix, résolution 50/76 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1995, rappelant plusieurs autres résolutions, telles que la résolution 2832 (XXVI) du 16 décembre 1971 et la résolution 49/82 du 15 décembre 1994; et Zone de paix et de coopération de l'Atlantique Sud, résolution 50/18 du 27 novembre 1995.

²⁹⁶ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 108, art. 7, et p. 121, annexe (Liste indicative de traités visés à l'article 7), al. b.

C. Zones de patrimoine naturel et d'importance écologique majeure

224. En 2014, certains membres de la Commission ont suggéré d'inclure le patrimoine culturel dans le présent rapport, soutenant que procéder autrement ouvrirait la porte aux incohérences. La plupart des intervenants ont cependant maintenu que le patrimoine culturel devait en être exclu. Dans son résumé du débat, la Rapporteuse spéciale a souligné que les questions relatives aux biens culturels, au patrimoine culturel et au paysage naturel étaient complexes. La relation entre l'environnement et le patrimoine culturel est compliquée, en particulier lorsqu'il s'agit des aspects esthétiques ou caractéristiques du paysage. Elle concerne également le droit des peuples autochtones à leur environnement en tant que ressource culturelle et naturelle²⁹⁷. Il existe une disparité entre la protection des biens culturels et celle du patrimoine culturel en relation avec les conflits armés. Cette disparité provient du fait que la Convention du patrimoine mondial de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) inclut dans la définition du patrimoine culturel (art. 1) les «œuvres de l'homme ou œuvres conjuguées de l'homme et de la nature» (telles que les aspects esthétiques des paysages), donnant ainsi une définition plus vaste (à cet égard) que celle des «biens culturels» dans la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé²⁹⁸ et le Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Dans ce contexte, il est utile de rappeler que, dans ses projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, la Commission a inclus à la définition de l'environnement «des valeurs autres que celles des services rendus, comme l'esthétique du paysage», qui comprennent la jouissance de la nature pour sa beauté naturelle et pour ses propriétés et ses atouts en matière de loisirs²⁹⁹.

225. Dans ce contexte, il convient d'accorder une importance particulière à la protection des zones d'importance écologique majeure qui sont susceptibles de subir les conséquences néfastes des hostilités³⁰⁰. Il a été

²⁹⁷ La situation de la communauté des Arabes des marais après les projets de drainage baasistes de Saddam Hussein, qui ont commencé durant la guerre entre la République islamique d'Iran et l'Iraq dans les années 1980, est un exemple tragique de situation où l'absence de protection de l'environnement durant un conflit armé peut avoir des conséquences dévastatrices pour les peuples qui dépendent de la terre pour survivre. Voir Roselli, «At the intersection of human rights and the environment in Iraq's southern marshes». Voir également International Law and Policy Institute, *Protection of the Natural Environment in Armed Conflict: An Empirical Study*, 2014, p. 21 à 23.

²⁹⁸ La Convention établit clairement que certains biens meubles ou immeubles se distinguent du reste par leur grande importance pour le patrimoine culturel des peuples. Elle isole donc les «biens culturels» du reste des biens civils. Au sein de la catégorie des biens culturels, elle distingue ensuite les biens immeubles de très grande importance. Toutefois, cette catégorie de biens de très grande importance ne correspond pas exactement au concept de «patrimoine culturel».

²⁹⁹ Paragraphe 20 du commentaire relatif au principe 2 (Termes employés) du projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 71 et suiv. Voir également *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, p. 229 et 230, par. 79 et 80.

³⁰⁰ Droège et Tougas, «The protection of the natural environment in armed conflict...», à la page 43.

proposé de fournir une protection spéciale aux zones d'importance écologique majeure lors de la rédaction des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, lorsqu'un groupe de travail de la conférence a soumis une proposition de disposition libellée comme suit : «Les réserves naturelles reconnues publiquement qui sont suffisamment signalées, délimitées et déclarées comme telles à l'adversaire seront protégées et respectées, sauf quand ces réserves sont utilisées spécifiquement à des fins militaires³⁰¹.» Cette proposition, formulée alors que le droit international de l'environnement n'en était qu'à ses balbutiements, n'a pas été adoptée.

226. Cette proposition doit être envisagée à la lumière du système comparable des zones spécialement protégées, qui existe pour les biens culturels. Le Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé établit un système dit de «protection renforcée», en vertu duquel les biens culturels qui revêtent la plus haute importance pour l'humanité sont inscrits sur une liste et les parties au Protocole s'engagent à ne jamais les utiliser en appui à des opérations militaires (art. 10). Un système similaire de sites répertoriés existe dans la Convention du patrimoine mondial, qui impose aux États de «ne prendre délibérément aucune mesure susceptible d'endommager directement ou indirectement le patrimoine culturel et naturel» (art. 6, par. 3). Elle prévoit également l'inscription sur la Liste du patrimoine mondial en péril de tout bien du patrimoine mondial menacé par un «conflit armé venant ou menaçant d'éclater» (art. 11, par. 4).

227. En outre, la Convention du patrimoine mondial impose aux États parties des obligations concernant les biens du patrimoine naturel. Aux termes de cet instrument, le Comité du patrimoine mondial établit et met à jour une liste des biens du patrimoine culturel et du patrimoine naturel (la Liste du patrimoine mondial) qu'il considère comme ayant une valeur universelle exceptionnelle. L'inscription d'un bien sur la liste ne peut se faire qu'avec le consentement de l'État intéressé. Le Comité tient également la Liste du patrimoine mondial en péril, qui comprend des biens du patrimoine mondial pour la sauvegarde desquels de grands travaux sont nécessaires et pour lesquels une assistance a été demandée aux termes de la Convention³⁰². Ne peuvent figurer sur cette liste que des biens du patrimoine

³⁰¹ Voir Pilloud et Pictet, «Article 55 – Protection de l'environnement naturel», à la page 682, par. 2138 et 2139. La proposition relative au projet d'article 48 *ter* est venue du Groupe de travail de la Commission III.

³⁰² Conformément à l'article 2, le patrimoine naturel est défini et délimité selon trois grandes catégories : les monuments naturels ; les formations géologiques et physiographiques ; et les sites naturels. L'article 2 se lit comme suit :

«Aux fins de la présente Convention sont considérés comme «patrimoine naturel» :

«– Les 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,

«– Les 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,

«– Les 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 naturelle.»

culturel et naturel qui sont «menacés de dangers graves et précis», tels qu'un conflit armé venant ou menaçant d'éclater, comme le mentionne expressément le paragraphe 4 de l'article 11 (voir l'article 2).

228. À ce jour, 197 biens du patrimoine naturel sont inscrits sur la Liste du patrimoine mondial³⁰³. Certains d'entre eux figurent sur la Liste du patrimoine mondial en

³⁰³ Pour connaître les biens inscrits sur la Liste du patrimoine mondial, voir <http://whc.unesco.org>.

péril, en application du paragraphe 4 de l'article 11 de la Convention du patrimoine mondial.

229. Le projet de principe ci-après est proposé :

«Projet de principe 5

«Avant le début d'un conflit armé, ou au plus tard lorsqu'il éclate, les États déclarent zones démilitarisées les zones d'importance écologique majeure.»

CHAPITRE IX

Programme de travail futur

230. Le troisième rapport de la Rapporteuse spéciale comprendra des propositions de mesures à prendre après le conflit, notamment de coopération, de partage d'informations et de bonnes pratiques, et de réparation.

231. Le troisième rapport tentera de boucler l'étude des trois phases temporelles et comportera trois parties. La première portera sur le droit applicable après un conflit armé. La deuxième traitera des questions qui n'ont pas encore été étudiées, telles que l'occupation. La troisième contiendra un résumé analytique des trois phases. La Commission devrait alors disposer des éléments nécessaires pour décider comment poursuivre les travaux. La Rapporteuse spéciale souhaite rappeler que, 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. Cela s'inscrit 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».

232. La Rapporteuse spéciale poursuivra ses consultations avec d'autres entités, telles que le CICR, l'UNESCO et le PNUE, ainsi que les organisations régionales. Il serait fort utile que la Commission prie à nouveau les États de lui fournir des exemples de cas où le droit international de l'environnement, notamment les traités régionaux et bilatéraux, a continué de s'appliquer en temps de conflit armé international ou non international ainsi qu'après un conflit armé. En outre, il serait également utile que les États continuent de fournir des exemples de leur législation pertinente ou de jurisprudence de l'application du droit international ou national de l'environnement.

ANNEXE I

**Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés :
proposition de projet de principes**

PRÉAMBULE

Champ d'application des principes

Les présents principes s'appliquent à la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.

Objet

Ces principes visent à améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés par des mesures de prévention et de réparation.

Ils visent également à réduire au minimum les dommages collatéraux infligés à l'environnement durant un conflit armé.

*Emploi des termes*³⁰⁴

Aux fins des présents principes :

a) 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 organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État ;

b) 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.

³⁰⁴ Soumis dans le rapport préliminaire, *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/674, chap. VII.

PROJET DE PRINCIPES

Principe 1

L'environnement naturel est de caractère civil et ne saurait faire l'objet d'attaques, à moins que certaines de ses parties ne deviennent un objectif militaire. Il est respecté et protégé conformément au droit international applicable et, en particulier, au droit international humanitaire.

Principe 2

Lors d'un conflit armé, les règles et principes fondamentaux du droit international humanitaire, notamment les principes de précautions dans l'attaque, de distinction et de proportionnalité et les règles concernant la nécessité militaire, s'appliquent de manière à assurer le niveau de protection de l'environnement le plus élevé possible.

Principe 3

Les considérations environnementales sont prises en compte dans l'évaluation de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires licites.

Principe 4

Les attaques commises contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites.

Principe 5

Avant le début d'un conflit armé, ou au plus tard lorsqu'il éclate, les États déclarent zones démilitarisées les zones d'importance écologique majeure.

ANNEXE II

Bibliographie sélective

- ACCONCI, Pia, *et al.* (dir. publ.)
International Law and the Protection of Humanity: Essays in Honor of Judge Flavia Lattanzi, Leyde/Boston, Brill/Nijhoff, à paraître en 2016.
- AHLSTRÖM, Christer
Demilitariserade och Neutraliserade Områden i Europa, Mariehamn, Åland Islands Peace Institute, 1995.
- 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, 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 (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”», *European Journal of International Law*, 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 (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 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, Université autonome de Barcelone, 1985.
- AUSTIN, Jay E., 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. SPILLMANN (dir. publ.)
Environmental Degradation as a Cause of War, vol. III, *Country Studies of External Experts*, Coire-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.
- BANNELIER-CHRISTAKIS, Karine
 «L’utopie de la “guerre verte” : insuffisances et lacunes du régime de protection de l’environnement en temps de guerre», dans V. Chetail (dir. publ.), *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 383 à 412.
- BARBOZA, Julio
The Environment, Risk and Liability in International Law, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011.
- BARNES, Ashley, et Christopher WATERS
 «The Arctic environment and international humanitarian law», *Annuaire canadien de droit international*, 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.
- BETHLEHEM, Daniel
 «The methodological framework of the Study», dans E. Wilms-hurst et S. Breau (dir. publ.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 3 à 14.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE, et Catherine REDGWELL
International Law and the Environment, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BJÖRKHOLM, Mikaela, et Allan ROSAS
Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering, Åbo, Åbo Akademi University Press, 1990.
- BLACK, Cyril E., *et al.*
Neutralization and World Politics, Princeton, Princeton University Press, 1968.
- 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», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 40 (1989), p. 29 à 45.
- BLOM, Esther, *et al.* (dir. publ.)
Nature in War: Biodiversity Conservation during Conflicts, Leyde, Netherlands Commission for International Nature Protection, 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
The Oxford Handbook of International Environmental Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BOELAERT-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 (Rhode Island, États-Unis), Naval War College, 2000.
- BOOLEY, Ashraf, et Letetia VAN DER POLL
 «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.
- 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. 95 à 104.

- «The ethics, principles and objectives of protection of the environment in times of armed conflict», dans R. Rayfuse (dir. publ.), *War and the Environment: New Approaches to Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict*, Leyde, Brill, 2014, p. 91 à 108.
- BOTHE, Michael, *et al.*
Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, rapport à la Commission des Communautés européennes, document SJ/110/85, 1985.
- «Droit international protégeant l'environnement en période de conflit armé : lacunes et opportunités», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 92, sélection française 2010, p. 273 à 300.
- BOTHE, Michael, Karl Josef PARTSCH, et Waldemar A. SOLF
New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, 2^e éd., Leyde, 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^o 792 (1991), p. 599 à 611.
- 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.
- CARNAHAN, Burris M.
 «The law of land mine warfare: Protocol II to the United Nations Convention on Certain Conventional Weapons», *Military Law Review*, vol. 105 (1984), p. 73 à 95.
- 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, p. 393 à 415.
- CHURCHILL, R. R., et A. V. LOWE
The Law of the Sea, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1988.
- 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 Victor 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, Alec, et Johannah BERNSTEIN
MEAs, Conservation and Conflict: A Case Study of Virunga National Park, DRC, Winnipeg, Institut international de développement durable, 2008.
- CRAWFORD, Emily
 «Armed conflict, international», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 612 à 626.
- CROIX-ROUGE ALLEMANDE ET INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW OF PEACE AND ARMED CONFLICT
Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften, Journal of International Law of Peace and Armed Conflict, vol. 26, n^o 3 (2013), p. 111 à 160.
- DAM-DE JONG, Daniëlla
 «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 177.
- DAS, Onita
Environmental Protection, Security and Armed Conflict: A Sustainable Development Perspective, Cheltenham, Edward Elgar, 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 resources 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 Congo», *Parks*, vol. 14, n^o 1 (2004), p. 9 à 16.
- DELBRÜCK, Jost
 «Demilitarization», dans Rudolf Bernhardt et Peter Macalister-Smith (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 (1982), p. 150 à 152.
- 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», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 40 (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.
- DIENELT, Anne
 «After the war is before the war: the environment, preventive IHL measures and their post-conflict impact», thèse de doctorat, Université de Göttingen, 2014.
- DINSTEIN, Yoram
 «Protection of the environment in international armed conflict», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), p. 523 à 549.
- War, Aggression and Self-Defence*, 5^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- 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.*
«Conference notes on protection of the environment in armed conflict: testing the adequacy of international law», La Haye, T.M.C. Asser, 7 novembre 2011.
- DORSOUMA, Al-Hamandou, et Michel-André BOUCHARD
«Conflits armés et environnement: cadre, modalités, méthodes et rôle de l'évaluation environnementale», *Développement durable et territoires*, vol. 8 (2006).
- DOSWALD-BECK, Louise
Human Rights in Times of Conflict and Terrorism, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DOSWALD-BECK, Louise (dir. publ.)
San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- DOUHAN, Alena
«Liability for environmental damage», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia 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 (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° 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, 2010, p. 227 à 242.
- ENIANG, Edem A., Amlaset HAILE, et Teshale YIHDEGO
«Impacts of landmines on the environment and biodiversity», *Environmental Policy and Law*, vol. 37, n° 6 (2007), p. 501 à 504.
- FALK, Richard
«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.
«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.
- 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.
- FISCHHABER, Hans-Bjoern
«Military concept on environmental protection and energy efficiency for EU-led military operations: real commitments or another “paper tiger”?», *Energy Security Highlights*, vol. 10 (2012), p. 22 à 24.
- FITZMAURICE, Malgosia, David M. ONG, et Panos MERKOURIS (dir. publ.)
Research Handbook on International Environmental Law, Cheltenham, Edward Elgar, 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: G.V.E.96.0.24).
«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, 2010, p. 51 à 68.
- FRIGO, Manilio
«Cultural property v. cultural heritage: a “battle of concepts” in international law?», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n° 854 (2004), p. 367 à 378.
- 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», *American Journal of International Law*, 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, 2011.
- GOLDBLAT, Jozef
«The mitigation of environmental disruption by war: legal approaches», dans A. H. Westing (dir. publ.), *Environmental Hazards of War: Releasing Dangerous Forces in an Industrialized World*, Londres, Sage, 1990, p. 48 à 60.
«Legal protection of the environment against the effects of military activities», *Bulletin of Peace Proposals*, vol. 22, n° 4 (1991), p. 399 à 406.
«Protection of the natural environment against the effects of military activities: legal implications», *Humanitäres Völkerrecht: Informationschriften*, vol. 3 (1992), p. 133 à 136.
- GREEN, L. C.
«The environment and the law of conventional warfare», *Annuaire canadien de droit international*, vol. 29 (1991), p. 222 à 237.
- GREENWOOD, Christopher
«The twilight of the law of belligerent reprisals», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XX (1989), p. 35 à 69.
«State responsibility and civil liability for environmental damage 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 (Rhode Island, États-Unis), 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.)
Du conflit à la consolidation de la paix: le rôle des ressources naturelles et de l'environnement, Nairobi, Programme des Nations Unies pour l'environnement, février 2009.

- HAMPSON, Françoise
«Other areas of customary law in relation to the Study», dans E. Wilmshurst et S. Breau (dir. publ.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 50 à 74.
- HANNIKAINEN, Lauri
«The continued validity of the demilitarised and neutralised status of the Åland Islands», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 54 (1994), p. 614 à 651.
- HARWELL, Emily E.
«Building momentum and constituencies for peace: the role of natural resources in transitional justice and peacebuilding», dans C. Bruch, C. Muffett et S. S. Nichols (dir. publ.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Abingdon, Earthscan, 2016.
- 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.
«Étude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 87 (2005), p. 289 à 330.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, et Louise DOSWALD-BECK
Droit international humanitaire coutumier, vol. I, *Règles*, Bruxelles, Comité international de la Croix-Rouge et Bruylant, 2006.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, et Louise DOSWALD-BECK (dir. publ.)
Customary International Humanitarian Law, vol. II, *Practice*, Cambridge, Comité international de la Croix-Rouge et Cambridge University Press, 2005.
- 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*, Dordrecht, 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 693.
- 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.
«Natural environment», dans E. Wilmshurst et S. Breau (dir. publ.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 204 à 237.
«Taking care to protect the environment against damage: a meaningless obligation?», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 92, n° 879 (2010), p. 675 à 691.
- ICHIM, Octavian
Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- 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, Earthscan, 2013.
- JENSEN, David, et Silja HALLE (dir. publ.)
Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law, Nairobi, Programme des Nations Unies pour l'environnement, novembre 2009.
Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations, Nairobi, Programme des Nations Unies pour l'environnement, 2012.
- JENSEN, Eric Talbot
«The international law of environmental warfare: active and passive damage during 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 Z. D. de Clément (dir. publ.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. 2, Córdoba, Marcos Lerner, 2002, p. 1011 à 1039, et dans J. Soroeta Licerias (dir. publ.), *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 3, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 2002, p. 83 à 110.
- KABAI, Michael
«An international call for moratorium on the use of depleted uranium in military weapons», *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften, Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, vol. 26, n° 3 (2013), p. 137 à 141.
- KALSHOVEN, Frits
Belligerent Reprisals, 2^e éd., Leyde, Martinus Nijhoff, 2005.
Reflections on the Law of War: Collected Essays, Leyde, Martinus Nijhoff, 2007.
- KARURU, Njeri, et Louise H. YEUNG
«Integrating gender into post-conflict natural resource management», dans C. Bruch, C. Muffett et S. S. Nichols (dir. publ.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Abingdon, Earthscan, 2016.
- 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 responsibility 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, p. 579 à 601.
- 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° 4 et 5 (2001), p. 223 à 231.
- KNIGHT, Danielle
«Conflict-environment: questions over accountability in Kosovo», Inter Press Service, 12 novembre 1999.
- KNOX, John H.
«Assessing the candidates for a global treaty on transboundary environmental impact assessment», *New York University Environmental Law Journal*, vol. 12, n° 1 (2003), p. 153 à 168.
- KOPPE, Erik V.
The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment during International Armed Conflict, Oxford, Hart, 2008.
«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.
- KOROMA, Abdul G.
«Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice», dans J. Ebbesson *et al.*, *International Law and Changing Perceptions of Security: Liber Amicorum Said Mahmoudi*, Leyde, Brill, 2014, p. 189 à 201.
- KRESS, Claus
«The International Court of Justice and the law of armed conflicts», dans C. J. Tams et J. Sloan (dir. publ.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 263 à 300.
- LANDEL, Morgane
«Are aerial fumigations in the context of the 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.
- LAVAUX, Stéphanie
«Degradación ambiental y conflictos armados: las conexiones», Bogota, Centro Editorial, Universidad del Rosario, 2004.
- LAVIEILLE, 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.
- LINZAAD, 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», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 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.
- MAHFOUDH, Haykel Ben
L'environnement, l'humanitaire et le droit international, Manouba (Tunisie), Centre de publication universitaire, 2010.
- MAHMOUDI, Saïd
«Foreign military activities in the Swedish economic zone», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 11, n° 3 (1996), p. 365 à 386.
- MAINETTI, Vittorio
«L'intérêt culturel internationalement protégé: contribution à l'étude du droit international de la culture», thèse de doctorat n° 881, Genève, Institut de hautes études internationales et du développement, 2011, p. 71 à 136.
- 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, États-Unis), MIT Press, 1995.
- MALVIYA, R. A.
«Laws of armed conflict and environmental protection: an analysis of their inter-relationship», *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, vol. 1 (2001), p. 72 à 93.
- MARAUHN, Thilo, Georg NOLTE, et Andreas PAULUS
«Trends in international humanitarian law», *Human Rights Law Journal*, vol. 29 (2008), p. 216 à 226.
- MARAUHN, Thilo, et Zacharie F. NTOUBANDI
«Armed conflict, non-international», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 626 à 637.
- 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.
- MCCORMACK, Timothy L. H.
«An Australian perspective on the ICRC customary international humanitarian law study», dans A. M. Helm (dir. publ.), *The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force*, Naval War College, Newport (Rhode Island, États-Unis), 2006, p. 81 à 97.
- MCNEILL, 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*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 39 à 60.
- MENSAH, Thomas A.
«United Nations Compensation Commission (UNCC)», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia 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», *Annuaire français de droit international*, vol. 37 (1991), p. 203 à 219.
- MONETA, Carlos J.
La Antártida en el sistema internacional del futuro, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
- MURPHY, Sean D., Won KIDANE, et Thomas R. SNIDER
Litigating War: Arbitration of Civil Injury by the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Oxford, 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.
- NYSTUEN, Gro, Stuart CASEY-MASLEN, et Annie GOLDEN BERSAGEL (dir. publ.)
Nuclear Weapons under International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- OKORODUDU-FUBARA, Margaret T.
 «Oil in the Persian Gulf War: legal appraisal of an environmental warfare», *St. Mary's Law Journal*, vol. 23, n° 1, 1991, 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, p. 231 à 252.
 «Sovereignty contests and the protection of natural resources in conflict zones», *Current Legal Problems*, vol. 66 (2013), p. 33 à 73.
- 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 (Suisse), World Wide Fund for Nature, 2000.
- OXMAN, Bernard H.
 «Comment: developing the environmental law of armed conflict», dans R. J. Grunawalt, J. E. King et R. S. McClain (dir. publ.), *Protection of the Environment During Armed Conflict*, Newport (Rhode Island, États-Unis), Naval War College, 1996, p. 576 à 581.
- ÖZERDEM, Alpaslan, et Rebecca ROBERTS
Challenging Post-conflict Environments: Sustainable Agriculture, Burlington (Vermont, États-Unis), Ashgate, 2012.
- PANTAZOPOULOS, Stavros-Evdokimos
 «Towards a coherent framework of transnational corporations' responsibility in international environmental law», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 24, n° 1 (2014), p. 131 à 165.
- 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, F. Francioni et E.-U. Petersmann (dir. publ.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 525 à 556.
- PAYNE, Cymie R.
 «Defining the environment: environmental integrity», dans C. Stahn, J. Iverson et J. S. Easterday, *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles and Practices*, Oxford, Oxford University Press, à paraître en 2017, p. 40 à 70.
- PAYNE, Cymie R., et Peter H. SAND (dir. publ.)
Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission: Environmental Liability, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- PEJIĆ, Jelena
 «Status of armed conflicts», dans E. Wilmshurst et S. Breaud (dir. publ.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 77 à 100.
- PERNA, Laura
The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006.
- PERTILE, Marco
La relazione tra risorse naturali e conflitti armati nel diritto internazionale, Padoue, CEDAM, 2012.
- 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, États-Unis), 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, rapport n° 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.
- PRAWITZ, Jan
 «The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia», publication présentée à la quarante-cinquième Conférence Pugwash sur la science et les problèmes internationaux, Hiroshima, 23-29 juillet 1995, dans J. Rotblat et M. Konuma (dir. publ.), *Proceedings of the Forty-fifth Pugwash Conference on Science and World Affairs, Hiroshima, Japan, 23-29 July 1995: Towards a nuclear-weapon-free world*, Singapour, World Scientific, 1997, p. 651 à 669.
- 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.
- PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH, HARVARD SCHOOL OF PUBLIC HEALTH
Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

- 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. 156 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 457.
- 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 et 6 (1991), p. 216 à 220.
- ROGERS, A. P. V.
Law on the Battlefield, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 2004.
- 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.
- ROSELLI, Carina
 «Restoring Iraq's southern marshes: uncertainty in post-conflict Mesopotamia», mémoire, Vermont Law School, 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.
 «At the intersection of human rights and the environment in Iraq's southern marshes», thèse de doctorat, Vermont Law School, 2014. La Rapporteuse spéciale dispose d'une copie de cette thèse.
- 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.
- SANCIN, Vasilka
 «Peace operations and the protection of the environment», dans V. Sancin (dir. publ.), *International Environmental Law: Contemporary Concerns and Challenges*, Ljubljana, GV Založba, 2012, p. 187 à 208.
- 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.
- SANDOZ, Yves, Christophe SWINARSKI, et Bruno ZIMMERMANN
Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, Comité international de la Croix-Rouge et Martinus Nijhoff, 1986.
- 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, Programme des Nations Unies pour l'environnement, 1998, p. 1 à 22.
- 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.
- SANDS, Philippe, et Jacqueline PEEL
Principles of International Environmental Law, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SCHAFER, Bernard K.
 «The relationship between the international laws of armed conflict and environmental protection: the need to reevaluate 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 de Salvador, 2006.
- SCHIEFER, H. Bruno (dir. publ.)
Verifying Obligations Respecting Arms Control and the Environment: A Post-Gulf War Assessment, Saskatoon, Université de la 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.
- SCHMITT, Michael N. (dir. publ.)
The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- SCHMITT, Michael N., Charles H. B. GARRAWAY, et Yoram DINSTEIN
The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary, San Remo, Institut international de droit humanitaire, 2006.
- 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, 2010, p. 243 à 261.
- SCOBIE, Iain
 «The approach to customary international law in the Study», dans E. Wilmschurst et S. Breau (dir. publ.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 15 à 49.
- 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 G.
«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 66.
- SHELTON, Dinah L., et Alexandre Charles KISS
International Environmental Law, 3^e éd., New York, Transnational Publishers, 2004.
- SHRAGA, Daphna
«The Secretary-General's bulletin on the observance by United Nations forces of international humanitarian law: a decade later», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 39 (2009), p. 357 à 377.
- 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^{os} 3 et 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, Royaume-Uni), Ashgate, 2013.
- SOONS, Alfred H. A.
Marine Scientific Research and the Law of the Sea, La Haye, T.M.C. Asser, 1982.
- 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*, Zurich, Dike Verlag, 2008, p. 741 à 768.
- STOCKINS ABASCAL, Christine
«Protección del medio ambiente en los conflictos armados», mémoire, Université pontificale catholique du Chili, 2009.
- SUBEDI, Surya P.
Land and Maritime Zones of Peace in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- TAMS, Christian J.
«The contentious jurisdiction of the Permanent Court», dans C. J. Tams et M. Fitzmaurice (dir. publ.), *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2013, p. 9 à 39.
- 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 specially important areas during international armed conflict: a critique of the IUCN draft convention on the prohibition of hostile military activities in 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 103.
- TICEHURST, Rupert
«La clause de Martens et le droit des conflits armés», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n^o 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*, vol. 92, sélection française 2010, p. 361 à 392.
L'eau et la guerre: éléments pour un régime juridique, 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^o 1 (2012), p. 211 à 225.
- TOLENTINO, Amado S., JR.
«Armed conflict and the environment: legal perspectives», *Philippine Law Journal*, vol. 81, n^o 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 Božidar Bakotić*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010, p. 595 à 606.
- TOMAN, Jiří
The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, Signed on 14th May 1954 in The Hague, and on Other Instruments of International Law concerning such Protection, Paris, Éditions UNESCO, 1996.
Cultural Property in War: Improvement in Protection – Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Paris, Éditions UNESCO, 2009.
- TROUWBORST, Arie
Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law, 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 VYVER, Johan D.
«The environment: State sovereignty, human rights, and armed conflict», *Emory International Law Review*, vol. 23, n^o 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), 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 damage», dans C. Bruch, C. Muffett et S. S. Nichols (dir. publ.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Abingdon, Earthscan, 2016, p. 665 à 718.

VIHKARI, Lotta

The Environmental Element in Space Law: Assessing the Present and Charting the Future, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008.

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.

VÖNEKY, Silja

«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.

WALKER, George K. (dir. publ.)

Definitions for the Law of the Sea: Terms not Defined by the 1982 Convention, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012.

WARNER, Frederick

«The environmental consequences of the Gulf War», *Environment*, vol. 33, n° 5 (1991), p. 7 à 26.

WESTING, Arthur H.

Ecological Consequences of the Second Indochina War, Stockholm, Almqvist & 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 H. (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.

WILMSHURST, Elizabeth (dir. publ.)

International Law and the Classification of Conflicts, Oxford, Oxford University Press, 2012.

WILMSHURST, Elizabeth, et Susan BREAU (dir. publ.)

Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

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*, vol. 92, sélection française 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, p. 105 à 131.

PROTECTION DE L'ATMOSPHERE

[Point 9 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/681

Deuxième rapport sur la protection de l'atmosphère, par M. Shinya Murase, Rapporteur spécial*

[Original: anglais]
[2 mars 2015]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	192
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	193
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-7 196
<i>Chapitres</i>	
I. DIRECTIVES GÉNÉRALES: PROPOSITIONS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL ÉTABLIES À LA LUMIÈRE DES DÉBATS TENUS À LA SOIXANTE-SIXIÈME SESSION DE LA COMMISSION	8-23 198
A. Définitions	9-17 198
1. Atmosphère.....	9-11 198
2. Pollution atmosphérique.....	12-13 199
3. Dégradation atmosphérique.....	14-17 200
B. Champ d'application.....	18-23 202
II. PRINCIPES FONDAMENTAUX RELATIFS À LA PROTECTION DE L'ATMOSPHERE	24-25 204
A. Statut des principes.....	24 204
B. Principes visés par le présent projet de directives	25 204
III. LA DÉGRADATION DES CONDITIONS ATMOSPHÉRIQUES COMME PRÉOCCUPATION COMMUNE DE L'HUMANITÉ.....	26-40 204
A. Débats tenus à la soixante-sixième session de la Commission et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session	26-29 204
B. La notion de «préoccupation commune de l'humanité» dans la pratique conventionnelle.....	30-40 206
IV. OBLIGATION GÉNÉRALE DES ÉTATS DE PROTÉGER L'ATMOSPHERE.....	41-59 209
A. Obligation <i>erga omnes</i>	42-51 209
B. Principe <i>sic utere tuo ut alienum non laedas</i>	52-59 213

* Le Rapporteur spécial tient à remercier Charles Wharton, maître de conférences à la faculté de droit de l'Université Renmin, Chine, et maître de conférences invité à la faculté de droit de l'Université nationale de Taiwan, Chine, et à la faculté de droit de Harvard, États-Unis d'Amérique, de ses contributions, et à exprimer toute sa gratitude aux personnes suivantes, dont l'aide lui a été précieuse: Masayuki Hiromi, chargé de recherches à l'Institut de droit comparé de l'université Waseda de Tokyo, Japon; Megan. E. Henry, de la faculté de droit de l'Université de New York, États-Unis; et Nadia Sanchez, doctorante à l'Université de Leyde, Pays-Bas.

Le Rapporteur spécial tient également à exprimer sa profonde gratitude au Groupe d'étude sur la protection de l'atmosphère créé sous la présidence conjointe de Song Ying et Chen Yifeng, professeurs à la faculté de droit de l'Université de Pékin, Chine, et à ses chercheurs et étudiants de troisième cycle qui lui ont apporté une aide précieuse. Il souhaite également remercier Qin Yihe et Chen Xiaohua, professeurs, et les étudiants de troisième cycle de la faculté de droit de la China Youth University of Political Studies, ainsi que Zhu Wenqi, professeur à la faculté de droit de l'Université Renmin, dont l'aide lui a été extrêmement utile dans la réalisation de la présente étude à Beijing.

Enfin et surtout, le Rapporteur spécial souhaite exprimer sa profonde gratitude à Peter H. Sand, professeur à l'Université de Munich pour son soutien sans faille tout au long de ce projet.

Chapitres	Paragraphes	Pages
V. COOPÉRATION INTERNATIONALE	60-77	215
A. Développement du principe de coopération en droit international.....	60-63	215
B. Traités et autres instruments	64-67	217
1. Traités internationaux	64-65	217
2. Accords régionaux	66-67	218
C. Travaux antérieurs de la Commission	68-71	218
D. Jurisprudence.....	72-73	219
E. Le principe de bonne foi.....	74-77	220
VI. CONCLUSION	78-79	221
ANNEXE. Projet de directives		223

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919]	H. Triepel, <i>Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du Grand Recueil de G. Fr. de Martens, troisième série, t. XI, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, p. 323.</i>
Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (Washington, 2 décembre 1946)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 161, n° 2124, p. 72.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Ibid., vol. 78, n° 1021, p. 277.
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.
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 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (Paris, 16 novembre 1972)	Ibid., vol. 1037, n° 15511, p. 151.
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 pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979)	Ibid., vol. 1302, n° 21623, p. 217.
Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes (New York, 5 décembre 1979)	Ibid., vol. 1363, n° 23002, p. 3.
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.
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 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.
Accord de l'ASEAN sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (Kuala Lumpur, 9 juillet 1985)	PNUE, <i>Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment</i> , vol. 2, Cambridge, Grotius, 1991, p. 343.
Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1673, n° 28911, p. 57.
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.

Sources

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.
Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (Montréal, 29 janvier 2000)	Ibid., vol. 2226, n° 30619, p. 208.
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.
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, Sixième Commission, Supplément n° 49 (A/51/49)</i> , vol. III, résolution 51/229, p. 8.
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 [Göteborg (Suède), 30 novembre 1999]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2319, n° 21623, p. 80.
Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (Stockholm, 22 mai 2001)	Ibid., vol. 2256, n° 40214, p. 119.
Accord-cadre régional de l'Afrique de l'Est sur la pollution atmosphérique (Nairobi, 23 octobre 2008)	Disponible en anglais à l'adresse suivante : https://web.archive.org/web/20111226174901/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABA_Q2008-AirPollutionAgreement.pdf .
Accord-cadre régional pour l'Afrique occidentale et centrale sur la pollution atmosphérique (Abidjan, 22 juillet 2009)	Disponible en anglais à l'adresse suivante : https://web.archive.org/web/20111224143143/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementEn.Pdf .
Convention de Minamata sur le mercure (Kumamoto, 10 octobre 2013)	Disponible à l'adresse suivante : https://treaties.un.org (« Dépositaires de traités », « Exemplaires certifiés conformes », « Chapitre XXVII »).

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ANNACKER, Claudia
«The legal régime of *erga omnes* obligations in international law», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46, (1993/94), p. 131 à 166.
- ARNFIELD, A. John
«Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island», *International Journal of Climatology*, vol. 23 (2003), p. 1 à 26.
- 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.
- BABOVIĆ, Bogdan
«The duty of States to cooperate with one another in accordance with the Charter», dans M. Šahović (dir. publ.), *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*, New York, Oceana, 1972, p. 277 à 322.
- BARBOZA, Julio
«International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-III*, t. 247 (1994), p. 291 à 405.
- BASHIRI, Fereshteh, et Che Rosmani Che HASSAN
«Light pollution and its effects on the environment», *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), p. 8 à 12.
- BEYERLIN, Ulrich
«Different types of norms in international environmental law: policies, principles, and rules», dans D. Bodansky, J. Brunnée et E. Hey (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 425 à 448.
- BEYERLIN, Ulrich, Peter-Tobias STOLL, et Rüdiger WOLFRUM (dir. publ.)
Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue Between Practitioners and Academia, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE, et Catherine REDGWELL (dir. publ.)
International Law and the Environment, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BOWMAN, Michael
«Environmental protection and the concept of common concern of mankind», dans M. Fitzmaurice, D. M. Ong et P. Merkouris (dir. publ.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 493 à 518.
- 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, 1991, p. 7 à 20.
- «The principle of co-operation: the environment», dans V. Lowe et C. Warbrick (dir. publ.), *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst*, Londres, Routledge, 1994.

- «Some reflections on the relationship of treaties and soft law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), p. 901 à 912.
- 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.
 «*Sic utere tuo ut alienum non laedas*», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2012. Disponible à l'adresse suivante : <http://opil.ouplaw.com>.
- CANÇADO-TRINDADE, A. A., et D. J. ATTARD
 «The implication of the “common concern of mankind” concept on global environmental issues», dans T. Iwama (dir. publ.), *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis*, Tokyo, Environmental Research Center, 1991, p. 7 à 14.
- CINZANO, Pierantonio, et Fabio FALCHI
 «The propagation of light pollution in the atmosphere», *Monthly Notices of the Royal Astronomic Society*, vol. 427 (2012), p. 3337 à 3357.
- CRAWFORD, James
The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
 «Responsibility for breaches of communitarian norms: an appraisal of article 48 of the ILC articles on responsibility of States for internationally wrongful acts», dans U. Fastenrath, *et al.* (dir. publ.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 224 à 240.
- D'AMATO, Anthony
 «Legal aspects of the French nuclear tests», *AJIL*, vol. 61 (1967), p. 66 à 77.
- DELBRÜCK, Jost
 «The international obligation to cooperate: an empty shell or a hard law principle of international law? — A critical look at a much debated paradigm of modern international law», dans H. P. Hestermeyer, *et al.* (dir. publ.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. 1, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012, p. 3 à 16.
- DWORKIN, Ronald
Prendre les droits au sérieux, Paris, Presses universitaires de France, 1995.
- ETO, Junichi
 «Significance of principles in international adjudication», dans J. Eto (dir. publ.), *Aspects of International Law Studies. Festschrift for Shinya Murase*, Tokyo, Shinzansha, 2015, p. 729 à 754 (en japonais).
- FITZMAURICE, Malgosia
 «Responsibility and climate change», *German Yearbook of International Law*, vol. 53 (2010), Berlin, Duncker and Humblot.
 «The International Court of Justice and international environmental law», dans C. J. Tams et J. Sloan (dir. publ.), *The Development of International Law by International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- FLINTERMAN, Cees, Barbara KWIATKOWSKA, et Johan G. LAMMERS (dir. publ.)
Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Co-operation of States, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.
- FRANCK, Thomas M.
 «Word made law: the decision of the ICJ in the *Nuclear Test* cases», *AJIL*, vol. 69 (1975), p. 612 à 620.
- FRENCH, Duncan
 «Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts: rhetorical devices, legal principles or a fundamental challenge?», dans M. Bowman, P. Davies et E. Goodwin (dir. publ.), *Research Handbook on Biodiversity and Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, p. 334 à 360.
- FRIEDMANN, Wolfgang
The Changing Structure of International Law, Londres, Stevens and Sons, 1964.
- FUGLESVEDT J. S., *et al.*
 «Transport impacts on atmosphere and climate: metrics», *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), p. 4648 à 4677.
- GAJA, Giorgio
 «States having an interest in compliance with the obligation breached», dans J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir. publ.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 957 à 964.
 «The concept of an injured State», dans J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir. publ.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 947 et 948.
- GALIZZI, Paolo
 «Air, atmosphere and climate change», dans S. Alam, *et al.* (dir. publ.), *Routledge Handbook of International Environmental Law*, Londres, Routledge, 2013, p. 333 à 348.
- GARDINER, Richard K.
Treaty Interpretation, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GARTLAND, Lisa
Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas, Londres, Earthscan, 2008.
- GOTTLIEB, Yaron
 «Combating maritime piracy: inter-disciplinary cooperation and information sharing», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 46 (2013), p. 303 à 333.
- GROTIUS, Hugo
De Jure Belli ac Pacis (Le droit de la guerre et de la paix, traduction française par Jean Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724).
- HOUBEN, Piet-Hein
 «Principles of international law concerning friendly relations and cooperation among States», *AJIL*, vol. 61 (1967), p. 703 à 736.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION
 «First report of the Committee on the Legal Principles relating to Climate Change», *Report of the Seventy-Fourth Conference, held in The Hague, 15–19 August 2010*, Londres, 2010, p. 346 à 401.
 «Second report of the Committee on the Legal Principles relating to Climate Change», *Report of the Seventy-Fifth Conference, held in Sofia, August 2012*, Londres, 2012, p. 432 à 489.
- KAWANO, Mariko
 «Standing of a State in the contentious proceedings of the International Court of Justice: judicial procedure on the basis of the consent of the Parties and the development of international legal rules to protect the common interests of the international community as a whole or as established by a treaty», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 55 (2012), p. 208 à 236.
- KEITH, David W.
 «Photophoretic levitation of engineered aerosols for geoengineering», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 107, n° 38 (2010), p. 16428 à 16431.
- KHOSRAVI, Rashid, *et al.*
 «Response of the mesosphere to human-induced perturbations and solar variability calculated by a 2-D model», *Journal of Geophysical Research* (2002), vol. 107, n° D18, p. 4358.

- KISS, Alexandre
«Air pollution», dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North-Holland, 1992, p. 72 à 74.
«The common concern of mankind», *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), p. 244 à 247.
- KOIVUROVA, Timo, Paula KANKAANPÄÄ, et Adam STEPIEŃ
«Innovative environmental protection: lessons from the Arctic», *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), p. 285 à 311.
- KOLB, Robert
La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
«Principles as sources of international law (with special reference to good faith)», *Netherlands International Law Review*, vol. 53 (2006), p. 1 à 36.
- KREUTER-KIRCHHOF, Charlotte
«Atmosphere, international protection», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 737 à 744.
- LEBEN, Charles
«The changing structure of international law revisited: by way of introduction», *European Journal of International Law*, vol. 8 (1997), p. 399 à 408.
- 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.
- LIN, Jin Tai, Donald. J. WUEBBLES, et Xin-Zhong LIANG
«Effects of intercontinental transport on surface ozone over the United States: present and future assessment with a global model», *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008).
- MACDONALD, Ronald St. J., et Barbara HOUGH
«The *Nuclear Tests* case revisited», *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), p. 337 et suiv.
- MCWHINNEY, Edward
«The “new” countries and the “new” international law: the United Nations’ Special Conference on Friendly Relations and Co-operation among States», *AJIL*, vol. 60 (1966), p. 1 à 33.
«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.
- MISCHE, Patricia M.
«Ecological security and the need to reconceptualize sovereignty», *Alternatives: Global, Local, Political*, vol. 14 (1989), p. 389 à 427.
- MURASE, Shinya
Formation du droit international: les sources du droit international, Tokyo, Toshindo, 2002 (en japonais).
International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues, Tokyo, Sophia University Press, 2011.
«Aspects juridiques des régimes environnementaux internationaux: garantir le respect des obligations des traités», dans S. Murase, *Formation du droit international: les sources du droit international*, Tokyo, Toshindo, 2002, p. 343 à 364 (en japonais). Traduction chinoise par Yihe Qin, Beijing, Chinese People’s Public Safety University Press, 2012, p. 172 à 182.
«La fonction du principe de bonne foi dans les différends internationaux: les revendications des États parties dans les régimes internationaux», dans S. Murase, *Formation du droit international: les sources du droit international*, Tokyo, Toshindo, 2002, p. 569 à 595 (en japonais). Traduction chinoise par Yihe Qin, Beijing, Chinese People’s Public Safety University Press, 2012, p. 267 à 279.
- NORDQUIST, Myron H., et al. (dir. publ.)
United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: a commentary, vol. IV, Articles 192 to 278, Final Act, Annex VI, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- O’CONNOR, J. F.
Good Faith in International Law, Aldershot, Royaume-Uni, Dartmouth Publishing, 1991.
- O’KEEFE, Constance
«Transboundary pollution and strict liability issue: the work of the International Law Commission on the topic of international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 18 (1989/90), p. 145 à 208.
- OKUWAKI, Naoya
«Du respect de l’obligation de coopérer: nouvelles évolutions du “droit international pour la coopération”», dans J. Eto (dir. publ.), *Aspects of International Law Studies: Festschrift for Shinya Murase*, Tokyo, Shinzansha, 2015, p. 5 à 46 (en japonais).
- ORGANISATION MÉTÉOROLOGIQUE MONDIALE (OMM)/PROJET INTERNATIONAL D’ÉTUDE DE LA CHIMIE DE L’ATMOSPHÈRE DU GLOBE (IGAC)
Impact of Megacities on Air Pollution and Climate. Global Atmosphere Watch Report No. 205, Genève, Organisation météorologique mondiale, 2012.
- PETERSEN, Niels
«Customary law without custom? Rules, principles, and the role of State practice in international norm creation», *American University International Law Review*, vol. 23 (2008), p. 275 à 310.
- RICH, Catherine, et Travis LONGCORE (dir. publ.)
Ecological Consequences of Artificial Night Lighting, Washington, Island Press, 2006.
- ROSENNE, Shabtai
Developments in the Law of Treaties 1945-1986, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- SANDS, Philippe
«Pleadings and the pursuit of international law: *Nuclear Tests II (New Zealand v. France)*», dans A. Anghie et G. Sturgess (dir. publ.), *Legal Visions of the 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, La Haye, Kluwer Law International, 1998.
- SANDS, Philippe, et Jacqueline PEEL
Principles of International Environmental Law, 3^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- SCHWARZENBERGER, Georg
The Dynamics of International Law, Abingdon, Royaume-Uni, Professional Books, 1976.
- SHELTON, Dinah
«Common concern of humanity», *Environmental Policy and Law*, vol. 39 (2009), p. 83 à 86.
«Equitable utilization of the atmosphere: a rights-based approach to climate change?», dans S. Humphreys (dir. publ.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 91 à 125.
- SHEN, Z., et al.
«Analysis of transpacific transport of black carbon during HIPPO-3: implications for black carbon aging», *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 14 (2014), p. 6315 à 6327.
- SIMMA, Bruno
«From bilateralism to community interest in international law», *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1994-VI, t. 250 (1994), p. 217 à 384.
- SIMON, David, et Hayley LECK (dir. publ.)
«Urban adaptation to climate/environmental change: governance, policy and planning», *Urban Climate*, vol. 7 (2014), p. 1 à 134.

SINCLAIR, Ian

The Vienna Convention of the Law of Treaties, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984.

SMITH, Anne K., *et al.*

«Simulations of the response of mesospheric circulation and temperature to the Antarctic ozone hole», *Geophysical Research Letters* (2010), vol. 37, n° 22.

STEC, Stephen

«Humanitarian limits to sovereignty: common concern and common heritage approaches to natural resources and environment», *International Community Law Review*, vol. 12 (2010), p. 361 à 389.

STOLL, Tobias

«Article 55 (a) and (b)», dans B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte et A. Paulus (dir. publ.), *The Charter of the United Nations: a commentary*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1535 à 1564.

«Article 56», dans B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte et A. Paulus (dir. publ.), *The Charter of the United Nations: a commentary*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1603 à 1610.

STONE, Brian, JR.

The City and the Coming Climate: Climate Change in the Places We Live, Cambridge, Massachusetts, Cambridge University Press, 2012.

SUR, Serge

«Les affaires des essais nucléaires devant la C.I.J.», RGDIP, vol. 80 (1975), p. 972 à 1027.

THIERRY, Hubert

«Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice», AFDI, vol. 20 (1974), p. 286 à 298.

THIRLWAY, Hugh

The Sources of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2014.

TIEWUL, S. Azadon

«International law and nuclear test explosions on the high seas», *Cornell International Law Journal*, vol. 8 (1974-1975), p. 45 à 70.

TOMUSCHAT, Christian

«International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1999, t. 281, p. 9 à 438.

VERDROSS, Alfred

Völkerrecht, Vienne, Springer-Verlag, 1964.

VERDROSS, Alfred, et Bruno SIMMA

Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3^e éd., Berlin, Duncker and Humblot, 1984.

WEIL, Prosper

«Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1992, t. 237, p. 9 à 370.

WOLFRUM, Rüdiger

«Article 56», dans B. Simma (dir. publ.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2^e éd., vol. 2. Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 941 à 944.

«General international law (principles, rules and standards)», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 344 à 368.

WUEBBLES, Donald J., Hang LEI, et Jin Tai LIN

«Intercontinental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences», *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), p. 65 à 84.

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, La Haye, Kluwer Law International, 2001.

ZASLOFF, Jonathan

«*Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 127 S. Ct. 1438», AJIL, vol. 102 (2008), p. 134 à 143.

Introduction

1. Le présent rapport fait suite au premier rapport sur le même sujet,¹ que le Rapporteur spécial a présenté à la Commission du droit international en février 2014 pour examen à sa soixante-sixième session, comme suite à la décision prise à sa soixante-cinquième session en 2013² d'inscrire le sujet à son programme de travail actuel.

¹ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, p. 251.

² *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 83, par. 168. La Commission a subordonné l'inscription du sujet aux conditions suivantes: a) les travaux sur ce sujet seront 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 concerneront 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 seront aussi sans préjudice de ces questions; b) dans le cadre des travaux sur ce sujet, la Commission ne traitera pas non plus de questions relatives

2. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a examiné l'intérêt et les plans d'attaque du sujet³, avant de retracer brièvement l'évolution historique du droit international relatif à la protection de l'atmosphère⁴. Il a ensuite dressé un état complet (mais pas nécessairement exhaustif) des principales sources de droit: pratique conventionnelle, jurisprudence des juridictions

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 visera pas à «comblé» les lacunes des régimes conventionnels; c) les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation, seront exclues du sujet; d) les travaux de la Commission sur le sujet viseront 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 seront fondés sur le respect de ces conditions.

³ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, p. 259 à 262, par. 10 à 19.

⁴ *Ibid.*, p. 262 à 265, par. 20 à 28.

internationales, droit international coutumier, instruments non contraignants, législation et jurisprudence nationales⁵. Enfin, il a proposé trois projets de directive : le projet de directive 1 sur l'emploi des termes, le projet de directive 2 sur le champ d'application des directives et le projet de directive 3 sur le statut juridique de l'atmosphère.

3. À sa soixante-sixième session, la Commission a examiné le rapport de sa 3209^e à sa 3214^e séance, en mai et juin 2014⁶. Les membres de la Commission ont estimé que la protection de l'atmosphère était une entreprise extrêmement importante et urgente pour l'humanité et exprimé la crainte, confirmée par la science, que la pollution atmosphérique, l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques mettaient en péril l'atmosphère. Si quelques membres ont reproché au Rapporteur spécial d'avoir interprété librement les conditions fixées en 2013 par la Commission, d'autres ont réagi tout à fait différemment en proposant de supprimer les conditions en question et de traiter le sujet en toute liberté. L'interprétation relativement libérale que le Rapporteur spécial a donnée aux conditions⁷ a paru se situer entre deux perspectives disparates, l'une cherchant à maintenir les travaux sur le sujet dans les limites d'une interprétation rigide, restrictive des conditions, l'autre appelant leur abandon. La solution intermédiaire, consistant à adopter une interprétation libérale tout en demeurant dans les limites des conditions fixées, a rencontré l'adhésion d'un nombre notable de membres. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial a poursuivi dans la même voie tout en tenant compte des multiples autres points de vue exprimés à la soixante-sixième session⁸.

4. Comme cela a été rappelé plus haut, le Rapporteur spécial a proposé trois projets de directive dans son premier rapport. Si la majorité des membres de la Commission s'est prononcée en faveur de la transmission des projets de directive au Comité de rédaction, le Rapporteur spécial a décidé de ne pas demander à la Commission de le faire à sa soixante-sixième session. Cette décision a été motivée par son intention de passer en revue les questions soulevées par les membres de la Commission avant de proposer des projets de directive révisés à sa soixante-septième session, en 2015. Les nouveaux projets de directive que le Rapporteur spécial

propose figurent aux paragraphes 17, 22, 39, 59 et 77 ainsi qu'à l'annexe du présent rapport.

5. En octobre et novembre 2014, à la soixante-neuvième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a examiné les débats que la Commission a tenus sur le sujet et dont il est rendu compte dans le chapitre VIII du rapport présenté à l'Assemblée par la Commission sur les travaux de sa soixante-sixième session⁹. Plus de 28 États ont présenté leurs vues. Un grand nombre de délégations se sont déclarées, comme le Rapporteur spécial, convaincues de l'importance et de l'opportunité du présent projet¹⁰, tandis que quelques délégations se sont interrogées

⁹ Ibid., vol. II (2^e partie), chap. VIII.

¹⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission, Tonga* [au nom des 12 petits États insulaires en développement du Pacifique, Fidji, Kiribati, les îles Marshall, la Micronésie (États fédérés de), Nauru, les Palaos, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, les Samoa, les Îles Salomon, Tuvalu, Vanuatu et Tonga], 20^e séance (A/C.6/69/SR.20), par. 7; Danemark (au nom des pays nordiques, Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), ibid., 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 13; Autriche, ibid., par. 20; États fédérés de Micronésie, ibid., par. 24; Roumanie, ibid., par. 45; Italie, ibid., par. 52; Allemagne, ibid., 23^e séance (A/C.6/69/SR.23), par. 39; Japon, ibid., par. 73; Cuba, ibid., par. 79; Israël, ibid., par. 82; El Salvador, ibid., par. 92; Malaisie, ibid., 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 31; Palaos, ibid., par. 40 à 42; Portugal, ibid., par. 75; République islamique d'Iran, ibid., par. 82 et 83; Algérie, ibid., 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 3; Viet Nam, ibid., par. 16 à 18; Inde, ibid., 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 112; Indonésie, ibid., 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 60 à 62. Le sujet a trouvé l'adhésion enthousiaste des États fédérés de Micronésie, qui ont encouragé la Commission à élaborer et à adopter rapidement des projets de directive sur la protection de l'atmosphère et à poser les bases d'un mécanisme international global [ibid., 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 27]. Le sujet a également rencontré le solide soutien des Palaos, qui ont déclaré être déterminés, par leur statut de petit État insulaire, à rechercher des solutions pour atténuer la poursuite de la dégradation de l'atmosphère et ont également précisé que, par une résolution, le Sénat avait appelé le Président de la République à appuyer avec force les travaux de la Commission [ibid., 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 40]. L'Allemagne a fait valoir que la protection de l'atmosphère était un sujet de la plus haute importance pour l'humanité tout entière et exprimé l'espoir que les travaux de la Commission sur le sujet viendraient contrer la fragmentation croissante du droit international de l'environnement en proposant une analyse horizontale et une perspective transversale dépassant les différents régimes environnementaux [ibid., 23^e séance (A/C.6/69/SR.23), par. 39]. Tout en déclarant qu'un régime global de protection de l'atmosphère était souhaitable pour éviter la fragmentation, l'Autriche a souligné qu'il serait utile de définir les droits et obligations des États pouvant découler des règles et principes de droit applicables à la protection de l'atmosphère [ibid., 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 20]. Relevant que la tâche confiée au Rapporteur spécial présentait de grandes difficultés, la République islamique d'Iran a néanmoins fait valoir qu'il ne fallait pas pour autant minimiser l'importance des enjeux juridiques entourant le sujet et qu'il convenait de lui donner une grande latitude dans sa mission pour lui permettre de dégager la coutume applicable et de recenser les éventuelles lacunes du régime conventionnel existant [ibid., 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 82]. L'Italie et le Japon ont souligné que la reconnaissance partagée du caractère extrêmement important pour l'humanité du sujet devrait servir de base aux travaux de la Commission et que ces derniers devraient être menés dans un esprit de coopération constructif malgré les divergences de points de vue de ses membres [ibid., 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 51, et 23^e séance (A/C.6/69/SR.23), par. 73, respectivement]. L'Indonésie a déclaré que les travaux de la Commission sur ce sujet permettraient à la communauté internationale de prévenir la dégradation de l'environnement en préservant et conservant la ressource naturelle limitée qu'est l'atmosphère, tout en faisant observer que les modalités d'utilisation de l'atmosphère mériteraient d'être examinées plus en détail [ibid., 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 60]. De nombreux délégués ont fait valoir que le Rapporteur spécial et la Commission devraient mener leurs travaux sur le sujet avec prudence et circonspection en restant dans les limites des conditions fixées en 2013 mais que ces dernières devraient être interprétées et appliquées avec suffisamment de souplesse.

⁵ Ibid., p. 265 à 278, par. 29 à 63.

⁶ Ibid., vol. I, 3209^e à 3214^e séance, 22 mai 2014 au 3 juin 2014, p. 52 à 78. Voir aussi ibid., vol. II (2^e partie), par. 79.

⁷ Le Rapporteur spécial a donné son interprétation des conditions fixées par la Commission dans son premier rapport : « 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*) » [ibid., vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, p. 258, note 13].

⁸ Ibid., vol. I, 3209^e à 3214^e séance, p. 52 à 78.

sur l'intérêt du sujet¹¹. Quelques autres ont souligné que le sujet présentait des complexités particulières qui méritaient une attention et un traitement spéciaux de la part de la Commission¹². Certains délégués ont également formulé des observations sur les projets de directive,

¹¹ Fédération de Russie, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/69/SR.21), par. 135; France, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 34 et 35; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/69/SR.23), par. 32; États-Unis, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 65 et 66. Notant que le sujet était éminemment technique et sortait des limites du mandat de la Commission, les États Membres se sont interrogés sur la faisabilité de son étude. Ils ont souligné qu'il importait de respecter strictement les conditions fixées en 2013 afin que les travaux de la Commission présentent une certaine utilité pour les États tout en minimisant le risque qu'ils compliquent ou entravent les importantes négociations en cours ou à venir sur des questions d'intérêt mondial (voir, par exemple, États-Unis, *ibid.*, par. 66).

¹² Chine, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/69/SR.23), par. 54 et 55; Espagne, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 23 et 24; République de Corée, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 28 et 29. La Chine a estimé que les travaux de la Commission devraient être menés avec prudence et rigueur et tendre à apporter un complément constructif aux différents mécanismes existants et aux négociations politiques et juridiques en cours et exprimé l'espoir que la Commission continuerait à approfondir ses recherches sur les théories et pratiques applicables de façon rigoureuse, à éviter l'emploi de notions ambiguës et à clarifier progressivement les directives correspondantes [*ibid.*, 23^e séance (A/C.6/69/SR.23), par. 54 et 55].

auxquelles il est renvoyé dans les paragraphes correspondants du présent rapport¹³.

6. Dans son rapport sur les travaux de sa soixante-sixième session, la Commission a indiqué qu'elle accueillerait avec intérêt toute information sur la pratique des États dans le domaine de la protection de l'atmosphère¹⁴. Cuba, les États fédérés de Micronésie, les États-Unis d'Amérique, la Finlande et la République de Corée ont donné suite à la demande de la Commission entre le 31 janvier et le 19 février 2015.

7. Pendant et après la soixante-sixième session de la Commission, le Rapporteur spécial est resté en contact avec les représentants des organisations intergouvernementales et non gouvernementales intéressées. Il a été convenu qu'un dialogue interactif aurait lieu lors d'une réunion informelle de la Commission en mai 2015 entre les membres de la Commission et des scientifiques et experts du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), de l'Organisation météorologique mondiale (OMM) et de la Commission économique pour l'Europe (CEE).

¹³ Voir paragraphes 9, 21 et 28 *infra*.

¹⁴ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), par. 27.

CHAPITRE I

Directives générales : propositions du Rapporteur spécial établies à la lumière des débats tenus à la soixante-sixième session de la Commission

8. Comme cela a déjà été rappelé, le Rapporteur spécial a proposé trois projets de directive dans son premier rapport : un premier sur l'emploi des termes, un deuxième sur le champ d'application des directives et un troisième sur le statut juridique de l'atmosphère¹⁵. À la lumière des débats tenus à la soixante-sixième session de la Commission et de travaux scientifiques supplémentaires, le Rapporteur spécial propose ici une nouvelle série de projets de directive dont la rédaction diffère légèrement du texte des projets de directive proposés dans son premier rapport.

¹⁵ Les projets de directive proposés dans son premier rapport étaient ainsi conçus [*ibid.*, vol. II (1^{re} partie), par. 70, 78 et 90, respectivement] :

« *Projet de 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'air. »

« *Projet de 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. »

« *Projet de 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. »

Celui-ci espère que cette deuxième série répondra de manière satisfaisante aux observations judicieuses formulées par les membres de la Commission lors des débats de sa soixante-sixième session.

A. Définitions

1. ATMOSPHÈRE

9. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a proposé une définition juridique du terme « atmosphère » dans le projet de directive 1. Cette définition devrait rendre convenablement compte des caractéristiques de l'atmosphère énoncées dans les ouvrages scientifiques. La définition proposée dans le premier rapport se voulait une définition opératoire propre à la présente étude. Si quelques membres de la Commission ont jugé inutile de définir l'atmosphère, la majorité a généralement considéré, comme le Rapporteur spécial, qu'une telle définition était à la fois nécessaire et souhaitable. Les délégués qui ont évoqué la question lors des débats de la Sixième Commission à sa soixante-neuvième session se sont généralement déclarés en faveur de l'insertion d'une définition¹⁶. Le Rapporteur spécial estime qu'une définition

¹⁶ On a souligné que l'emploi de termes techniques semblait inévitable, la définition des limites de l'atmosphère supposant nécessairement d'entrer dans des considérations techniques, et que la définition proposée pouvait être considérée comme une définition initiale, sous réserve que l'élaboration de la définition juridique soit accompagnée de commentaires techniques [République islamique d'Iran, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 83]. S'agissant du caractère technique de la définition de l'atmosphère, l'idée qu'il était

opératoire de l'atmosphère est une question de nécessité pratique pour la présente étude. Toute tentative d'élaboration de directives sur la protection de l'atmosphère ne peut que gagner à ce que l'objet que l'on se propose d'encadrer fasse l'objet d'une compréhension commune.

10. Comme cela a été précisé dans son premier rapport, l'air se situant pour 80 % dans la troposphère et pour 20 % dans la stratosphère, il avait paru naturel de limiter la portée du sujet à ces deux couches, où les risques de pollution atmosphérique, d'appauvrissement de la couche d'ozone et de changements climatiques sont les plus présents et pour lesquelles on dispose de données scientifiques plus ou moins complètes. Toutefois, certains membres se sont posé la question de savoir s'il fallait inclure les couches supérieures de l'atmosphère (dont la mésosphère et la thermosphère) dans la définition du terme « atmosphère » proposée dans le projet de directive 1¹⁷. On notera que l'atmosphère supérieure ne représente que 0,0002 % de la masse totale de l'atmosphère, soit une portion relativement insignifiante de la zone que les directives se proposent de protéger. Néanmoins, comme l'a relevé un membre de la Commission¹⁸, il est vrai que, selon certaines données scientifiques (non concluantes toutefois), les changements climatiques auraient également des effets, limités, sur la mésosphère (entre 85 et 95 kilomètres d'altitude)¹⁹.²⁰ Aussi le Rapporteur spécial suggère-t-il de ne pas inclure les mentions expresses de « troposphère » et de « stratosphère » du texte du projet de directive 1, comme cela était initialement proposé dans son premier rapport. Par ailleurs, le mot « enveloppe » semble préférable à celui de

nécessaire de recueillir l'avis d'experts scientifiques sur l'atmosphère et d'autres éléments techniques a rencontré un certain appui [Japon, *ibid.*, 23^e séance (A/CN.4/69/SR.23), par. 74]. Un délégué a déclaré que les caractéristiques naturelles de la circulation atmosphérique devraient être intégrées à la définition [Indonésie, *ibid.*, 27^e séance (A/CN.4/69/SR.27), par. 61].

¹⁷ Voir M. Sean Murphy, M. Hussein A. Hassouna, M. Ernest Petrič, M. Mathias Forteau [*Annuaire... 2014*, vol. I, 3211^e séance, 27 mai 2014 (A/CN.4/SR.3211), p. 56 à 61] et M. Ki Gab Park (*ibid.*, 3210^e séance, 23 mai 2014).

¹⁸ Voir M. Kriangsak Kittichaisaree (*Annuaire... 2014*, vol. I, 3210^e séance).

¹⁹ Voir Smith *et al.*, « Simulations of the response of mesospheric circulation and temperature to the Antarctic ozone hole ».

²⁰ Certaines observations de la Division antarctique du Ministère australien de l'environnement semblent montrer, quoique de manière non définitive, que certains gaz à effet de serre se manifesteraient dans la mésosphère (« Hydroxyl airglow temperature observations – climate change in the mesosphere », voir à l'adresse suivante : www.antarctica.gov.au/about-antarctica/environment/atmosphere/studying-the-atmosphere/hydroxyl-airglow-temperature-observations/climate-change-in-the-mesosphere). Selon une étude distincte de Khosravi *et al.*, l'augmentation à long terme des gaz à effet de serre bien mélangés altère notablement la structure thermique et la composition chimique de la mésosphère (Khosravi *et al.*, « Response of the mesosphere to human-induced perturbations and solar variability calculated by a 2-D model »). En outre, d'après l'étude susmentionnée de Smith *et al.*, le trou dans la couche d'ozone dans la stratosphère au-dessus de l'Antarctique pourrait influencer les modes de circulation dans la mésosphère (Smith *et al.*, « Simulations of the response of mesospheric circulation and temperature to the Antarctic ozone hole »). Les scientifiques réfléchissent actuellement à la possibilité d'injecter certaines particules dans la mésosphère dans le but de maîtriser le climat (voir, par exemple, Keith, « Photophoretic levitation of engineered aerosols for geoengineering »). Autrement dit, la mésosphère pourrait à l'avenir entrer dans le champ des activités humaines directes, même s'il ne s'agit à l'heure actuelle que d'une hypothèse. [Le Rapporteur spécial tient à remercier Zhou You de la faculté de droit de l'Université de Pékin, Chine (étudiante de troisième cycle à la faculté des sciences) de lui avoir transmis ces éléments et autres informations scientifiques.]

« couche » pour éviter toute confusion avec les différentes couches de l'atmosphère²¹. Enfin, l'expression « substances en suspension dans l'air » étant employée par les scientifiques pour désigner spécifiquement les substances nocives ou présentant un risque pour la santé, celle plus large de « substances de dégradation²² » a été retenue dans cette version révisée de la définition.

11. Le transport transcontinental de substances polluantes est considéré comme l'un des principaux problèmes posés à l'environnement atmosphérique actuel²³, la région arctique, où se déposent les polluants nocifs transportés dans le monde, devenant la plus gravement touchée²⁴. C'est pourquoi, comme cela a été proposé dans le premier rapport²⁵ et dans le projet de directive 1 *a* figurant au paragraphe 17 ci-après, la définition de l'atmosphère doit rendre compte *non seulement* de l'aspect matériel de l'atmosphère comme enveloppe de gaz, *mais également* de son aspect fonctionnel comme médium au sein duquel sont transportées et propagées les substances de dégradation.

2. POLLUTION ATMOSPHÉRIQUE

12. Il n'est pas possible de bien traiter le sujet sans définir ce qu'on entend par « pollution atmosphérique ». On trouve une définition de ce terme à l'article 1 de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, lequel dispose qu'

[a]ux 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 de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement, l'expression « polluants atmosphériques » étant entendue dans le même sens.

Cette définition est largement reprise dans la doctrine²⁶. On notera également qu'au paragraphe 1 4) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur le droit de

²¹ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, p. 281, par. 69. Dans la contribution du Groupe de travail I pour le quatrième rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), *Changements climatiques 2007 : les éléments scientifiques*, l'« atmosphère » est définie comme l'« enveloppe gazeuse entourant la terre ».

²² L'expression « dégradation atmosphérique » sera définie au paragraphe *c* du projet de directive 1.

²³ Voir Fuglesvedt *et al.*, « Transport impacts on atmosphere and climate: metrics »; Shen *et al.*, « Analysis of transpacific transport of black carbon during HIPPO-3: implications for black carbon aging »; Wuebbles, Lei et Lin, « Intercontinental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences »; Lin, Liang et Wuebbles, « Effects of inter-continental transport on surface ozone over the United States: Present and future assessment with a global model ».

²⁴ Plusieurs sources de pollution menaçant l'environnement arctique ont été recensées, notamment les polluants organiques persistants et le mercure, lesquels proviennent pour l'essentiel de l'extérieur de la région. Ces polluants sont transportés jusqu'à l'Arctique depuis les régions industrielles méridionales de l'Europe et d'autres continents sous l'effet de vents du nord dominants et de la circulation océanique. Voir Koivurova, Kankaanpää et Stepień, « Innovative environmental protection: lessons from the Arctic », p. 297.

²⁵ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, p. 281, par. 70.

²⁶ Voir Kiss, « Air Pollution », p. 72.

la mer, le terme « pollution » désigne les « effets nuisibles* tels que dommages aux ressources biologiques et à la faune et la flore marines, *risques** pour la santé de l'homme »²⁷. Si l'expression « pollution atmosphérique » est parfois utilisée dans une acception large pour désigner la dégradation mondiale des conditions atmosphériques (appauvrissement de la couche d'ozone, changements climatiques), elle est ici employée dans un sens étroit conformément à la pratique conventionnelle précitée et exclut par conséquent les questions mondiales de la définition de la pollution atmosphérique. Dans le présent rapport, il apparaît opportun d'aborder ces enjeux plus larges par le biais de l'expression « dégradation atmosphérique », qui englobe la pollution atmosphérique (au sens strict), l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques, comme abordé plus bas (voir par. 14 à 16 *infra*).

13. Quelques membres de la Commission à sa soixante-sixième session²⁸ ont préconisé que le terme « énergie », en ce qu'il renvoie à l'introduction de polluants dans l'atmosphère, soit supprimé ou limité de façon à exclure les émissions radioactives et nucléaires. Pour le Rapporteur spécial, il semble important de conserver ce mot dans le cadre des travaux de la Commission sur la protection de l'atmosphère. Il apparaît dans la définition de « pollution » énoncée aussi bien dans la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance²⁹ que dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer³⁰. Il convient également de noter que le rejet dans l'atmosphère de chaleur et de lumière par les grandes villes est déjà considéré comme une préoccupation de la communauté internationale³¹. Par ailleurs, la Commission ne devrait pas ignorer le grave problème des émissions nucléaires, en particulier à la lumière de la catastrophe nucléaire de Fukushima de 2011³², qui vient

rappeler de façon éloquente les dangers potentiels de la pollution nucléaire et radioactive dans un monde qui compte plus de 500 centrales nucléaires. S'il n'est pas nécessaire que la Commission mentionne explicitement les substances radioactives dans le projet de directives, il importe de renvoyer à tout le moins à la question de la pollution « énergétique » conçue au sens large. Cela étant, l'inclusion d'un tel terme ne signifie pas que le projet de directives aura quelque effet que ce soit sur les politiques nucléaires des États, lesquelles relèvent bien évidemment de leurs affaires intérieures. L'insertion de la notion générale d'« énergie » dans le projet de directive 1 se veut efficace mais souple : il s'agit de suivre la pratique conventionnelle antérieure et de traiter correctement le sujet de la protection atmosphérique tout en évitant de mentionner expressément les substances radioactives et autres substances spécifiques, conformément aux conditions fixées en 2013. Le projet de directive 1 *b* sur la « pollution aérienne » qui est proposé figure au paragraphe 17 ci-après.

3. DÉGRADATION ATMOSPHÉRIQUE

14. On notera que, s'agissant des sources non conventionnelles de droit international, une grande institution scientifique ainsi que d'importantes décisions judiciaires nationales ont employé le terme « pollution atmosphérique » ou « pollution » dans une acception large plutôt qu'étroite dans le contexte de questions telles que l'appauvrissement de l'ozone stratosphérique et les changements climatiques. Aux termes du paragraphe 1 de l'article premier de la résolution de 1987 de l'Institut de droit international sur la pollution transfrontière de l'air,

[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 nationale³³.

15. Relativement à l'emploi de la notion de pollution atmosphérique dans la jurisprudence nationale, la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* en 2007³⁴, s'est

ans), un des principaux radionucléides, rejeté par Fukushima est estimé entre 6 et 20 petabecquerel (PBq) contre 85 PBq pour Tchernobyl. Le volume de césium 137 rejeté par les essais nucléaires menés dans les années 1950 et 1960 était environ 10 fois supérieur à celui de Tchernobyl. Voir Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des effets des rayonnements ionisants, *Sources, effets and risk of ionizing radiation, 2013 Report to the General Assembly with scientific annexes, vol. I*, scientific annex A, « Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japan earthquake and tsunami » (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.14.IX.1), par. B12. Le rapport du Comité sans les annexes figure dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 46* et rectificatif (A/68/46 et Corr.1). (Le Rapporteur spécial remercie Gerhard Wotawa de l'Institut central de météorologie et de géodynamique, à Vienne, de lui avoir communiqué ces informations scientifiques.)

³³ « La pollution transfrontière de l'air », résolution adoptée le 20 septembre 1987, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 62 (session du Caire, 1987) [disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org, sous l'onglet « Publications et travaux », puis « Résolutions »].

³⁴ Cour suprême des États-Unis, *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, décision du 2 avril 2007 [549 U.S. 497 (2007)].

²⁷ L'article 212 de la Convention met à la charge des États l'obligation de prévenir la pollution atmosphérique. Dès lors, la définition du terme « pollution » dans cette convention présente un rapport avec la pollution atmosphérique.

²⁸ Voir M. Pavel Šturma (*Annuaire... 2014*, vol. I, 3212^e séance, 28 mai 2014) et M. Ki Gab Park (*ibid.*, 3210^e séance, 23 mai 2014). L'examen du substantif « énergie » a été mené dans le cadre du projet de directive 2 sur le champ d'application proposé dans le premier rapport.

²⁹ Art. 1 *a*.

³⁰ Art. 1, par. 1 4) : « l'introduction [...] de substances ou d'énergie dans le milieu marin ». Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, p. 283 et 284, note 207.

³¹ Organisation météorologique mondiale (OMM)/Projet international d'étude de la chimie de l'atmosphère du globe (IGAC), *Impact of Megacities on Air Pollution and Climate*; Simon et Leck, « Urban adaptation to climate/environmental change: governance, policy and planning »; Arnfield, « Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island »; Gartland, *Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas*; voir, en général, Stone, *The City and the Changing Climate: Climate Change in the Places We Live*. (Le Rapporteur spécial remercie Terblanche Deon, Directeur du Bureau de la recherche atmosphérique et de l'environnement de l'OMM, de lui avoir communiqué ces informations.)

Voir également Rich et Longcore (dir. publ.), *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting*; Cinzano et Falchi, « The propagation of light pollution in the atmosphere »; Bashiri et Hassan, « Light pollution and its effects on the environment ». (Le Rapporteur spécial remercie Peter H. Sand de lui avoir communiqué ces éléments et d'autres informations précieuses.)

³² Le volume des émissions rejetées par la centrale de Fukushima représentait entre 7 % et 23 % de celui de la catastrophe de Tchernobyl et était bien inférieur aux émissions résultant des essais nucléaires menés par les États dotés de l'arme nucléaire dans les années 1950 et 1960. Le volume de césium 137 (dont la durée de vie est de trente

penchée sur la signification de «polluant atmosphérique» au sens de la section 202 a 1) du titre II de la loi sur la pureté de l'air (*Clean Air Act*), aux termes de laquelle «polluant atmosphérique» s'entend de «tout agent de pollution atmosphérique ou de toute combinaison de tels agents, y compris toute substance ou matière physique, chimique, biologique, radioactive [...] émise ou entrant de quelque autre façon dans l'air ambiant³⁵». Lors des débats, l'Agence américaine de protection de l'environnement (*Environmental Protection Agency*) a soutenu que la section 202 a 1) du titre II de la loi³⁶ ne l'autorisait pas à réglementer les émissions de gaz à effet de serre, au motif que ces gaz n'étaient pas des agents de pollution atmosphérique au sens classique du terme et, partant, ne pouvaient être classés parmi les «polluants atmosphériques» au sens de la loi. Cependant, la Cour a jugé que la loi donnait une définition si large de «polluant atmosphérique» que le terme englobait tout «composé en suspension dans l'air de quelque nature que ce soit³⁷». Elle a par conséquent conclu que, «les gaz à effet de serre répondant à la large définition de la loi sur la pureté de l'air, [l'Agence de protection de l'environnement] avait légalement le pouvoir de réglementer les émissions de ces gaz rejetées par les nouveaux véhicules à moteur³⁸». Par suite de cette décision, l'Agence de protection de l'environnement a décidé que les gaz à effet de serre produits par les nouveaux véhicules automobiles relèveraient des dispositions de la loi relatives à la prévention de la détérioration importante de la qualité de l'air et du titre V de la loi. Cependant, dans l'affaire *Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency* en 2014, la Cour suprême a jugé que «lorsque l'expression «polluant atmosphérique» apparaissait dans les dispositions normatives de la loi [comme celles relatives à la prévention de la détérioration importante et le titre V, l'Agence] lui donnait ordinairement une signification plus étroite, adaptée au contexte³⁹». Compte tenu de l'emploi abondant par le Congrès des États-Unis de l'expression «polluant atmosphérique», la Cour a jugé que, aux fins de l'interprétation des dispositions relatives à la prévention de la détérioration importante et du titre V, le sens du terme était plus étroit que dans la définition générale retenue par la Cour dans l'affaire

Massachusetts v. Environmental Protection Agency dans le contexte du titre II⁴⁰.

16. Les définitions de «polluant» retenues par les États dans les législations nationales varient⁴¹. L'emploi de l'expression «pollution atmosphérique» au sens large ou étroit dans une législation nationale ou son interprétation par les juridictions nationales ne posent pas de problème⁴². En droit international, cependant, ce terme devrait être utilisé strictement, tel que les traités le définissent. Quel que soit le dommage que peuvent causer l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques, il doit être distingué de celui causé par la pollution atmosphérique transfrontière. Il est donc proposé que, dans les travaux consacrés au présent sujet, l'expression «substances de dégradation» soit utilisée pour désigner une large gamme de problèmes atmosphériques, dont la pollution atmosphérique transfrontière, l'appauvrissement de l'ozone stratosphérique⁴³, les changements

⁴⁰ On notera que, dans l'affaire *Utility Air Group v. Environmental Protection Agency*, la Cour a réaffirmé l'interprétation large de l'expression «polluant atmosphérique» de la loi sur la pureté de l'air qu'elle avait retenue dans l'affaire *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, tout en jugeant que, dans certaines dispositions normatives de la loi, l'expression «pollution atmosphérique» devait être interprétée plus étroitement par l'Agence de protection de l'environnement. Plus précisément, s'agissant des dispositions relatives à la prévention de la détérioration importante et du titre V (principales sources), la Cour a jugé que, concernant les gaz à effet de serre, l'expression «polluant atmosphérique» devait être interprétée comme n'englobant que les polluants atmosphériques (dont les gaz à effet de serre) émis en quantités telles qu'ils puissent être «raisonnablement réglementés». Autrement dit, dans les dispositions normatives, l'expression «pollution atmosphérique» peut être prise dans un sens quantitatif. Qualitativement, toutefois, il semble que la définition large de la loi reste applicable. Indépendamment de la décision de la Cour, l'Agence de protection de l'environnement est libre de réglementer les émissions de gaz à effet de serre produites par 83 % des sources fixes du pays. (Le Rapporteur spécial remercie ici Thomas J. Schoenbaum, de l'Université de Washington, à Seattle, aux États-Unis, de sa précieuse analyse de ces décisions de la Cour suprême des États-Unis.)

⁴¹ Ainsi, la loi sur la protection de l'environnement des États fédérés de Micronésie donne au terme «polluant» une large définition qui confère aux autorités un vaste pouvoir réglementaire pour dissuader l'introduction dans l'atmosphère de substances susceptibles de créer des risques pour la santé, le bien-être et la sécurité de l'homme [commentaires écrits des États fédérés de Micronésie remis à la Commission, 31 janvier 2015 (voir par. 6 *supra*), p. 3]. La loi cubaine sur l'environnement, titre VI, chapitre VII, encadre la protection de l'atmosphère. Elle prévoit notamment «la réduction et le contrôle du rejet dans l'atmosphère de polluants provenant de sources artificielles ou naturelles, fixes ou mobiles, de façon à garantir la conformité de la qualité de l'air avec les normes réglementaires, en vue de protéger l'environnement et en particulier la santé humaine, ainsi que de respecter les engagements internationaux du pays» (art. 118 b) [commentaires écrits de Cuba remis à la Commission, 3 février 2015 (ibid.), p. 2]. En outre, la loi sur la conservation de l'air pur de la République de Corée prévoit la réglementation de «la pollution atmosphérique et des substances altérant le climat et les écosystèmes» et la coopération avec les autres pays concernant ces substances [commentaires écrits de la République de Corée remis à la Commission (ibid.), 19 février 2015, p. 1].

⁴² En réalité, si les États-Unis «disposent de régimes légaux et réglementaires complexes et détaillés dans de nombreux domaines de la protection atmosphérique», il faut noter que «ces régimes se proposent de régler leurs problèmes propres par des moyens propres et ne sont pas soumis à des règles générales» [commentaires écrits des États-Unis remis à la Commission, 10 février 2015 (ibid.), p. 2].

⁴³ L'article 2 de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone dispose que «[l]es Parties prennent des mesures appropriées [...] pour protéger la santé humaine et l'environnement contre les effets néfastes résultant ou susceptibles de résulter des activités humaines qui modifient ou sont susceptibles de modifier* la couche d'ozone».

Voir également Zasloff, «Massachusetts v. Environmental Protection Agency, 127 S. Ct. 1438».

³⁵ Code des États-Unis, titre 42, sect. 7602 g. Pour la législation américaine, voir également les commentaires adressés à la Commission et formulés par les États-Unis, 10 février 2015 (voir par. 6 *supra*), p. 2 à 5.

³⁶ La section 202 a 1) de la loi sur la pureté de l'air, qui confère à l'Agence de protection de l'environnement le pouvoir de fixer par un règlement les émissions de tout polluant atmosphérique rejetées par les nouveaux véhicules à moteur, dispose que «l'Administrateur fixe par règlement (et révisé de temps à autre), conformément aux dispositions de la présente section, les niveaux applicables aux émissions de tout polluant atmosphérique rejetées par toute catégorie de nouveaux véhicules à moteur ou de nouveaux moteurs de véhicules, qui, à son avis, constituent une cause ou un facteur de pollution atmosphérique dont on peut raisonnablement prévoir qu'elles mettent en danger la santé ou le bien-être publics», Code des États-Unis, titre 42, sect. 7521 a 1).

³⁷ Cour suprême des États-Unis, *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, décision du 2 avril 2007 (voir *supra* la note 34), p. 529.

³⁸ Ibid., p. 532.

³⁹ Cour suprême des États-Unis, *Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*, décision du 23 juin 2014, 134 S. Ct. 2427 (2014).

climatiques⁴⁴ et toute autre altération des conditions atmosphériques ayant une action nocive sur la vie et la santé de l'homme et sur l'environnement naturel de la terre, comme il est énoncé dans le projet de directive 1 c.

17. En conséquence, le projet de directive 1 suivant est proposé :

«*Projet de directive 1. Définitions*

«Aux fins des présentes directives,

«a) on entend par “atmosphère” l'enveloppe gazeuse qui entoure la terre, au sein de laquelle sont transportées et propagées des substances de dégradation;

«b) on entend par “pollution atmosphérique” l'introduction dans l'atmosphère par l'activité humaine, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie ayant une action nocive sur la vie et la santé de l'homme et sur l'environnement naturel de la terre;

«c) par “dégradation atmosphérique”, on entend la pollution atmosphérique, l'appauvrissement de l'ozone atmosphérique, les changements climatiques et toute autre altération des conditions atmosphériques ayant une action nocive sur la vie et la santé de l'homme et sur l'environnement naturel de la terre.»

[Les définitions d'autres termes seront proposées à un stade ultérieur.]

B. Champ d'application

18. Le deuxième projet de directive proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport avait vocation à délimiter clairement le champ d'application du sujet. Ainsi, au paragraphe a du projet de directive 2, il était précisé que le projet était limité à la dégradation de l'environnement «d'origine anthropogénique», laquelle peut se manifester par l'introduction dans l'atmosphère de «substances ou d'énergie nocives» ou par l'altération de sa «composition», qui a, ou est susceptible d'avoir, des «répercussions néfastes majeures» sur la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel. Le paragraphe b se bornait à énoncer que les présents projets de directive définissaient les principes fondamentaux du droit international de l'environnement et leurs rapports avec la protection de l'atmosphère. Le projet de directive 2 a donné lieu à moins de controverses que les autres lors des débats tenus à la soixante-sixième session de la Commission. Si quelques membres se sont posés la question de savoir si le sujet englobait la pollution nationale et locale⁴⁵, le Rapporteur spécial a assuré la Commission que les directives seraient à raison

⁴⁴ Aux termes de l'article premier de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, «[o]n 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».

⁴⁵ Voir M. Sean Murphy (*Annuaire... 2014*, vol. I, 3211^e séance, 27 mai 2014) et Sir Michael Wood (*ibid.*, 3212^e séance, 28 mai 2014).

limitées aux dommages atmosphériques «transfrontières», comme il est indiqué dans le premier rapport.

19. Quelques membres de la Commission se sont en particulier interrogés sur l'expression «substances nocives»⁴⁶ figurant dans le projet de directive 2, au motif qu'elle était trop large et de nature à désigner un certain nombre d'activités n'ayant que des effets atmosphériques mineurs. Toutefois, lue correctement dans le contexte de la deuxième proposition du paragraphe a du projet de directive 2, la mention des «substances nocives» est clairement précisée par la phrase «qui ont, ou sont susceptibles d'avoir, des répercussions néfastes majeures». Dès lors, le texte du projet de directive 2 limite convenablement le champ d'application du projet à certaines activités humaines et aux substances nocives ayant un effet néfaste majeur. D'autres membres⁴⁷ ont fait valoir, à l'encontre du libellé de la deuxième proposition, que l'adjectif «majeur» (*significant*) devrait être plus clairement défini. Sur ce point, le Rapporteur spécial a relevé que la Commission avait souvent employé ce terme dans ses travaux⁴⁸, notamment dans le projet d'articles de 2001 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses⁴⁹. Dans ce cas, la Commission avait choisi de ne pas définir le terme, considérant que cette question relevait d'une appréciation de fait et non de droit⁵⁰.

⁴⁶ M. Sean Murphy et M. Hussein A. Hassouna (*ibid.*, vol. I, 3211^e séance).

⁴⁷ M. Kriangsak Kittichaisaree (*ibid.*, vol. I, 3210^e séance, 23 mai 2014) et M. Hussein A. Hassouna (*ibid.*, 3211^e séance).

⁴⁸ Voir le résumé des débats par le Rapporteur spécial (*ibid.*, vol. I, 3214^e séance, 3 juin 2014).

⁴⁹ Le projet d'articles et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 157 à 183, par. 97 et 98. Voir également la résolution 62/68 de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 2006, annexe.

⁵⁰ Voir le paragraphe 4 du commentaire relatif au projet d'article 2, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 163, selon lequel le terme «significatif» s'entend de quelque chose qui est «plus que “détectable”, mais sans nécessairement atteindre le niveau de “grave” ou “substantiel”». Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel [...]. Ces effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs»; et le paragraphe 7 du commentaire relatif au projet d'article 2, *ibid.*, p. 164, selon lequel «[l']adjectif “significatif”, quoique défini par des critères concrets et objectifs, suppose aussi un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté. Il se peut, par exemple, qu'une perte donnée, à un moment donné, ne soit pas considérée comme “significative” parce qu'à ce moment précis les connaissances scientifiques ou l'appréciation portée par l'homme sur une ressource donnée ne conduisent pas à attribuer une grande valeur à ladite ressource».

Parmi les dispositions de traités et autres instruments employant le terme «significatif», on peut citer :

a) articles adoptés par la Commission :

i) projet d'article premier sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses;

ii) article 7 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation;

iii) projet d'article 6 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières [le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 21 à 48, par. 53 et 54; voir aussi résolution 63/124 de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 2008, annexe];

b) autres dispositions conventionnelles :

i) article 2, paragraphes 1 et 2, de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière;

20. Un membre a fait valoir que le paragraphe *a* du projet de directive 2 renfermait des termes renvoyant à quelques notions substantielles, notamment « substances nocives » ou « répercussions néfastes majeures », et estimé que ces termes devaient être supprimés et être examinés avec les principes généraux dans la formulation desquels ils jouent un rôle⁵¹. Néanmoins, l'inclusion de termes substantiels dans un projet d'articles ou de directives décrivant le champ d'application du projet est conforme à la pratique récente de la Commission. Ainsi, aux termes de l'article premier du projet d'articles de 2001 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses : « 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. » En l'espèce, les notions substantielles importantes liées aux dommages transfrontières, comme « risque », « dommage » et « dommage significatif », ont été intégrées dans l'article sur le champ d'application. Inspiré de ce modèle, le projet de directive 2 proposé comporte un nombre minimum de concepts substantiels.

21. Durant les débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session, il a été dit que les termes employés pour décrire le champ d'application du projet étaient suffisamment précis⁵², tandis que quelques précisions ont été demandées en ce qui concerne les expressions « activités humaines », « substances nocives », « énergie »⁵³, mais aussi en particulier le terme « rapports »⁵⁴. Le Rapporteur spécial a tenté, dans toute la mesure du possible, de répondre à ces questions dans le présent rapport. Il a été convenu que la distinction entre « atmosphère » et « espace aérien » devait être maintenue⁵⁵.

22. Comme le Rapporteur spécial l'a souligné dans son premier rapport, il est extrêmement important de différencier les notions d'atmosphère et d'espace aérien. Ces deux concepts sont totalement différents en droit international. Alors que l'espace aérien désigne une étendue statique sur laquelle l'État exerce une « souveraineté complète et exclusive », l'atmosphère est une substance fluide et dynamique qui est en constant mouvement autour de la terre et à travers les frontières nationales. Invisible, intangible et indivisible, l'atmosphère ne saurait être soumise à la souveraineté, à la juridiction

ii) Mémoire déclaratif d'intention entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement du Canada, concernant la pollution atmosphérique transfrontière (Washington, 5 août 1980) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1274, n° 21009, p. 235].

⁵¹ Voir M. Georg Nolte (*Annuaire... 2014*, vol. I, 3213^e séance, 30 mai 2014).

⁵² Il a par ailleurs été dit que les renvois à l'altération de la composition de l'atmosphère et aux répercussions néfastes majeures pouvaient constituer des points de départ utiles, et que la mention des principes fondamentaux était inévitable, dans la mesure où il ne serait pas possible d'examiner les droits et obligations des États sans exposer les principes applicables [République islamique d'Iran, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 83].

⁵³ Malaisie, *ibid.*, par. 31.

⁵⁴ Indonésie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 62. Par souci de clarté, le Rapporteur spécial a ajouté dans le présent rapport la mention « avec les autres branches applicables du droit international ».

⁵⁵ Danemark au nom des pays nordiques, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 13.

et au contrôle de l'État⁵⁶. Le projet de directive 3 *b* que le Rapporteur spécial a proposé initialement était conçu comme une clause de sauvegarde à l'égard de la notion juridique d'« espace aérien ». Toutefois, il lui semble désormais plus opportun d'insérer cette clause dans le projet de directive 2 sur le champ d'application. En conséquence, le Rapporteur spécial propose le projet de directive 2 suivant :

« Projet de 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 avec les autres branches applicables du droit international.

« c) Rien dans les présentes directives ne vient remettre en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international applicable. »

23. Le troisième projet de directive proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, consacré au statut juridique de l'atmosphère, envisageait la protection de l'atmosphère comme une « préoccupation commune de l'humanité ». De nombreux membres de la Commission se sont interrogés sur l'utilisation de cette formule et sur le contenu juridique précis de cette notion. Compte tenu que, comme on l'a vu, le projet de directive proposé renferme quelques éléments normatifs qui peuvent ne pas avoir tout à fait leur place dans une partie intitulée « directives générales », le Rapporteur spécial a décidé de la déplacer dans la partie « principes fondamentaux ». Par conséquent, le débat tenu à la soixante-sixième session de la Commission est résumé au chapitre III du présent rapport (voir par. 26 et 27 *infra*).

⁵⁶ En fait, la Commission hésite à appliquer les notions de juridiction et de contrôle de l'État aux ressources de l'environnement qui ne sont pas considérées comme captives dans les limites du territoire étatique, comme en témoignent les deux instruments régissant les différents types de ressources en eau. Le projet d'article 3 du projet d'articles sur le droit relatif aux aquifères transfrontières de 2008, qui porte sur la souveraineté des États de l'aquifère, dispose que « [c]haque des États de l'aquifère exerce sa souveraineté sur la portion d'aquifère ou de système aquifère transfrontière située sur son territoire. Il l'exerce conformément au droit international et au présent projet d'articles ». Fait significatif, on ne trouve pas d'article comparable dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. La raison tient au fait que les aquifères sont des masses d'eau captives, emmagasinées dans un réservoir, sur lesquelles l'État de l'aquifère peut exercer sa souveraineté. À l'inverse, la Convention régit des cours d'eau non captifs sur lesquels l'État du cours d'eau ne peut exercer sa souveraineté. L'atmosphère s'apparente beaucoup plus aux cours d'eau internationaux qu'aux aquifères, et ce, d'autant plus qu'elle se déplace encore plus vite que ces premiers, dépassant régulièrement plusieurs centaines de kilomètres par heure et, partant, ne pouvant être soumise à la souveraineté, à la juridiction ou au contrôle de l'État. Voir la synthèse du débat établie par le Rapporteur spécial (*Annuaire... 2014*, vol. I, 3214^e séance, 3 juin 2014).

CHAPITRE II

Principes fondamentaux relatifs à la protection de l'atmosphère**A. Statut des principes**

24. Comme le présent rapport se propose d'étudier les principes fondamentaux relatifs à la protection de l'atmosphère et d'élaborer des projets de directive qui s'en inspirent, sans doute convient-il de clarifier d'emblée le rôle de ces principes. Si les auteurs sont partagés quant à la définition, la nature, le statut, le rôle, la fonction et l'effet des principes⁵⁷, il semble généralement que le terme «principe» renvoie à un haut degré d'autorité juridique⁵⁸. On considère en général que les principes ne sont pas de simples aspirations mais ont une certaine portée juridique. Plus fondamentalement, «lorsque nous disons que tel principe est un principe de notre droit, nous entendons par là qu'il s'agit d'un principe que les responsables se doivent de prendre en considération s'il s'applique à la question en présence⁵⁹». Les principes constituent donc des éléments clefs dont les décideurs doivent tenir compte. Autrement dit, les principes peuvent «fixer des limites, fournir des indications ou préciser les modalités de résolution des conflits entre d'autres règles et principes⁶⁰». C'est ce qu'a soutenu la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, en observant, dans son analyse du principe de développement durable, que «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» et que «ces normes nouvelles doivent être prises

⁵⁷ Voir, en général Eto, «Significance of principles in international adjudication» (en japonais); Wolfrum, «General international law (principles, rules and standards)»; Petersen, «Customary law without custom? Rules, principles and the role of State practice in international norm creation»; Kolb, «Principles as sources of international law». Voir également Beyerlin, «Different types of norms in international environmental law: policies, principles, and rules»; International Law Association, «First report of the Committee on Legal Principles relating to Climate Change», p. 355 à 357, et «Second Report of the Committee on the Legal Principles relating to Climate Change», p. 439 à 442.

⁵⁸ La plupart des auteurs semblent convenir que la différence entre les «règles» et les «principes» tient simplement au caractère général et fondamental d'une norme (voir, par exemple, Weil, «Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public», p. 150), tandis que d'autres estiment que cette différence est d'ordre qualitatif [Eto, «Significance of principles in international adjudication» (en japonais), p. 734].

⁵⁹ Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, p. 81 à 86, en particulier p. 84.

⁶⁰ Boyle, «Some reflections on the relationship of treaties and soft law», p. 907.

en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées»⁶¹. De la même façon, la Commission a déclaré, au paragraphe 5 du commentaire général relatif aux projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, que

[l]es projets de principe visent [...] à contribuer au processus de développement du droit international dans ce domaine, à la fois en offrant une orientation appropriée aux États en ce qui concerne les activités dangereuses non couvertes par des arrangements spécifiques, et en indiquant les questions dont devraient traiter de tels accords⁶².

B. Principes visés par le présent projet de directives

25. Les principes peuvent être issus de la pratique conventionnelle, de la jurisprudence des juridictions internationales, d'instruments juridiques internationaux non contraignants, de la législation et de la jurisprudence internes et d'autres pratiques des États, et peuvent se transformer en règles de droit international coutumier⁶³. La Commission ayant notamment pour mandat de contribuer à la codification et au développement progressif du droit international, seuls les principes établis ou émergents de droit international coutumier ont été jugés applicables à la protection de l'atmosphère aux fins du présent projet⁶⁴. Le présent rapport s'attache aux principes fondamentaux intéressant la protection de l'atmosphère: la notion de préoccupation commune de l'humanité, les obligations générales des États, la coopération internationale, le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*, le développement durable, le principe d'équité, les principes de prévention et de précaution, les rapports avec les autres branches applicables du droit international. Les trois premiers principes seront examinés ici, à commencer par la dégradation des conditions atmosphériques comme préoccupation commune de l'humanité.

⁶¹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, à la page 78, par. 140.

⁶² Le texte des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses et le commentaire y relatif sont reproduits dans *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 59 à 95. Voir également résolution 61/36 de l'Assemblée générale, en date du 4 décembre 2006, annexe.

⁶³ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, p. 265 à 278, par. 29 à 63.

⁶⁴ Sur la notion de «règle de droit coutumier en voie de formation», voir *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 41.

CHAPITRE III

La dégradation des conditions atmosphériques comme préoccupation commune de l'humanité**A. Débats tenus à la soixante-sixième session de la Commission et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session**

26. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial a affirmé que l'atmosphère était une ressource naturelle essentielle à la vie sur terre et à la protection de l'intégrité

des écosystèmes, et, partant, que la protection de l'atmosphère était une «préoccupation commune de l'humanité». Dans l'esprit de la résolution 43/53 de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 1988, et du premier alinéa du préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, le Rapporteur spécial a expliqué qu'il vaudrait mieux, pour qualifier la nature de

cette protection, recourir à la notion de « préoccupation commune » plutôt qu'à celles de « propriété commune » ou de « patrimoine commun ». Les liens entre la pollution atmosphérique transfrontière et les changements climatiques étant de plus en plus manifestes, il a appliqué, dans son premier rapport, la notion de préoccupation commune aux problèmes atmosphériques dans leur ensemble. Cette notion suppose et permet la coopération de tous les États sur les questions revêtant une même importance pour tous les pays⁶⁵.

27. Durant les débats tenus à la soixante-sixième session de la Commission, plusieurs membres ont estimé, avec le Rapporteur spécial, que la protection de l'atmosphère constituait effectivement une préoccupation commune de l'humanité, mais ont également souligné que cette question méritait d'être approfondie⁶⁶. Plusieurs membres se sont interrogés sur la qualification de préoccupation commune de l'humanité donnée à la protection de l'atmosphère dans le premier rapport. Premièrement, on a fait observer que la notion de préoccupation commune n'était peut-être pas encore assez claire ou assez bien établie en droit international et qu'elle n'était pas suffisamment étayée par la pratique des États. Deuxièmement, certains ont considéré que, si les problèmes mondiaux tels que l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques pouvaient être qualifiés de préoccupations communes, il n'était toutefois pas certain que la pollution atmosphérique transfrontière, qui n'a qu'une importance restreinte dans le cadre des relations bilatérales entre États, pouvait l'être. Troisièmement, on a estimé que le lien entre la notion de préoccupation commune et les obligations *erga omnes* devait être précisé. Quatrièmement, on s'est interrogé sur l'opportunité d'appliquer la notion de préoccupation commune avant que les obligations des États ne soient définies dans le projet de directives. Cinquièmement, on a affirmé que, du point de vue de la politique juridique, la notion de préoccupation commune était trop mince et qu'il fallait lui préférer celle de patrimoine commun. Le Rapporteur spécial a tenté de répondre à toutes ces questions dans la synthèse qu'il a établie à l'issue des débats tenus à la soixante-sixième session de la Commission⁶⁷ et il espère que les parties qui suivent apporteront des précisions et des éclaircissements supplémentaires.

28. Au cours des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session, la notion de préoccupation commune a dans une large mesure soulevé les mêmes questions que lors des débats tenus à la soixante-sixième session de la Commission. Plusieurs États s'y sont déclarés favorables⁶⁸, tout en précisant que ce n'était pas la protection de l'atmosphère

mais sa détérioration qui constituait la « préoccupation commune de l'humanité⁶⁹ ». Certaines délégations se sont opposées à ce que ce concept soit employé dans le cadre du sujet, estimant qu'il était vague et sujet à controverse et que son contenu n'était pas seulement difficile à définir mais également équivoque⁷⁰. Qualifier l'atmosphère de ressource naturelle dont la protection est une « préoccupation commune de l'humanité » ne permet pas de répondre à la question de savoir quelles obligations spécifiques sont susceptibles d'en découler⁷¹. On a cependant fait valoir qu'une telle affirmation n'aurait pas nécessairement pour effet d'imposer des normes juridiques de fond définissant directement les relations juridiques entre États, mais permettrait de reconnaître que la protection de l'atmosphère n'est pas une question exclusivement interne⁷². Sans avoir d'objection de principe à l'utilisation de cette notion, certaines délégations ont estimé que la Commission devait approfondir la question dans ses futurs travaux, notamment pour ce qui est de ses liens avec les autres principes et concepts environnementaux⁷³. Certaines délégations ont souligné que, d'un point de vue juridique, le sujet devait faire l'objet d'une approche intégrée dans laquelle l'atmosphère est considérée comme une entité mondiale unique, dans la mesure où il s'agit d'une substance dynamique et fluide en constant mouvement à travers les frontières nationales⁷⁴.

29. Il convient de commencer par examiner la proposition d'employer la notion de « patrimoine commun » plutôt que celle de « préoccupation commune de l'humanité » avant de se pencher sur les autres questions spécifiquement liées à la notion de préoccupation commune. Quelques membres de la Commission ont estimé à sa soixante-sixième session que la notion de préoccupation commune était sans doute trop faible pour servir de base à un régime juridique devant s'appliquer à un problème aussi important que la protection de l'atmosphère, et qu'il serait préférable de recourir à la notion mieux établie de « patrimoine commun »⁷⁵. On a fait observer que, si l'Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes de 1979 qualifiait de « patrimoine commun de l'humanité » la Lune et ses ressources naturelles (art. 11, par. 1), le régime envisagé n'avait jamais été pleinement appliqué. On peut aussi relever que la notion de « patrimoine commun » semble avoir acquis une nouvelle signification au cours des négociations relatives à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dans les années 1970. Depuis lors, cette notion est entendue comme exigeant un dispositif institutionnel vaste

⁶⁹ Indonésie, *ibid.*

⁷⁰ France, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 35; Royaume-Uni, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/69/SR.23), par. 32; Chine, *ibid.*, par. 55; Pologne, *ibid.*, par. 62; Espagne, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 24; Viet Nam, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 18; et Inde, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 112.

⁷¹ Autriche, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 21.

⁷² Japon, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/69/SR.23), par. 74; Indonésie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 60.

⁷³ Cuba, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/69/SR.23), par. 79; Espagne, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 24; République islamique d'Iran, *ibid.*, par. 83; Inde, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 112; et Indonésie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 60.

⁷⁴ Palaos, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 42; et Viet Nam, *ibid.*, 25^e séance (A/C.6/69/SR.25), par. 18.

⁷⁵ Voir M. Chris Maina Peter (*Annuaire... 2014*, vol. I, 3212^e séance, 28 mai 2014) et M. Amos S. Wako (*ibid.*, 3213^e séance, 30 mai 2014).

⁶⁵ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, p. 286 et 287, par. 86 à 90.

⁶⁶ Voir M. Dire D. Tladi, M. Hussein A. Hassouna, M. Bernd H. Niehaus (*ibid.*, vol. I, 3211^e séance, 27 mai 2014), M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, M. Nugroho Wisnumurti (*ibid.*, 3212^e séance, 28 mai 2014), et M. Eduardo Valencia-Ospina (*ibid.*, 3213^e séance, 30 mai 2014).

⁶⁷ *ibid.*, 3214^e séance, 3 juin 2014.

⁶⁸ États fédérés de Micronésie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 24; Japon, *ibid.*, 23^e séance (A/C.6/69/SR.23), par. 74; Cuba, *ibid.*, par. 79; El Salvador, *ibid.*, par. 92; Palaos, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 42; République islamique d'Iran, *ibid.*, par. 83; et Indonésie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 60.

permettant la mise en œuvre de mécanismes de protection, tels que celui prévu à la partie XI de la Convention, lequel a néanmoins dû être fondamentalement modifié à la suite de l'adoption de l'Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982. Ainsi, la notion de patrimoine commun n'a connu qu'un succès limité au régime conventionnel des grands fonds marins et n'est pas parvenue à s'imposer au-delà. Aux difficultés mentionnées s'ajoute le fait que la qualification initiale de patrimoine commun appliquée aux ressources phylogénétiques a été presque immédiatement désavouée⁷⁶ et que la proposition similaire de considérer les changements climatiques et la biodiversité comme patrimoine commun n'a pas été retenue dans la rédaction du texte définitif de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et de la Convention sur la diversité biologique («Conventions de Rio de 1992»). Si l'on a rappelé que la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972 énonçait dans son préambule que «certains biens du patrimoine culturel et naturel présentent un intérêt exceptionnel qui nécessite leur préservation en tant qu'élément du patrimoine mondial de l'humanité tout entière», on a fait observer que «le ton employé et les effets du texte évoquaient davantage une "préoccupation commune" qu'un "patrimoine commun", au sens sans doute qu'a cette notion dans le contexte institutionnel de la [Convention des Nations Unies sur le droit de la mer]⁷⁷». La notion de «préoccupation commune» devrait donc être privilégiée lorsqu'il est question de la protection de l'atmosphère, comme tel a été le cas dans les Conventions de Rio de 1992⁷⁸. Elle exprime la détermination en termes suffisamment forts sans risquer d'entraîner de lourdes modalités de mise en œuvre, comme la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ou des désaccords quant à la portée excessive de la notion, problème qui s'est posé par le passé lorsqu'on a tenté de mettre en œuvre une norme relative à un «patrimoine commun».

B. La notion de «préoccupation commune de l'humanité» dans la pratique conventionnelle

30. La notion de préoccupation commune de l'humanité a été clairement et pleinement établie, dans une mesure suffisante, dans la pratique des États et dans la doctrine. Le célèbre premier alinéa du préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques dispose que «les changements du climat de

la planète et leurs effets néfastes sont un *objet de préoccupation pour l'humanité tout entière**». De même, le préambule de la Convention sur la diversité biologique énonce, en son deuxième alinéa, que les parties sont «[c]onscientes [...] de l'importance de la diversité biologique pour l'évolution et pour la préservation des systèmes qui entretiennent la biosphère», et affirme, en son troisième alinéa, que «la conservation de la diversité biologique est une *préoccupation commune à l'humanité**»⁷⁹. Dans le préambule de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique, adoptée en 1994, on trouve des formulations analogues à «préoccupation commune» («centre des préoccupations», «vive préoccupation [...] dans la communauté internationale», «problèmes de dimension mondiale») dans le contexte de la lutte contre la désertification et la sécheresse⁸⁰. Il convient de relever que dans ces conventions, qui sont universellement acceptées⁸¹, presque tous les États sont convenus qu'il fallait absolument que la communauté internationale s'emploie collectivement à résoudre ces problèmes mondiaux⁸². À cet égard, le recours à la notion de «préoccupation commune» dans la pratique conventionnelle antérieure en matière d'environnement a eu pour principale utilité de favoriser la participation, la collaboration et l'action plutôt que les dissensions, ce que le Rapporteur spécial estime particulièrement important pour le présent sujet.

31. Au vu de la pratique conventionnelle contemporaine, le Rapporteur spécial considère qu'il est justifié d'employer la notion de «préoccupation commune de l'humanité» dans le contexte des questions transfrontières. La Convention de Minamata sur le mercure dispose dans son préambule que le mercure est «une substance

⁷⁹ Le champ d'application de la Convention sur la diversité biologique englobe clairement l'atmosphère [voir l'article 2, paragraphe 5 (sur l'emploi des termes), qui dispose que la diversité biologique s'entend de la «[v]ariabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie*», et l'article 4 b (sur le champ d'application), qui prévoit que la Convention s'applique «[l]orsqu'il s'agit des processus et activités qui sont réalisés sous sa juridiction ou son contrôle, que ce soit à l'intérieur de la zone relevant de sa juridiction nationale ou en dehors des limites de sa juridiction nationale, indépendamment de l'endroit où ces processus et activités produisent leurs effets*»]. Le mot «biosphère» signifie littéralement «sphère de vie» ou «espace où la vie existe ou peut exister». Il désigne «le système naturel formé de l'atmosphère, de la lithosphère et de l'hydrosphère, autrement dit de l'air, de la terre, des roches et des minéraux, et des eaux de la terre, autant d'éléments nécessaires à l'existence des organismes vivants». Mischa, «Ecological security and the need to re-conceptualize sovereignty».

⁸⁰ Il va sans dire que la désertification et la sécheresse sont étroitement liées aux conditions atmosphériques.

⁸¹ Au 15 février 2015, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques comptait 196 Parties et la Convention sur la diversité biologique et 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, 195 chacune.

⁸² On peut noter que, même si l'expression «préoccupation commune» n'y est pas employée, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, qui compte 197 Parties, exprime néanmoins une idée fondamentale comparable en postulant, dans son préambule, que «l'adoption de mesures visant à protéger la couche d'ozone [...] ne peut se faire que dans le contexte d'une coopération et d'une action internationales». Le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (également 197 Parties) met en garde, dans son préambule, contre «les effets climatiques possibles des émissions de [...] substances [qui appauvrissent la couche d'ozone]».

⁷⁶ Bowman, «Environmental protection and the concept of common concern of humankind», p. 501.

⁷⁷ French, «Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts: rhetorical devices, legal principles or a fundamental challenge?», p. 349; Brunnée, «Common areas, common heritage, and common concern», p. 565; Birnie, Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment*, p. 128 à 130; Shelton, «Common concern of humanity»; Shelton, «Equitable utilization of the atmosphere: rights-based approach to climate change?»; Stec, «Humanitarian limits to sovereignty: common concern and common heritage approaches to natural resources and environment».

⁷⁸ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, p. 286, par. 87 et 88. On peut relever que la notion d'intérêt commun est conceptuellement plus large que celle de patrimoine commun, dont le champ d'application est intrinsèquement limité à certaines ressources. Il convient aussi de souligner que le concept de patrimoine commun vise, plus strictement, des processus environnementaux ou des actions de protection spécifiques (Brunnée, «Common areas, common heritage, and common concern», p. 564).

chimique *préoccupante à l'échelle mondiale** vu sa propagation atmosphérique à longue distance⁸³ ». Dans des travaux récents, plusieurs auteurs ont souligné que cette convention était un traité visant à définir et à éliminer une menace spécifique⁸⁴ et qu'en ce sens elle s'inscrivait dans la continuité de la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, laquelle, dans une approche plus descriptive, énonce, dans son préambule, que « les polluants organiques persistants [...] sont propagés par l'air*, l'eau et les espèces migratrices par-delà les frontières internationales et déposés loin de leur site d'origine*, où ils s'accumulent dans les écosystèmes terrestres et aquatiques ». Le projet de directives relatives à la protection de l'atmosphère suit le modèle de ces deux conventions, qui soulignent la nécessité d'opposer une action collective aux menaces qui pèsent sur l'environnement en raison de leur caractère mondial, même si, à l'origine, les dommages sont de nature transfrontière.

32. En outre, il convient de relever que le 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, adopté en 1999, a été modifié le 4 mai 2012 pour inclure le carbone noir et l'ozone troposphérique, qui contribuent à la pollution atmosphérique transfrontière et aux changements climatiques⁸⁵. Le texte modifié du préambule du Protocole de 1999 est ainsi conçu :

Constatant avec préoccupation également que les [substances chimiques] sont transporté[e]s dans l'atmosphère sur de longues distances et peuvent avoir des effets transfrontières nocifs,

Tenant compte des évaluations des connaissances scientifiques effectuées par des organisations internationales comme le Programme des Nations Unies pour l'environnement et le Conseil de l'Arctique, concernant les retombées positives pour la santé humaine et le climat de la réduction du noir de carbone et de l'ozone troposphérique [...],

[...]

Conscientes également des engagements que les Parties ont contractés au titre de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques [...].

Il convient également de mentionner l'objectif du Protocole modifié, qui est énoncé au paragraphe 1 de l'article 2 :

L'objectif du présent Protocole est de maîtriser et de réduire les émissions de [substances chimiques] qui sont causées par des activités anthropiques et qui sont susceptibles d'avoir des effets nocifs sur la santé et l'environnement, les écosystèmes naturels, les matériaux, les cultures et le *climat** à court et à long terme du fait de l'acidification, de l'eutrophisation et de la présence de particules ou de la formation d'ozone troposphérique consécutives à un transport atmosphérique transfrontière à longue distance et de faire en sorte, autant que possible, qu'à long terme et en procédant par étapes, compte tenu des progrès des connaissances scientifiques, les dépôts d'origine atmosphérique et les concentrations dans l'atmosphère ne dépassent pas [les charges critiques présentées à l'annexe I] [...].

⁸³ Au 15 février 2015, cette convention comptait 128 signataires et 10 Parties. (Aux termes de l'article 31, la Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour suivant la date du dépôt du cinquantième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.)

⁸⁴ French, « Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts », p. 348.

⁸⁵ Voir document ECE/EB.AIR/114. Les modifications apportées à l'annexe I du Protocole sont entrées en vigueur pour toutes les Parties le 5 juin 2013, mais le texte modifié des annexes II à IX et l'ajout de nouvelles annexes X et XI ne sont, eux, pas encore en vigueur.

Il existe donc une pratique conventionnelle importante établissant un lien entre la pollution atmosphérique transfrontière et les changements climatiques. Au vu de la prise de conscience croissante de ce lien intrinsèque, l'application du concept de « préoccupation commune » aux questions transfrontières devrait être considérée appropriée dans la mesure où un lien est établi avec les problèmes atmosphériques de dimension mondiale.

33. L'objet des travaux consacrés au présent sujet est d'élaborer un cadre de coopération pour la protection de l'atmosphère, sans chercher à mettre en place un régime de propriété ou de gestion collective ou à instituer un régime de responsabilité pour la protection de l'atmosphère. Cette application restrictive du concept de « préoccupation commune » est conforme à ce qui se fait actuellement en droit international de l'environnement, comme cela a été vu plus haut, et traduit l'idée que ce n'est pas la ressource qui est commune mais les *menaces* qui pèsent sur cette ressource, dans la mesure où les États contribuent ensemble au problème et en subissent tous les effets. La pollution atmosphérique transfrontière étant un phénomène mondial, le concept de « préoccupation commune de l'humanité » s'appliquerait, puisque les problèmes écologiques transfrontières ou régionaux qui ne peuvent pas être résolus au niveau national ou régional peuvent faire naître une préoccupation commune⁸⁶. De plus, le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* a été transposé dans le champ de la protection mondiale de l'atmosphère de multiples façons. Ainsi, la Cour internationale de Justice a confirmé par sa jurisprudence que ce principe ne s'appliquait plus uniquement au contexte restreint des dommages transfrontières bilatéraux et on le trouve consacré au huitième alinéa du préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et au paragraphe 2 b de l'article 2 de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone. La transposition de ce principe dans le domaine des questions mondiales du droit international de l'environnement atteste du lien juridique entre les dommages transfrontières et les enjeux mondiaux de la protection de l'atmosphère. L'extension du champ d'application de ce principe a ainsi été reconnue dans la jurisprudence, la pratique conventionnelle et la doctrine, comme il en sera discuté au chapitre V, section B, *infra*.

34. Dans son entreprise de codification et de développement progressif du droit international, la Commission procède à la fois par induction et par déduction. Même le travail de codification, qui est supposé inclure l'énumération des règles de droit international coutumier qui doivent être définies par les démarches inductives habituelles, suppose de « formuler avec plus de précision et de systématiser les règles » (article 15 du statut de la Commission). Le processus de formulation et de systématisation comporte inévitablement une part de déduction. Cette observation est d'autant plus vraie pour le travail de développement progressif du droit international mené « 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 » (*ibid.*). Si le concept de « préoccupation commune de l'humanité » semble être largement accepté dans la

⁸⁶ Kiss, « The common concern of mankind », p. 246.

pratique des États, on peut encore le considérer en partie comme une notion en cours de développement, auquel cas une approche déductive peut être justifiée dans la mesure où elle est conforme aux règles et principes émergents du droit international coutumier⁸⁷.

35. Comme le Rapporteur spécial l'a expliqué dans son premier rapport⁸⁸, 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 à leur seule compétence, étant donné leur importance mondiale et leurs conséquences universelles⁸⁹. La protection de l'atmosphère et de l'environnement en général n'est peut-être pas dans l'intérêt immédiat d'un ou de plusieurs États, mais peut refléter une préoccupation plus éloignée et générale : un bénéfice pour l'ensemble de l'humanité (ou la prévention de dommages causés à l'humanité), qui ne peut être obtenu que si tous les États acceptent des obligations essentielles et générales et s'engagent à coopérer, même s'ils n'en tirent aucun avantage ou gain immédiat⁹⁰.

36. Il convient de relever 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-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ne qualifient pas en soi le climat et la diversité biologique de préoccupations communes. L'accent est mis sur la nécessité de la coopération internationale et non sur les ressources en soi. On estime donc que la raison d'être de la préoccupation commune est la responsabilité collective d'agir⁹¹. En d'autres termes, la préoccupation commune traduit la volonté de la communauté internationale d'agir collectivement pour protéger l'intégrité de la biosphère et de l'atmosphère, en permettant, voire en obligeant, tous les États à coopérer au

niveau international à cette fin⁹². Toutes les considérations qui précèdent amènent le Rapporteur spécial à penser que la préoccupation commune constitue la base la plus solide de la coopération internationale dans le domaine de la protection de l'atmosphère.

37. La notion de préoccupation commune peut faire l'objet d'une interprétation large ou étroite. Selon une interprétation large, elle aurait pour effet juridique de conférer à tous les États un intérêt juridique, ou la qualité pour agir, à l'égard de l'application des règles relatives à la protection de l'atmosphère. Toutefois, comme on le verra dans le prochain chapitre sur l'obligation générale des États, en l'absence de procédures établies en droit international permettant l'*actio popularis*, cette interprétation large ne peut pas être retenue⁹³. Selon une autre interprétation possible, le concept de préoccupation commune crée des droits pour les personnes et pour les générations futures. Néanmoins, cette interprétation manque également encore d'une assise juridique solide dans le droit international contemporain relatif à la protection de l'atmosphère, qui ne fait aucune référence aux droits individuels. Le préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques évoque certes les intérêts des générations futures mais uniquement comme sujet de préoccupation. Au surplus, il n'existe pas d'institutions ou de procédures qui permettent de représenter les générations futures ou de leur octroyer des droits⁹⁴. Selon une troisième interprétation, la préoccupation commune fait naître des obligations de fond en matière de protection de l'atmosphère⁹⁵. Comme cette notion n'implique pas de règle de conduite spécifique pour les États⁹⁶, il est difficile de concevoir comment elle pourrait amener à mettre à leur charge des obligations de fond concrètes⁹⁷. Cela étant, elle peut certainement servir de complément pour créer deux obligations générales des États, celle de protéger l'atmosphère (voir chapitre IV *infra*) et celle de coopérer entre eux à cette fin (voir chapitre V *infra*).

38. Un moyen d'exprimer la notion de préoccupation commune est d'énoncer d'emblée que la *protection* de l'atmosphère est une préoccupation commune. Cette formulation, que le Rapporteur spécial a adoptée dans son premier rapport, est semblable en nature à celle retenue au troisième alinéa du préambule de la Convention sur la diversité biologique, qui dispose que « la *conservation** de la diversité biologique est une préoccupation commune à l'humanité ». Une autre façon (plus passive) d'exprimer la préoccupation commune consisterait à reconnaître que la détérioration des conditions atmosphériques est un sujet de préoccupation commun, comme au premier alinéa du

⁸⁷ Lors des débats tenus à la soixante-sixième session de la Commission, quelques membres ont reproché au Rapporteur spécial de « mettre la charrue devant les bœufs » (voir *Annuaire... 2014*, vol. I, 3211^e à 3213^e séance, du 27 mai au 30 mai 2014), ce à quoi il a répondu dans sa synthèse que, dans le présent contexte, « [u]ne métaphore peut-être plus appropriée pourrait [...] être celle de la relation entre les enfants et leurs parents : la notion de "préoccupation commune de l'humanité" n'est peut-être encore qu'au stade de l'enfance, mais c'est à la génération plus âgée d'encourager son développement pour l'avenir » (*ibid.*, vol. I, 3214^e séance, 3 juin 2014).

⁸⁸ *Ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, par. 89.

⁸⁹ Kiss, « The common concern of mankind », p. 247.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 245. Le Groupe d'experts juridiques du PNUE s'est réuni à Malte du 13 au 15 décembre 1990 pour examiner les incidences de l'application du concept de préoccupation commune de l'humanité aux questions d'environnement de portée mondiale. Il a observé que le « concept de "préoccupation commune" avait au moins deux dimensions importantes, l'une spatiale et l'autre temporelle. Sur le plan spatial, la préoccupation commune suppose la coopération de tous les États sur des questions d'une importance égale pour tous les pays, pour la communauté internationale dans son ensemble. Sur le plan temporel, les effets durables des principaux défis environnementaux touchent aux droits et aux obligations non seulement de la génération actuelle mais également des générations futures », 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. Voir aussi Cançado-Trindade et Attard, « The implication of the "common concern of mankind" concept on global environmental issues ».

⁹¹ French, « Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts », p. 348.

⁹² Brunnée, « Common areas, common heritage, and common concern », p. 566. Voir également Kreuter-Kirchhof, « Atmosphere, international protection », sect. D, « The atmosphere as a "common concern of mankind" ».

⁹³ Boyle, « International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles », p. 11 et 12.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 12 et 13.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 13.

⁹⁶ Brunnée, « Common areas, common heritage, and common concern », p. 566.

⁹⁷ Le concept de préoccupation commune « est un concept général qui ne s'accompagne pas de règles et d'obligations spécifiques, mais qui définit une base générale à partir de laquelle la communauté concernée peut prendre des mesures » (Kiss, « The common concern of mankind », p. 246).

préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, qui prévoit que «*les changements du climat de la planète et leurs effets néfastes** sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière». Dans le cadre du présent sujet, où il convient de procéder avec précaution, cette dernière formulation semblera peut-être plus facilement acceptable pour le présent projet de directives. Le texte du projet de directive 3 a donc été modifié en conséquence.

39. La justification et le fondement scientifique d'autres concepts employés dans le projet de directive 3 présenté ci-dessous, notamment l'atmosphère comme ressource naturelle, ont déjà été examinés en détail dans le premier rapport du Rapporteur spécial⁹⁸ et ne sont pas reproduits

⁹⁸ *Annuaire...* 2014, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, p. 279 à 287, par. 64 à 90.

ici. Au vu de ce qui précède, le projet de directive 3 suivant est proposé :

«Projet de directive 3. Préoccupation commune de l'humanité

«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. La dégradation des conditions atmosphériques constitue donc une préoccupation commune de l'humanité.»

40. Comme cela est exposé ci-dessus, l'application de la notion de préoccupation commune de l'humanité a, en matière de protection de l'atmosphère, deux corollaires importants (qui sont étudiés ci-après) : l'obligation générale des États de protéger l'atmosphère et la coopération internationale à cette fin.

CHAPITRE IV

Obligation générale des États de protéger l'atmosphère

41. L'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer met à la charge des États une obligation générale «de protéger et de préserver le milieu marin», que l'on pourrait également qualifier d'obligation *erga omnes*. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial soutient que la même obligation générale s'applique à la protection de l'atmosphère. Pour étayer cette idée, il convient d'abord d'examiner le sens et la fonction de l'expression «obligation *erga omnes*».

A. Obligation *erga omnes*

42. Comme on le sait bien, c'est dans le célèbre *obiter dictum* de son arrêt relatif à l'affaire de la *Barcelona Traction* que la Cour internationale de Justice a introduit la notion d'obligations *erga omnes*, définies comme des «obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble», autrement dit des obligations qui «[p]ar leur nature même, [...] concernent tous les États»⁹⁹. Ainsi, la Cour a assimilé la notion des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble à celle des obligations dues à l'égard de tous les États, qui possèdent des «droits» correspondants, par opposition à la notion classique des «obligations réciproques» dues par un État à un autre État dans le cadre de leurs relations bilatérales, où seul ce deuxième État dispose d'un droit correspondant. La Cour a ensuite ajouté : «Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*»¹⁰⁰.

43. Reflet de l'évolution de la structure de l'ordre juridique international, la nécessité de protéger les intérêts de la communauté a pris une importance croissante dans la doctrine¹⁰¹. La Cour internationale de Justice a joué

un rôle important dans cette évolution. Ainsi, elle a jugé que le respect du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes était un droit et une obligation *erga omnes* à la fois dans l'affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)* de 1995¹⁰² et dans celle des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* de 2004¹⁰³. Dans cette dernière affaire, elle a estimé que les obligations *erga omnes* par leur nature même, «concern[ai]ent tous les États» et, «[v]u l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés»¹⁰⁴. On rappellera également que la Cour a examiné la nature des obligations imposées par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans l'affaire relative à *l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*¹⁰⁵ et dans celle des *Activités armées sur le territoire du Congo*¹⁰⁶, examen qui a été repris récemment dans l'arrêt rendu dans l'affaire relative à *l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* de 2015¹⁰⁷.

in international law » ; Tomuschat, «International law, ensuring the survival of mankind on the eve of a new century ».

¹⁰² *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90, à la page 102, par. 29.

¹⁰³ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, à la page 172, par. 88, et à la page 199, par. 155.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 199, par. 155, citant *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (voir *supra* la note 99), p. 32, par. 33.

¹⁰⁵ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 595, à la page 616, par. 31.

¹⁰⁶ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, aux pages 31 et 32, par. 64.

¹⁰⁷ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 3, aux pages 46 à 48, par. 87 et 88.

⁹⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 32, par. 33.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Voir Annacker, «The legal regime of *erga omnes* obligations in international law» ; Simma, «From bilateralism to community interests

44. Antérieurement, 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 essais¹⁰⁸.

Après avoir ordonné des mesures conservatoires le 22 juin 1973, la Cour, dans son arrêt définitif du 20 décembre 1974, a jugé que l'objet de la demande, à savoir la cessation des essais nucléaires, avait été atteint, la France ayant déclaré ne pas continuer les essais atmosphériques, et qu'il n'y avait dès lors pas lieu à statuer¹⁰⁹. On 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 ceci :

La 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 nature¹¹⁰.

Sur ce point, on peut lire ce qui suit dans l'opinion dissidente commune des juges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchega et Waldock :

En ce qui concerne son droit de ne pas être exposée à des essais atmosphériques, droit qu'elle dit 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

¹⁰⁸ Mémoire de l'Australie, Mémoires, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 338 à 343, par. 462 à 485.

¹⁰⁹ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 99; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 135; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, 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 Test* cases»; Lellouche, «The International Court of Justice – the *Nuclear Tests* Cases: judicial silence v. atomic blasts»; McWhinney, «International law-making and the judicial process: the World Court and the *French Nuclear Tests* case»; Sur, «Les affaires des essais nucléaires devant la C.I.J.»; MacDonald et Hough, «The *Nuclear Tests* case revisited».

La Cour a déclaré que «[l]es déclarations unilatérales des autorités françaises ont été faites publiquement en dehors de la Cour et *erga omnes*», autrement dit qu'elles obligeaient la France envers tous les États [*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 269, par. 50]. Toutefois, ce passage est surtout intéressant pour expliquer l'effet juridique des déclarations unilatérales; il l'est moins pour éclairer la nature juridique des obligations en question.

¹¹⁰ Mémoire sur la compétence et la recevabilité soumis par le Gouvernement de l'Australie, *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires*, vol. I, p. 248 à 380, à la page 337, par. 459.

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 Cour¹¹¹.

Autrement dit, les auteurs de l'opinion dissidente commune ne sont pas allés jusqu'à préciser les conséquences que l'obligation *erga omnes* en droit matériel a sur le plan procédural. Cet apparent «décalage» entre le droit matériel et le droit procédural constitue la principale difficulté inhérente à la notion d'obligation *erga omnes*.

45. L'Institut du droit international a confirmé cette situation juridique lors de l'adoption en 2005 de sa résolution intitulée «Les obligations *erga omnes* en droit international». À l'article 1 *a* de cette résolution, l'obligation *erga omnes* est définie comme une «obligation relevant du droit international général à laquelle un État est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les États à réagir». À l'article 1 *b*, l'obligation *erga omnes partes* (expression qui n'est pas employée dans la résolution, laquelle utilise le même terme, *erga omnes*, pour désigner les deux obligations) est définie comme une «obligation relevant d'un traité multilatéral à laquelle un État partie à ce traité est tenu en toutes circonstances envers tous les autres États parties au traité, en raison des valeurs qui leur sont communes et de leur intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous ces autres États à réagir». S'agissant des modalités procédurales de mise en œuvre de ces obligations, la résolution énonce qu'il doit exister «un lien juridictionnel entre l'État prétendument responsable de la violation d'une obligation *erga omnes* et un autre État auquel cette obligation est due» pour que «ce dernier État [it] qualité pour soumettre à la Cour internationale de Justice ou à un autre tribunal international une demande relative à un différend portant sur le respect de cette obligation» (art. 3). Pour qu'un État puisse participer à une procédure pendante devant la Cour ou devant ce tribunal, qui est relative à cette obligation, des «règles spécifiques devraient régir une telle participation» (art. 4), sans lesquelles aucune participation n'est possible¹¹². Cela étant, il est significatif que l'Institut ait clairement confirmé l'existence et la fonction des obligations *erga omnes* dans le droit international tel qu'il existe actuellement¹¹³.

¹¹¹ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt (voir *supra* la note 109), p. 369 et 370, par. 117. On rappellera que, dans l'arrêt rendu en 1966 dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, la Cour a déclaré que «[l']argument [des demandeurs (l'Éthiopie et le Libéria)] revient à dire que la Cour devrait admettre une sorte d'*actio popularis*, [...] [notion que] le droit international tel qu'il existe actuellement ne [...] reconnaît pas» (*Sud-Ouest africain*, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, à la page 47, par. 88).

¹¹² «Les obligations *erga omnes* en droit international», résolution adoptée le 27 août 2005, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71-II (session de Cracovie, 2005), p. 287 (disponible sur le site Web de l'Institut, www.idi-iil.org, sous l'onglet «Publications et travaux», puis «Résolutions»), Rapporteur: Giorgio Gaja; voir également premier rapport du Rapporteur (2002) dans *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71-I (session de Cracovie, 2005), p. 119 à 151; deuxième rapport (2004), *ibid.*, p. 189 à 212; réponses et observations des membres de la Commission au premier rapport, *ibid.*, p. 153 à 187.

¹¹³ Fitzmaurice, «The International Court of Justice and international environmental law», p. 358.

46. On rappellera que la Commission a étudié la question des obligations *erga omnes* dans le cadre de l'article 48 sur l'«Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé» dans ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001. Le paragraphe 1 de cet article dispose que

tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si: a) l'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou b) l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble¹¹⁴.

L'alinéa a renvoie aux obligations *erga omnes partes* dues à un groupe d'États, tandis que l'alinéa b désigne les obligations *erga omnes* dues à la communauté internationale tout entière¹¹⁵. Sur la question de la qualité pour agir de l'État non lésé, la Commission semble avoir adopté une position neutre quant à l'existence d'un intérêt collectif du groupe et à la nature juridique de l'obligation imposée par un traité multilatéral. La réponse ne peut procéder que de l'interprétation du traité en question¹¹⁶.

47. La question de la qualité pour agir des demandeurs devant les juridictions internationales sur le fondement d'intérêts de la communauté inscrits dans les traités multilatéraux se pose depuis de nombreuses années et remonte à l'affaire du *Vapeur «Wimbledon»* jugée en 1923 par la Cour permanente de Justice internationale¹¹⁷. Dans cette affaire, la Cour permanente avait considéré que l'article 380 du Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) sur le libre passage du canal de Kiel était une disposition à caractère général et impératif et que les quatre demandeurs avaient un intérêt juridique et, partant, qualité pour agir en vertu du Traité¹¹⁸. Dans les affaires relatives au *Sud-Ouest africain* de 1966, la Cour internationale de Justice a estimé, à une faible majorité, que la qualité de l'Éthiopie et du Libéria, qui prétendaient avoir, comme membres de la Société des Nations, intérêt à agir

en vertu du mandat en cause dont l'objet était d'assurer la bonne administration, à titre de «mission sacrée de civilisation», des intérêts de la communauté partagés par les membres de la Société des Nations, n'était pas une «question relevant du fond»¹¹⁹. Toutefois, établissant une distinction entre les dispositions du mandat relatives aux «intérêts particuliers» et celles relatives à «la gestion», la Cour a considéré en 1966 que le droit de réclamer la bonne exécution du mandat ne découlait pas du simple fait d'appartenir à la Société des Nations. En conséquence, elle a conclu que «les demandeurs ne possédaient à titre individuel comme États aucun droit propre et autonome pouvant être invoqué indépendamment ou en plus du droit conféré à la Société des Nations de réclamer, dans l'accomplissement de son activité collective et institutionnelle, la bonne exécution du Mandat conformément à la "mission sacrée de civilisation"»¹²⁰. À l'inverse, la Cour a récemment adopté une position plus libérale dans l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*¹²¹ s'agissant de la qualité du demandeur à agir sur le fondement d'obligations *erga omnes partes* prévues par un traité multilatéral, en l'espèce la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Sur la question de la qualité pour agir de la Belgique, elle a admis que tous les États parties avaient un intérêt commun à ce que soient respectées les obligations de prévenir la torture et de prendre des mesures pour la réprimer, et que «[c]et intérêt commun impliqu[ait] que les obligations en question s'impos[ai]ent à tout État partie à la convention à l'égard de tous les autres États parties». Partant, elle a estimé que «[I] ensemble des États parties [avaient] "un intérêt juridique" à ce que les droits en cause soient protégés» et que «[I]es obligations correspondantes [pouvaient] donc être qualifiées d'"obligations *erga omnes partes*", en ce sens que, quelle que soit l'affaire, chaque État partie a un intérêt à ce qu'elles soient respectées»¹²². Elle a conclu que «tout État partie à la convention contre la torture peut invoquer la responsabilité d'un autre État partie dans le but de faire constater le manquement allégué de celui-ci à des obligations *erga omnes partes*, telles que celles qui lui incombent en application du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7, et de mettre fin à un tel manquement» et qu'un «intérêt particulier» n'était pas requis à cet effet¹²³. Par conséquent, la jurisprudence de la Cour confirme que la question de

¹¹⁴ Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 à 154, par. 76 et 77.

¹¹⁵ Ibid. Voir également Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, p. 277, par. 6, et p. 278, par. 9. S'agissant de l'alinéa a, il est précisé dans le commentaire que «les obligations protégeant un intérêt collectif du groupe» sont parfois dénommées «obligations *erga omnes partes*» [*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 135, paragraphe 6 du commentaire relatif au projet d'article 48]. Pour ce qui est de l'alinéa b, il est expliqué que «les articles évitent d'employer l'expression "obligations *erga omnes*", qui est moins éclairante que la référence faite par la Cour [...] et dont on a parfois cru, à la suite d'une confusion, qu'elle désignait les obligations envers toutes les parties à un traité» (ibid., p. 136, paragraphe 9 du commentaire). Voir également Crawford, «Responsibility for breaches of communitarian norms: an appraisal of article 48 of the ILC articles on responsibility of States for internationally wrongful acts».

¹¹⁶ Gaja, «States having an interest in compliance with the obligation breached», p. 959.

¹¹⁷ *Vapeur «Wimbledon» (France, Italie, Japon et Royaume-Uni c. Allemagne)*, arrêt du 17 août 1923, *C.P.J.I. série A n° 1*, p. 16 à 20.

¹¹⁸ Voir Crawford, «Responsibility for breaches of communitarian norms». Voir également Kawano, «Standing of a State in the contentious proceedings of the International Court of Justice: judicial proceedings on the basis of the consent of the Parties and the development of international legal rules to protect the common interests of the international community as a whole or as established by a treaty», p. 221 à 223.

¹¹⁹ Dans son arrêt de 1962, la Cour s'est déclarée compétente pour connaître de l'affaire et a estimé que les demandeurs avaient qualité pour agir sur le fondement du paragraphe 2 de l'article 7 du Mandat du 17 décembre 1920 pour le Sud-Ouest africain allemand [*Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 319, aux pages 335 à 342]. Dans son arrêt de 1966, elle a cependant considéré que la qualité des demandeurs ne pouvait être qualifiée de «question relevant du fond» de l'affaire [*Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt (voir *supra* la note 111), p. 6, à la page 18, par. 4].

¹²⁰ *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt (voir *supra* la note 111), p. 28 et 29, par. 32 et 33. Voir Kawano, «Standing of a State in the contentious proceedings of the International Court of Justice», p. 223 et 224.

¹²¹ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, à la page 426, par. 1.

¹²² Ibid., p. 449, par. 68.

¹²³ Ibid., p. 450, par. 69.

savoir si les obligations *erga omnes partes* donnent qualité pour agir dépend de l'interprétation du traité multilatéral en question¹²⁴. Toutefois, en l'absence de règles de procédure en droit international général relatives aux obligations *erga omnes* dues à la communauté internationale dans son ensemble, il est difficile de concevoir qu'un État jouisse d'une même qualité pour agir devant les juridictions internationales¹²⁵.

48. Comme on l'a déjà indiqué, l'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer met à la charge des États une obligation générale «de protéger et de préserver le milieu marin», que l'on pourrait également qualifier d'obligation *erga omnes*. Cette disposition est une composante essentielle de l'approche globale tirée de la partie XII de la Convention, consacrée à la protection et à la préservation du milieu marin¹²⁶. Alors que l'économie fondamentale de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer repose sur la répartition de la charge pesant sur les États de protéger le milieu marin suivant les divisions de la mer par zone (eaux territoriales, zones contiguës, zones économiques exclusives et haute mer), il est significatif que la Convention prévoit néanmoins cette clause générale sur l'obligation générale de protéger le milieu marin. Il convient également de noter que l'on rencontre des dispositions prévoyant une obligation générale de protéger certaines ressources naturelles dans des travaux intérieurs de la Commission, notamment dans l'article 20 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et dans l'article 10 du projet d'articles sur le droit relatif aux aquifères transfrontières¹²⁷. Ces dispositions sont calquées sur l'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹²⁸. Dans le commentaire relatif au projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, il est expliqué que «[v]u le caractère général de cette obligation, la Commission a été d'avis que l'article 20 devrait

précéder les autres articles [...] qui sont plus particuliers¹²⁹». Compte tenu de ces précédents relevés dans les travaux de la Commission, le Rapporteur spécial estime que la même obligation générale devrait être incorporée dans le présent projet de directives pour ce qui est de la protection de l'atmosphère au regard de la pratique des États et de la jurisprudence analysées dans les développements suivants.

49. Le Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau dispose que les parties, «désireu[s]es de mettre un terme à la contamination du milieu ambiant de l'homme par des substances radioactives» (preamble), s'engagent «à interdire, à empêcher et à s'abstenir d'effectuer toute explosion expérimentale d'arme nucléaire, ou toute autre explosion nucléaire [...] dans l'atmosphère» (art. 1). Si le nombre de parties au Traité est toujours de 124 (au mois de février 2015), depuis que la France a annoncé son intention de mettre fin aux essais nucléaires en 1974, il semble inconcevable qu'un État ose braver aujourd'hui l'interdiction partielle des essais d'armes nucléaires posée par le Traité, laquelle, ayant ainsi acquis un caractère de droit international coutumier, est désormais applicable à tous les États¹³⁰.

50. À l'occasion de la procédure consultative de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*¹³¹, la Cour a examiné si l'emploi d'armes nucléaires entraînerait des dommages à l'environnement, y compris en principe 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 venir¹³².

Elle a jugé que

[l']obligation générale qu'ont les États* de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans 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'environnement¹³³.

51. Il est inutile de dire que la protection de l'atmosphère, en ce qu'elle touche à des enjeux mondiaux tels que l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques, relève clairement de l'obligation

¹²⁴ Dans sa requête introductive d'instance contre le Japon dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* [(*Australie c. Japon*; *Nouvelle-Zélande (intervenant)*), arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 226], l'Australie a invoqué une obligation *erga omnes partes* sur le fondement de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (voir Crawford, «Responsibility for breaches of communitarian norms», p. 235 et 236). Le Japon n'ayant pas contesté cette affirmation, la Cour n'a pas examiné cette question dans son arrêt. Il aurait sans doute été difficile d'imaginer que la Cour revienne sur sa position relativement à l'obligation *erga omnes partes* après l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (*Belgique c. Sénégal*) de 2012. Néanmoins, il aurait pu être soutenu que, sauf interprétation évolutive (ce que la Cour a rejeté), il n'était guère envisagé en 1946, dans un contexte procédural complètement différent de celui de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, que la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine confère qualité pour agir à une partie non lésée.

¹²⁵ Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 143 à 153.

¹²⁶ Nordquist *et al.* (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A commentary*..., p. 36.

¹²⁷ Résolution 63/124 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 2008, annexe. Le texte du projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 21 à 48, par. 53 et 54.

¹²⁸ Paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article 20 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 125; paragraphe 1 du commentaire relatif à l'article 10 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières, *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 37.

¹²⁹ Paragraphe 1 du commentaire relatif à l'article 20 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 125.

¹³⁰ Même si la valeur coutumière du Traité n'a pas été examinée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Essais nucléaires* (*Australie c. France*) [arrêt (voir *supra* la note 109)], celle-ci ayant déclaré que les affaires étaient devenues sans objet, il a néanmoins été indiqué que la question aurait dû être étudiée (*ibid.*, opinion dissidente commune de MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Sir Humphrey Waldock, p. 368). Voir D'Amato, «Legal aspects of the French nuclear tests», p. 66 et 67; Tiewul, «International law and nuclear test explosions on the high seas», p. 56.

¹³¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 241. Il s'agissait d'une requête de l'Assemblée générale.

¹³² *Ibid.*, p. 241 et 242, par. 29.

¹³³ *Ibid.*

générale des États¹³⁴. S'agissant de la question de savoir si la pollution atmosphérique transfrontière de nature bilatérale ou régionale pourrait être considérée comme relevant de l'obligation générale de protection de l'atmosphère, il a déjà été souligné dans le premier rapport ainsi que dans le présent rapport qu'il existait un lien fort entre la pollution atmosphérique transfrontière et les questions mondiales de l'appauvrissement de la couche d'ozone et des changements climatiques. Or, si ces dernières relèvent de l'obligation générale, alors cette première devrait également être considérée comme l'objet de la même obligation. C'est ce qui ressort de la transformation du principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*, qui, comme cela sera exposé en détail ci-après, a vu son champ d'application dépasser les relations entre États adjacents pour s'étendre à la communauté internationale dans son ensemble. Dans son troisième rapport, qui sera présenté en 2016, le Rapporteur spécial compte faire figurer le principe *sic utere tuo* parmi les principes fondamentaux relatifs à la protection de l'atmosphère. Les développements qui suivent ont vocation à donner un aperçu préliminaire de l'évolution de l'application de ce principe quant aux obligations générales des États.

B. Principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*

52. Le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* («utilise ta propriété de manière à ne pas nuire à celle d'autrui») avait à l'origine vocation à s'appliquer aux relations entre «États adjacents» partageant une frontière territoriale commune. Ce principe était un corollaire de celui de la souveraineté territoriale et de l'égalité des États, selon lequel l'État peut exercer sa compétence ou son contrôle exclusifs sur les activités menées à l'intérieur de son territoire¹³⁵, tout en tenant compte de l'opinion incidente du juge Huber dans l'affaire de l'*Île de Palmas*, aux termes de laquelle «[l]a souveraineté territoriale [...] implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir: l'obligation de protéger, à l'intérieur du territoire, les droits des autres États¹³⁶». À l'origine, c'est dans le contexte de la pollution atmosphérique transfrontière classique, bilatérale, que ce principe a été appliqué, comme par exemple dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a déclaré que, «selon les principes du droit international [...], aucun État n'a le droit d'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 convaincante¹³⁷». Il va de soi qu'en l'espèce le principe *sic utere tuo* était invoqué dans le contexte de relations entre États adjacents.

53. On rappellera que, dans l'*Affaire du détroit de Corfou*, la Cour internationale de Justice a fait référence à «certains principes généraux et bien reconnus» et réaffirmé «l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États»¹³⁸. Une série d'ordonnances et d'arrêts rendus dans les affaires des *Essais nucléaires* a permis de mettre en évidence le caractère coutumier du principe *sic utere tuo* dans son application à la pollution atmosphérique transfrontière non limitée aux États adjacents. Dans ses ordonnances en indication de mesures conservatoires, la Cour a déclaré que «le Gouvernement français [devait] s'abst[enir] de procéder à des essais nucléaires provoquant le dépôt de retombées radioactives sur le territoire australien [et sur le territoire de la Nouvelle-Zélande]¹³⁹», soit un vaste ensemble de régions. Comme l'objet de ces mesures conservatoires était de sauvegarder les *droits* des parties, il se déduit de ces ordonnances que la Cour a fondé sa décision sur le principe *sic utere tuo* pour reconnaître les *droits* des demandeurs¹⁴⁰.

54. Dans son arrêt du 20 décembre 1974 (*Essais nucléaires I*), la Cour internationale de Justice a considéré que la déclaration par laquelle la France avait annoncé son intention de ne pas continuer à se livrer à des essais nucléaires dans l'atmosphère avait rendu sans objet les demandes de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Toutefois, il ne s'ensuit pas que la Cour n'a pas examiné le principe *sic utere tuo*. Au contraire, ainsi que le juge Petren l'a souligné dans son opinion individuelle,

[c]omme il n'existe aucun lien conventionnel entre l'Australie et la France en matière d'essais nucléaires, la requête suppose l'existence d'une règle de droit international coutumier interdisant aux États de causer, par des essais nucléaires atmosphériques, des retombées radioactives sur le territoire d'autres États. C'est donc l'existence ou la non-existence d'une telle règle coutumière qu'il faut constater¹⁴¹.

À cette question, le juge de Castro a répondu affirmativement: «Dans le droit ancien et les droits modernes, le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* est admis. [...] Dans le droit international, on peut rappeler le devoir de chaque État de ne pas utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États¹⁴².» Dans leur opinion dissidente commune, les juges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Waldock ont également

¹³⁴ La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone dispose, au paragraphe 1 de son article 2 (Obligations générales), que «[l]es Parties prennent des mesures appropriées [...] contre les effets néfastes [...] qui modifient ou sont susceptibles de modifier la couche d'ozone». La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques dispose, au paragraphe 1 de son article 3 (Principes), qu'«[i]l incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures», un principe dont on peut présumer qu'il est applicable aussi bien aux pays développés qu'aux pays en développement. La phrase citée est nuancée par la formule «sur la base de l'équité et en fonction de leurs responsabilités communes mais différenciées et de leurs capacités respectives». S'il résulte des mots «responsabilités communes» que tous les États ont l'obligation générale de protéger le système climatique, les «responsabilités» doivent être «différenciées» selon leurs «capacités respectives».

¹³⁵ Brunnée, «*Sic utere tuo ut alienum non laedas*», par. 5 et 6.

¹³⁶ *Île de Palmas* (Pays-Bas c. États-Unis d'Amérique), sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente: 1949.V.1), p. 829 à 872, à la page 839.

¹³⁷ *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1938 à 1982, à la page 1965.

¹³⁸ *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. *Recueil* 1949, p. 4, à la page 22.

¹³⁹ *Essais nucléaires* (Australie c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973 (voir *supra* la note 109), p. 106; *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973 (voir *supra* la note 109), p. 142.

¹⁴⁰ Le demandeur a invoqué l'existence d'un dommage non seulement sur le «territoire australien» mais également «ailleurs dans l'hémisphère sud». Toutefois, la Cour n'a indiqué des mesures conservatoires qu'«en ce qui concerne le dépôt de retombées radioactives sur son territoire*», sans en prononcer «en ce qui concerne d'autres droits invoqués» [*Essais nucléaires* (Australie c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973 (voir *supra* la note 109), p. 104 et 105, par. 27 à 31].

¹⁴¹ *Essais nucléaires* (Australie c. France), arrêt (voir *supra* la note 109), p. 304.

¹⁴² *Ibid.*, p. 388, par. 4.

inféré l'existence de la règle coutumière: «[N]ous ne pouvons manquer d'observer que [...] le demandeur invoque aussi des droits établis de longue date – et même élémentaires – dont le caractère de *lex lata* ne fait pas de doute¹⁴³.» En revanche, le juge Gros, dans son opinion individuelle, a observé ceci: «En l'absence d'une règle opposable au Gouvernement français pour obtenir de la Cour une déclaration d'interdiction des seuls essais français, l'affaire tombe entièrement¹⁴⁴.» Le juge Petrén s'est également interrogé: «[I]l convient de se demander quelle a été l'attitude des nombreux États sur les territoires desquels des retombées radioactives provenant des essais atmosphériques des Puissances nucléaires se sont déposées et continuent à se déposer. Ont-ils [...] protesté auprès de ces Puissances en faisant valoir que leurs essais contrevenaient au droit international coutumier?», avant de conclure: «Je ne constate pas que tel ait été le cas»¹⁴⁵. Du fait de la divergence des opinions quant à l'existence d'une règle de droit international coutumier interdisant de causer un dommage aux autres États, on peut affirmer qu'«à la clôture de la procédure en 1974, il aurait été difficile de conclure que la valeur coutumière de la règle en droit international [...] était largement admise¹⁴⁶».

55. Vingt ans plus tard, toutefois, le caractère coutumier du principe a été affirmé positivement dans l'ordonnance de 1995 relative à 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) [*Essais nucléaires II*]. Même si la requête par laquelle la Nouvelle-Zélande protestait contre les essais nucléaires souterrains a été écartée, la Cour a considéré que «la présente ordonnance [était] sans préjudice des obligations des États concernant le respect et la protection de l'environnement naturel*, auxquelles la Nouvelle-Zélande et la France ont toutes deux, en l'espèce, réaffirmé leur attachement¹⁴⁷». Bien que la Cour n'ait pas précisé en détail l'étendue de ces obligations, le juge Weeramantry, dans son opinion dissidente, a déclaré que le principe selon lequel aucun dommage ne doit être causé aux autres États était un «principe fondamental du droit moderne de l'environnement», «établi de longue date en droit international», et un «principe largement consacré, qui trouve son fondement dans le bon sens, la jurisprudence, les conventions internationales et le droit international coutumier»¹⁴⁸. Dans son opinion dissidente, le juge Koroma a également considéré, quoique avec prudence, ceci: «En vertu du droit international contemporain, il existe probablement une obligation de ne pas causer un dommage grave ou sérieux qui pourrait raisonnablement être évité, ainsi qu'un devoir de ne pas permettre la fuite de substances dangereuses¹⁴⁹.» Par ailleurs, le juge Palmer a relevé que l'affaire des *Essais nucléaires I*, l'*Affaire du détroit de Corfou*, l'affaire de la *Fonderie de Trail*

et l'affaire du *lac Lanoux*¹⁵⁰ étaient couramment citées «comme des exemples de protection de l'environnement fondée sur le droit international coutumier» et conclu que «[I]es principes établis à l'occasion de ces affaires [étaient] repris dans» le principe *sic utere tuo*¹⁵¹. Il résulte de ces opinions que «les obligations des États concernant le respect et la protection de l'environnement naturel» évoquées dans l'ordonnance de la majorité incluent le principe *sic utere tuo* comme règle de droit international coutumier¹⁵². En outre, la Cour internationale de Justice, dans la récente affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (*Argentine c. Uruguay*), a également réaffirmé le principe fondamental énoncé dans l'*Affaire du détroit de Corfou*, observant que «le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise (*due diligence*) de l'État sur son territoire¹⁵³». Ces affaires ont confirmé que l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs à l'atmosphère des autres États, non limitée exclusivement aux États adjacents, constituait un principe établi du droit international coutumier.

56. Si le principe classique ne visait que les dommages transfrontières causés à d'autres États au sens strict, il a vu sa portée territoriale s'étendre à l'indivis mondial en soi¹⁵⁴. Reformulation de ce principe, le principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)¹⁵⁵ dispose que «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*». Cette partie du principe a été reprise dans le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹⁵⁶. Les zones situées au-delà des limites de la juridiction et de la souveraineté des États, qu'on appelle généralement «indivis mondial», comprennent en principe la haute mer, l'espace extra-atmosphérique et l'atmosphère mondiale. Même si la notion d'atmosphère, qui ne peut être décrite en termes de zone, ne correspond pas à celle de «zones situées au-delà de la juridiction nationale», il est néanmoins évident que l'atmosphère qui se trouve au-dessus desdites zones est désormais couverte par le principe 21 de la Déclaration de Stockholm¹⁵⁷.

57. Il convient de noter que le principe *sic utere tuo*, lors de son application à des phénomènes mondiaux tels que la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques, s'est heurté à quelques difficultés. Pour ces

¹⁵⁰ *Affaire du lac Lanoux* (Espagne, France), sentence du 16 novembre 1957, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente: 63.V.3), p. 281 à 317.

¹⁵¹ *Essais nucléaires II* (voir *supra* la note 147), p. 408.

¹⁵² Sands, «Pleadings and the pursuit of international law», p. 616.

¹⁵³ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (*Argentine c. Uruguay*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, à la page 55, par. 101.

¹⁵⁴ Xue, *Transboundary Damage in International Law*, p. 191.

¹⁵⁵ *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), p. 3.

¹⁵⁶ *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 1, p. 2.

¹⁵⁷ Birnie, Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment*, p. 145.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 367, par. 113.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 288, par. 21.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 306.

¹⁴⁶ Sands, «Pleadings and the pursuit of international law: Nuclear Tests II (*New Zealand v. France*)», p. 615.

¹⁴⁷ *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.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 346 et 347.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 378.

phénomènes, la chaîne causale, autrement dit le lien matériel entre la cause (activité) et l'effet (dommage) est difficile à établir en raison du caractère généralisé, à long terme et cumulatif des effets. De nature complexe et synergique, les effets néfastes résultent d'une multitude de sources et ne sont donc pas imputables à une seule et unique activité. Dans le contexte mondial, pratiquement tous les États sont susceptibles d'être à la fois contributeurs et victimes. Par conséquent, même lorsqu'un dommage réel survient, il est difficile, sinon impossible, d'en imputer la responsabilité à un seul État¹⁵⁸. La difficulté d'établir l'existence d'un lien de causalité entre l'acte fautif et le dommage subi a été reconnue dans la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance. Aux termes de l'article 1 b de la Convention, la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance désigne toute pollution «à une distance telle qu'il n'est généralement pas possible de distinguer les apports des sources individuelles ou groupes de sources d'émission». Nonobstant cette définition, le principe 21 de la Déclaration de Stockholm se trouve consacré au cinquième alinéa du préambule de la Convention, où il est considéré comme l'expression d'une «conviction commune». La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques tiennent également compte des difficultés susmentionnées. Néanmoins, ces deux instruments intègrent également expressément le contenu du principe 21 de la Déclaration de Stockholm dans leur préambule, ce qui vient conforter l'idée que celui-ci fait partie intégrante du droit international¹⁵⁹.

¹⁵⁸ En revanche, il est possible, même dans ce cas, d'identifier un «État lésé» au sens du droit de la responsabilité des États. Selon l'article 42 b i) du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble, un État spécialement atteint est considéré comme un État lésé. Aux termes du commentaire y relatif, «[m]ême dans les cas où les effets juridiques d'un fait internationalement illicite s'étendent, par implication, à [...] la communauté internationale dans son ensemble, le fait illicite peut avoir des effets néfastes spécifiques sur un État ou sur un petit nombre d'États», paragraphe 12 du commentaire relatif au projet d'article 42, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 127. Un exemple donné dans le commentaire est celui de la pollution de la haute mer, qui constitue une violation de la règle coutumière, lorsque la pollution a une incidence particulière sur la mer territoriale d'un État donné. Dans un tel cas, «l'obligation existe pour tous les autres États, mais, parmi ces derniers, l'État côtier qui est particulièrement touché par la pollution doit être considéré comme "spécialement" atteint», Gaja, «The concept of an injured State», p. 947. Il en va de même, par exemple, pour les pluies acides qui résultent de la pollution atmosphérique transfrontière ou du trou de la couche d'ozone.

¹⁵⁹ Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, p. 62 à 67; Fitzmaurice, «Responsibility and climate change», p. 117 et 118.

58. De fait, il a été confirmé dans l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* que les dispositions du principe 21 de la Déclaration de Stockholm et du principe 2 de la Déclaration de Rio faisaient «maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement¹⁶⁰». Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la Cour a réaffirmé ce paragraphe et relevé qu'«elle a[vait] récemment eu l'occasion de souligner [...] l'importance que le respect de l'environnement revêt à son avis, non seulement pour les États mais aussi pour l'ensemble du genre humain^{*161}». Elle a également cité ce paragraphe dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*¹⁶². En outre, dans l'arbitrage relatif au chemin de fer dit *Iron Rhine*, le Tribunal a déclaré que «le droit de l'environnement [...] [suppose que] lorsque le développement risque de porter atteinte de manière significative à l'environnement, doit exister une obligation d'empêcher, ou au moins d'atténuer, cette pollution. [...] Cette obligation [...] est maintenant devenue un principe du droit international général¹⁶³».

59. Le projet de directive suivant est donc proposé :

«*Projet de directive 4. Obligation générale des États de protéger l'atmosphère*

«Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère.»

¹⁶⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 131), p. 242, par. 29.

¹⁶¹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* [voir *supra* la note 61], p. 41, par. 53.

¹⁶² *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* [voir *supra* la note 153], p. 78, par. 193.

¹⁶³ *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine («Ijzeren Rijn») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII (numéro de vente: E/F.06.V.8), p. 35 à 125, aux pages 66 et 67, par. 59. Il était peut-être prématuré d'affirmer que le principe 21 n'était qu'un point de départ et qu'il n'était pas encore entré dans le droit international coutumier à la date de l'adoption de la Déclaration de Stockholm en 1972. Toutefois, l'évolution ultérieure de la jurisprudence de la Cour – l'affaire des *Essais nucléaires II* de 1995 (voir *supra* la note 147), l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* de 1996 (voir *supra* la note 131), l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* de 1997 (voir *supra* la note 61) et l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* de 2010 (voir *supra* la note 153) – confirme le caractère coutumier du principe, qui est également attesté par la pratique des États et l'*opinio juris*; voir Birnie, Boyle et Redgwell, *International Law and the Environment*, p. 339; Galizzi, «Air, atmosphere and climate change», p. 337.

CHAPITRE V

Coopération internationale

A. Développement du principe de coopération en droit international

60. Souvent qualifié de «droit de la coopération», par opposition au «droit de la coexistence» (de la réciprocité et de la coordination) du droit international traditionnel¹⁶⁴,

¹⁶⁴ Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, p. 60 à 71; Leben, «The Changing structure of international law revisited:

le droit international moderne est en grande partie le reflet de l'évolution structurelle du monde actuel, où le principe de coopération est désormais considéré comme une obligation juridique et non comme un simple devoir moral.

by way of introduction». Voir également Delbrück, «The international obligation to cooperate: an empty shell or a hard law principle of international law? – A critical look at a much debated paradigm of modern international law».

Aujourd'hui, nombre de traités multilatéraux prévoient une coopération internationale au contenu et au caractère juridique variables. La coopération internationale prévue par ces traités est souvent fondée sur des obligations particulières et destinée à en favoriser le respect¹⁶⁵. De fait, la notion de coopération internationale repose désormais dans une large mesure sur celle des « intérêts communs » de la « communauté internationale dans son ensemble » et ne se limite plus à la simple « somme arithmétique » des collaborations bilatérales au sein de la « société internationale » traditionnelle¹⁶⁶.

61. L'un des principaux buts des Nations Unies, posé au paragraphe 3 de l'Article 1 de la Charte des Nations Unies, est de « [r]éaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire ». Par ailleurs, le paragraphe 1 b de l'Article 13 dispose que l'« Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue de [...] [d]évelopper la coopération internationale dans les domaines économique, social, de la culture intellectuelle et de l'éducation, de la santé publique », tandis que l'Article 56 du Chapitre IX (Coopération économique et sociale internationale) prévoit que « [l]es Membres s'engagent [...] à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation ». Aussi importante fût-elle, l'inscription dans la Charte du devoir de coopérer n'impliquait, de la part des États Membres, qu'un « engagement » à « agir en coopération avec l'Organisation ». La nature de ce devoir était ambiguë : était-elle juridique ou seulement morale ? Au surplus, cette obligation n'incombait qu'aux États Membres des Nations Unies et non à tous les États, l'accent étant spécifiquement mis sur la coopération des États Membres « avec l'Organisation » et non sur celle des autres États dans leurs relations mutuelles¹⁶⁷. C'est la Déclaration relative aux principes

du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, approuvée par l'Assemblée en 1970, qui, en disposant, dans son quatrième principe, que les États ont le devoir de « coopérer les uns avec les autres conformément à la Charte », a étendu la portée de la coopération à tous les États et à leurs relations¹⁶⁸.

62. La Charte des Nations Unies ne prévoit aucune disposition spécifique sur la protection de l'environnement et la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies ne fait pas non plus référence à la coopération dans ce domaine¹⁶⁹. Toutefois, les dispositions du paragraphe 3 de l'Article 1 citées ci-dessus donnent compétence aux Nations Unies pour gérer les problèmes liés à la protection de l'environnement. C'est à la fin des années 1960 que l'Organisation des Nations Unies a commencé à s'intéresser aux questions d'écologie, en interprétant les buts énoncés au paragraphe 3 de l'Article 1 comme incluant la promotion de la coopération internationale en faveur de la protection de l'environnement¹⁷⁰. Ainsi, « on ne saurait déduire du silence de la Déclaration relative aux principes touchant les relations amicales sur la question de l'environnement que les principes de coopération qui y sont énoncés n'ont aucune importance dans le contexte de l'environnement¹⁷¹ ».

63. Par sa résolution 2398 (XXIII) du 3 décembre 1968, l'Assemblée générale a décidé de convoquer en 1972 la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, à l'issue de laquelle a été adoptée, le 16 juin 1972, la Déclaration de Stockholm. Aux termes du principe 24 de cette déclaration,

[l]es questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits, sur un pied d'égalité. Une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés est indispensable pour limiter efficacement, prévenir, réduire et éliminer les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce dans le respect de la souveraineté et des intérêts de tous les États.

Si le principe 24 ne précise pas les modalités de la coopération internationale, l'Assemblée générale, dans sa résolution 2995 (XXVII) du 15 décembre 1972 intitulée « Coopération entre les États dans le domaine de l'environnement », a reconnu que la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement serait réalisée

¹⁶⁵ Beyerlin *et al.* distinguent deux catégories d'obligations conventionnelles dans les accords multilatéraux sur l'environnement : les « obligations de résultat » et les « obligations de comportement ». La première catégorie comprend notamment le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone et le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, tandis que la seconde regroupe la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, la Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique. Les auteurs font observer que, comme les instruments de cette dernière catégorie ne contiennent que des dispositions ambiguës sur les méthodes à adopter pour réaliser leurs objectifs, il est souvent difficile d'évaluer dans quelle mesure ces objectifs ont été atteints ; Beyerlin, Stoll et Wolfrum, *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue Between Practitioners and Academia*, p 3 et 4. Pour ce qui est de l'obligation de coopérer énoncée à l'article 100 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui impose un comportement et non un résultat, voir par exemple Gottlieb, « Combating maritime piracy: inter-disciplinary cooperation and information sharing », p. 312.

¹⁶⁶ Okuwaki, « Du respect de l'obligation de coopérer : nouvelles évolutions du "droit international pour la coopération" », p. 16 et 17 (en japonais).

¹⁶⁷ Wolfrum, « Article 56 », p. 942, par. 3, et p. 943, par. 7. Le commentaire souligne les limites de l'Article 56, très peu contraignant pour les États Membres. Selon le commentaire, « l'Article 56 exige des États Membres non seulement qu'ils coopèrent entre eux, mais également qu'ils coopèrent avec l'Organisation ». Voir également Stoll, « Article 56 », p. 1604, par. 3, et p. 1605, par. 10 ; sur l'Article 55 de la Charte, voir Stoll, « Article 55 (a) and (b) », p. 1551 à 1554, par. 63 à 74.

¹⁶⁸ Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, préambule. Voir Babović, « The duty of States to cooperate with one another in accordance with the Charter » ; Houben, « Principles of international law concerning friendly relations and cooperation among States » ; McWhinney, « The "new" countries and the "new" international law: the United Nations' Special Conference on Friendly Relations and Co-operation among States ».

¹⁶⁹ On a souligné que « le fait que la déclaration mette l'accent sur la souveraineté économique et la promotion de la croissance économique donnait à penser que les questions d'environnement n'étaient pas une préoccupation majeure des rédacteurs de cette résolution », Boyle, « The principle of co-operation: the environment », p. 120.

¹⁷⁰ Sands et Peel, *Principles of International Environmental Law*, p. 27, 56 et 57.

¹⁷¹ Boyle, « The principle of co-operation », p. 121.

de façon adéquate si les États donnaient connaissance des données techniques¹⁷². La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée vingt ans plus tard, en juin 1992, à l'issue de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, dispose en son principe 27 que « [l]es États et les peuples doivent coopérer de bonne foi et dans un esprit de solidarité à l'application des principes consacrés dans la présente Déclaration et au développement du droit international dans le domaine du développement durable ». Ces principes ont été traduits en règles plus détaillées dans les traités ultérieurs.

B. Traités et autres instruments

1. TRAITÉS INTERNATIONAUX

64. La coopération internationale est au cœur des dispositions des traités internationaux relatifs à l'environnement. La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone dispose en son préambule que les Parties sont « [c]onscientes que l'adoption de mesures visant à protéger la couche d'ozone des modifications imputables aux activités humaines ne peut se faire que dans le contexte d'une coopération et d'une action internationales, et devrait être fondée sur des données scientifiques et techniques pertinentes », et prévoit, au paragraphe 1 de son article 4, consacré à la coopération dans les domaines juridique, scientifique et technique, que « [l]es Parties facilitent et encouragent l'échange des renseignements scientifiques, techniques, socio-économiques, commerciaux et juridiques appropriés aux fins de la présente Convention et comme précisé à l'annexe II » et que « [c]es renseignements sont fournis aux organes agréés par les Parties ». On trouve à l'annexe II une liste détaillée des renseignements à échanger, qui devrait présenter une utilité pour les présentes directives¹⁷³. Le paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention prévoit une coopération dans les domaines

¹⁷² Au paragraphe 2 de sa résolution 2995 (XXVII), l'Assemblée générale « [r]econnaît que la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement, y compris la coopération aux fins de l'application des principes 21 et 22 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, sera réalisée de façon adéquate s'il est donné connaissance officielle et publique des données techniques relatives aux travaux que doivent entreprendre les États, dans les limites de leur juridiction nationale, afin d'éviter qu'un préjudice sensible puisse être causé à l'environnement de la zone voisine ». Ainsi, les liens entre le devoir de fournir des informations, le devoir de coopération entre les parties et le devoir de prévention, reconnus dans l'arrêt rendu dans l'affaire relative à des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (voir *supra* la note 153, p. 43, par. 58), avaient déjà été affirmés par l'Assemblée générale dans les années 1970.

¹⁷³ L'annexe II (Échange de renseignements) à la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone dispose ce qui suit :

« 1. Les Parties à la Convention reconnaissent que la collecte et la mise en commun de renseignements est un moyen important de réaliser les objectifs de la présente Convention et d'assurer que les mesures qui pourraient être prises soient appropriées et équitables. En conséquence, les Parties échangeront des renseignements scientifiques, techniques, socio-économiques, commerciaux et juridiques.

« 2. En décidant quels renseignements doivent être collectés et échangés, les Parties à la Convention devraient prendre en considération l'utilité de ces renseignements et les dépenses à consentir pour les obtenir. Les Parties reconnaissent en outre que la coopération au titre de la présente annexe doit être compatible avec les lois, usages et règlements nationaux concernant les brevets, les secrets commerciaux et la protection des renseignements et relatifs à des droits exclusifs.

« 3. Renseignements scientifiques

« Ces renseignements englobent :

techniques, notamment par transfert de technologies, compte tenu des besoins des pays en développement.

65. Dans le préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, les Parties se déclarent « [c]onscientes que le caractère planétaire des changements climatiques requiert de tous les pays qu'ils coopèrent le plus possible et participent à une action internationale, efficace et appropriée » et réaffirment que « le principe de la souveraineté des États doit présider à la coopération internationale destinée à faire face aux changements climatiques ». Le paragraphe 1 de l'article 4 (Engagements) dispose que toutes les Parties devraient :

e) prépare[r], en coopération, l'adaptation à l'impact des changements climatiques [...];

[...]

g) encourage[r] et sout[enir] par leur coopération les travaux de recherche scientifique, technologique, technique, socio-économique et autres, l'observation systématique et la constitution d'archives de données sur le système climatique permettant de mieux comprendre les causes, les effets, l'ampleur et l'échelonnement dans le temps des changements climatiques, ainsi que les conséquences économiques et sociales des diverses stratégies de riposte, et de réduire et dissiper les incertitudes qui subsistent à cet égard ;

« a) les recherches publiques et privées, prévues et en cours, en vue de faciliter la coordination des programmes de recherche de manière à tirer le meilleur parti possible des ressources nationales et internationales disponibles ;

« b) les données sur les émissions qui sont nécessaires pour la recherche ;

« c) les résultats scientifiques publiés dans des périodiques spécialisés sur la physique et la chimie de l'atmosphère terrestre et la sensibilité de celle-ci aux modifications, et en particulier sur l'état de la couche d'ozone et sur les effets qu'entraînerait la modification aussi bien du contenu total de la colonne d'ozone que de la répartition verticale de l'ozone, quelle que soit l'échelle de temps, sur la santé des populations humaines, l'environnement et le climat ;

« d) l'évaluation des résultats de la recherche et les recommandations sur les travaux futurs de recherche.

« 4. Renseignements techniques

« Ces renseignements portent notamment sur :

« a) l'existence et le coût de produits de substitution chimiques et de technologies de remplacement utilisables pour réduire les émissions des substances qui entraînent des modifications de la couche d'ozone et les travaux de recherche connexes entrepris ou envisagés ;

« b) les limitations et éventuellement les risques que comporte l'utilisation de produits de substitution chimiques ou autres et de technologies de remplacement.

« 5. Renseignements socio-économiques et commerciaux sur les substances visées à l'annexe I

« Ces renseignements portent notamment sur :

« a) la production et la capacité de production ;

« b) l'utilisation et les modes d'utilisation ;

« c) les importations et les exportations ;

« d) les coûts, risques et avantages d'activités humaines susceptibles de modifier indirectement la couche d'ozone et l'impact des mesures de réglementation prises ou envisagées pour contrôler ces activités.

« 6. Renseignements juridiques

« Ces renseignements portent notamment sur :

« a) les législations nationales, les mesures administratives et les travaux de recherche juridique intéressant la protection de la couche d'ozone ;

« b) les accords internationaux, et notamment les accords bilatéraux, intéressant la protection de la couche d'ozone ;

« c) les méthodes et conditions en matière d'accords de licence et les brevets existants concernant la protection de la couche d'ozone. »

h) encourage[r] et sout[enir] par leur coopération l'échange de données scientifiques, technologiques, techniques, socio-économiques et juridiques sur le système climatique et les changements climatiques ainsi que sur les conséquences économiques et sociales des diverses stratégies de riposte, ces données devant être échangées dans leur intégralité, librement et promptement¹⁷⁴.

2. ACCORDS RÉGIONAUX

66. La coopération internationale est prévue dans plusieurs instruments régionaux sur la pollution atmosphérique transfrontière, notamment : a) l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe¹⁷⁵, qui dispose que « [l]es États participants sont résolus à mettre en œuvre la coopération dans le domaine de l'environnement notamment par [...] l'échange d'informations scientifiques et techniques, de documentation et de résultats de recherches » ; b) la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, dont les Parties, rappelant dans le préambule de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, déclarent tenir compte

de l'appel contenu dans le chapitre de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe relatif à l'environnement, à la coopération en vue de combattre la pollution de l'air et les effets de cette pollution, notamment le transport de polluants atmosphériques à longue distance, et à l'élaboration, par la voie de la coopération internationale, d'un vaste programme de surveillance et d'évaluation du transport à longue distance des polluants de l'air [...] [et affirment] leur résolution de renforcer la coopération internationale active pour élaborer les politiques nationales nécessaires et, par des échanges d'informations, des consultations et des activités de recherche et de surveillance, de coordonner les mesures prises par les pays pour combattre la pollution de l'air, y compris la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance.

L'article 4 de la Convention prévoit que

[l]es Parties contractantes échangeront des informations et procéderont à des tours d'horizon sur leurs politiques, leurs activités scientifiques et les mesures techniques ayant pour objet de combattre dans toute la mesure possible les rejets de polluants atmosphériques qui peuvent avoir des effets dommageables et ainsi de réduire la pollution atmosphérique, y compris la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance¹⁷⁶.

67. L'Accord-cadre régional de l'Afrique de l'Est sur la pollution atmosphérique (Accord de Nairobi)¹⁷⁷ et l'Accord-cadre régional pour l'Afrique occidentale et centrale sur la pollution atmosphérique (Accord d'Abidjan)¹⁷⁸ comportent des dispositions semblables en matière de coopération internationale. Les mesures suivantes y sont ainsi considérées comme des formes de coopération régionale :

¹⁷⁴ L'alinéa c prévoit également une coopération en matière de transfert de technologies.

¹⁷⁵ Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, signé à Helsinki, le 1^{er} août 1975, Lausanne, Imprimeries Réunies.

¹⁷⁶ Voir Flinterman, Kwiatkowska et Lammers, *Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Co-operation of States*.

¹⁷⁷ Onze pays – Burundi, Djibouti, Érythrée, Éthiopie, Kenya, Ouganda, République démocratique du Congo, Rwanda, Somalie, Soudan et République-Unie de Tanzanie – ont adopté cet accord-cadre.

¹⁷⁸ Cet accord présente les recommandations issues de l'atelier sous-régional de l'Afrique occidentale et centrale sur une meilleure qualité de l'air. Vingt et un pays – Angola, Bénin, Burkina Faso, Cabo Verde, Cameroun, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Libéria, Mali, Niger, Nigéria, République démocratique du Congo, République du Congo, Sénégal, Sierra Leone, Tchad et Togo – ont souscrit à ces recommandations.

1.2 Considérer les synergies et avantages mutuels de la prise de mesures contre les émissions de polluants atmosphériques et gaz à effet de serre ;

[...]

1.4 Promouvoir l'échange d'information sur la gestion de la qualité de l'air dans le domaine éducatif et de la recherche ;

1.5 Promouvoir la coopération régionale afin de renforcer les établissements de normalisation.

L'Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur la conservation de la nature et des ressources naturelles¹⁷⁹ prévoit en son article 9 (Air) que « [l]es Parties contractantes, au vu du rôle que joue l'air dans le fonctionnement des écosystèmes naturels, s'efforcent de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer une gestion de la qualité de l'air compatible avec le développement durable ». L'article 18 (Coopération) de cet accord dispose que

1. Les Parties contractantes coopéreront entre elles et avec les organisations internationales compétentes, dans l'optique de coordonner leurs activités dans le domaine de la conservation de la nature et de la gestion des ressources naturelles, et s'entraideront pour honorer leurs obligations découlant de l'Accord.

2. À cette fin, elles s'efforceront :

[...]

b) dans la mesure du possible, de coordonner leurs activités de recherche ;

[...]

d) d'échanger régulièrement des données, informations et données d'expériences scientifiques et techniques utiles ;

[...]

3. En appliquant les principes de coopération et de coordination énoncés ci-dessus, les Parties contractantes transmettront au Secrétariat :

[...]

b) des renseignements, notamment des rapports et des publications de nature scientifique, administrative ou juridique et, en particulier, des informations sur

– les mesures prises par les Parties pour mettre en œuvre les dispositions de l'Accord ;

[...].

C. Travaux antérieurs de la Commission

68. Les dispositions relatives à la coopération internationale figurant dans les précédents travaux de la Commission doivent également être relevées. L'article 8 (Obligation générale de coopérer) de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation dispose ceci : « Les États du cours d'eau coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale et de l'avantage mutuel en vue de parvenir à l'utilisation optimale et à la protection adéquate du cours d'eau international. » L'article 9 (Échange régulier de données et d'informations) est ainsi conçu :

¹⁷⁹ Cet accord entrera en vigueur après le dépôt du sixième instrument de ratification. Le Brunéi Darussalam, l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, Singapour et la Thaïlande ont signé l'Accord en 1985 et le Myanmar y a adhéré en 1997.

1. En application de l'article 8, les États du cours d'eau échangent régulièrement les données et les informations facilement accessibles sur l'état du cours d'eau, en particulier celles d'ordre hydrologique, météorologique, hydrogéologique et écologique, ainsi que les prévisions s'y rapportant.

2. Si un État du cours d'eau demande à un autre État du cours d'eau de fournir des données ou des informations qui ne sont pas facilement accessibles, cet État s'emploie au mieux de ses moyens à accéder à cette demande, mais il peut subordonner son acquiescement au paiement, par l'État auteur de la demande, du coût normal de la collecte et, le cas échéant, de l'élaboration de ces données ou informations.

3. Les États du cours d'eau s'emploient au mieux de leurs moyens à collecter et, le cas échéant, à élaborer les données et informations d'une manière propre à faciliter l'utilisation par les autres États du cours d'eau auxquelles elles sont communiquées.

69. L'article 4 (Coopération) du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses prévoit que «[l]es États intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une ou de plusieurs organisations internationales compétentes pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum». Aux termes du commentaire correspondant, «[l]e principe de la coopération entre les États est essentiel tant pour définir que pour mettre en œuvre des moyens efficaces de prévenir des dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause d'en réduire le risque au minimum» et «[d]ans le principe 24 de la Déclaration de Stockholm et le principe 7 de la Déclaration de Rio, il est reconnu que l'efficacité de la planification des mesures de protection de l'environnement passe par la coopération»¹⁸⁰.

70. L'article 7 (Obligation générale de coopérer) des articles sur le droit relatif aux aquifères transfrontières¹⁸¹ dispose ce qui suit :

1. Les États de l'aquifère coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, du développement durable, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à une utilisation équitable et raisonnable et à une protection appropriée de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières.

2. Aux fins du paragraphe 1, les États de l'aquifère devraient établir des mécanismes conjoints de coopération.

La deuxième phrase du paragraphe 4 de l'article 17 (Situations d'urgence) est ainsi libellée : « Cette coopération peut comprendre la coordination des opérations

¹⁸⁰ Paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 4, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 167. L'intention initiale du premier Rapporteur spécial, M. Robert Q. Quentin-Baxter, nommé en 1978 pour étudier le sujet de la « responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », était d'établir un régime de responsabilité (*liability*) des États pour faits licites, par opposition au régime de la responsabilité (*responsibility*) des États pour faits illicites. Cependant, le projet s'est progressivement orienté vers la « prévention » des dommages transfrontières et la « coopération » à cette fin quand M. Julio Barboza, en 1985, puis M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, en 1997, lui ont succédé. Voir O'Keefe, « Transboundary pollution and strict liability issue: the work of the International Law Commission on the topic of international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law », p. 178 et suiv. ; Barboza, « International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment ».

¹⁸¹ Résolution 63/124 de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 2008, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 21 à 48.

et communications internationales d'urgence et la mise à disposition de personnel d'urgence, de matériel et de fournitures d'urgence, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire. »

71. L'article 8 (Obligation de coopérer) du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe (provisoirement adopté en première lecture en 2014)¹⁸² prévoit qu'

[e]n application du présent projet d'articles, les États doivent, selon le cas, coopérer entre eux, avec l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales compétentes, la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et le Comité international de la Croix-Rouge, et avec les organisations non gouvernementales pertinentes.

S'agissant des formes de coopération, le projet dispose (à l'article 9) qu'« [a]ux fins du présent projet d'articles, la coopération inclut notamment l'aide humanitaire, la coordination des opérations de secours et communications internationales et la mise à disposition de personnel, d'équipement et de biens de secours et de ressources scientifiques, médicales et techniques ». Enfin, le projet d'article 10 (Coopération en matière de prévention des risques de catastrophe) prévoit que « [l]a coopération porte également sur l'adoption de mesures de nature à prévenir les risques de catastrophe ».

D. Jurisprudence

72. Il convient peut-être ici d'examiner brièvement la jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice concernant l'obligation de coopération internationale. Dans son arrêt rendu en 2010 dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour a insisté sur les liens entre l'obligation d'informer la Commission administrative du fleuve Uruguay (CARU, une organisation internationale), la coopération entre les parties et le devoir de prévention, estimant que « c'est en coopérant que les États concernés peuvent gérer en commun les risques de dommages à l'environnement [...] de manière à prévenir les dommages en question¹⁸³ ». Dans son analyse du contenu précis de l'obligation de coopérer des parties, la Cour a mentionné l'obligation d'informer la CARU, qui « permet [...] de déclencher la coopération entre les Parties, nécessaire pour la mise en œuvre de l'obligation de prévention¹⁸⁴ », et a déclaré que « les obligations d'informer, de notifier et de négocier [...] s'avèrent d'autant plus indispensables lorsqu'il s'agit [...] d'une ressource partagée qui ne peut être protégée que par le biais d'une coopération étroite et continue entre les riverains¹⁸⁵ ». Aux termes de la Cour, « [l]'obligation de notifier est destinée [...] à créer les conditions d'une coopération fructueuse entre les parties leur permettant, sur la base d'une information aussi complète que possible, d'évaluer l'impact du projet sur le fleuve et, s'il y a lieu, de négocier les aménagements nécessaires pour prévenir les préjudices éventuels qu'il pourrait causer¹⁸⁶ ».

¹⁸² *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 64 à 96.

¹⁸³ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* [voir *supra* la note 153], p. 49, par. 77.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 56, par. 102.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 51, par. 81.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 58, par. 113.

73. Par rapport à ceux qui ont été soulevés dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, les problèmes relatifs à l'obligation de coopérer présentaient une plus grande complexité dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenante)]* en 2014¹⁸⁷. Cette affaire portait sur l'obligation pour un État partie (en l'espèce le Japon) de coopérer avec la Commission baleinière internationale. Dans ses observations écrites, la Nouvelle-Zélande a suggéré certains éléments pouvant appuyer l'obligation du Japon de coopérer avec la Commission baleinière internationale et le Comité scientifique, arguant qu'elle pouvait être déduite de l'article 65 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁸⁸, de l'interprétation du paragraphe 30 de l'annexe à la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine¹⁸⁹ ou de l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice en 1980 dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*¹⁹⁰. La Cour a évoqué le devoir de coopérer avec la Commission baleinière internationale et le Comité scientifique¹⁹¹ et, partant, de tenir dûment compte des recommandations de la Commission baleinière internationale¹⁹², mais sans apporter plus de précisions dans son analyse des questions pertinentes. Il semble que la Cour ait simplement déduit l'obligation de coopérer de l'obligation générale des États de coopérer avec les organes créés par les traités auxquels ils sont parties¹⁹³. Pour bien comprendre le sens de cette position, il faut considérer que la Cour a fondé sa décision, tacitement du moins, sur le même raisonnement que celui qu'elle a suivi dans l'avis consultatif rendu dans l'affaire de l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, où elle a estimé qu'« un régime juridique spécial, comportant des droits et des obligations » a été créé sur la base des « relations juridiques entre l'Égypte et l'Organisation [...] dont l'essence même consiste en un ensemble d'obligations réciproques de coopération et de bonne foi »¹⁹⁴. On peut estimer que cette position correspond à la « tendance » du développement du droit international¹⁹⁵, même si, naturellement, il reste à déterminer si la Convention internationale de 1946 pour la réglementation de la chasse à la baleine

peut être considérée comme un instrument évolutif qui justifierait une telle position¹⁹⁶.

E. Le principe de bonne foi

74. Avant de conclure le présent chapitre consacré à l'obligation des États de coopérer, il convient de définir précisément la nature du principe de « bonne foi », qui se trouve au cœur du droit international de la coopération¹⁹⁷. Aujourd'hui, la bonne foi n'est plus un simple principe abstrait ou exclusivement éthique¹⁹⁸. Comme on le sait, dans les affaires de 1973 relatives aux *Essais nucléaires*, la Cour internationale de Justice a affirmé que « [l']un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi » et que « [l]a confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable »¹⁹⁹. Elle a réaffirmé cette position dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, dans laquelle elle a considéré que « le mécanisme de coopération entre États est régi par le principe de la bonne foi »²⁰⁰. Sur le plan de la mise en œuvre des règles internationales, la Cour a précisé que le droit international coutumier codifié à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités – c'est-à-dire le principe *pacta sunt servanda* – « s'appliqu[ait] à toutes les obligations établies par un traité, y compris les obligations de nature procédurale, essentielles à la coopération entre États »²⁰¹.

75. L'accumulation de la pratique des États en la matière et de la jurisprudence des juridictions internationales est venue donner un contenu juridique concret au concept de bonne foi, mettant en évidence le rôle essentiel que joue ce principe dans toutes les phases du cycle du droit international²⁰² : d'abord, au stade de la création des droits et

¹⁸⁷ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenante)]* (voir *supra* la note 124).

¹⁸⁸ Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 94 à 97. Il convient de relever cependant que l'article 65 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer oblige les États à coopérer entre eux « par l'intermédiaire des organisations internationales » et non avec elles.

¹⁸⁹ Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 95; voir également *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenante)]* (note 124 *supra*), opinion dissidente de M^{me} la juge ad hoc Charlesworth (en anglais uniquement), p. 457 et 458, par. 13 et 14.

¹⁹⁰ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980, p. 73.

¹⁹¹ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenante)]* (voir *supra* la note 124), p. 257, par. 83, et p. 297, par. 240.

¹⁹² *Ibid.*, p. 257, par. 83, et p. 269, par. 137.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 257, par. 83.

¹⁹⁴ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte* (voir *supra* la note 190), p. 93, par. 43.

¹⁹⁵ Murase, « Aspects juridiques des régimes environnementaux internationaux : garantir le respect des obligations des traités » (en japonais).

¹⁹⁶ Bien que la Cour ait clairement rejeté l'idée d'une interprétation fondée sur un accord ou une pratique ultérieurs [*Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenante)]*] (voir *supra* la note 124), p. 257, par. 83], ou l'« interprétation évolutive » de la Convention, elle semble s'être contredite en introduisant l'idée d'« instrument en constante évolution » qui a, pour reprendre les mots de la juge Hanqin Xue, eu pour effet de « réduire le champ des possibilités » (*creeping effect*) [ibid., opinion individuelle de M^{me} la juge Xue, p. 423, par. 11].

¹⁹⁷ Grotius a fait observer que « la Fidélité à tenir ce qu'on a promis est le fondement non seulement de tous les États, mais encore de cette grande Société, qui embrasse toutes les Nations. Ôtez la Bonne Foi, il n'y aura plus de commerce entre les Hommes »; ainsi que le remarque Aristote [De Jure Belli ac Pacis (*Le droit de la guerre et de la paix*), tome second, livre troisième, p. 998]. Voir également O'Connor, *Good Faith in International Law*, p. 56 et suiv., particulièrement p. 81 à 106; Murase, « La fonction du principe de bonne foi dans les différends internationaux : les revendications des États parties dans les régimes internationaux » (en japonais), p. 569 à 595, et, *ibid.*, en chinois (traduit par Yihe Qin), p. 267 à 279.

¹⁹⁸ Voir Verdross, *Völkerrecht*, p. 131 et 132; Verdross et Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, p. 46 à 48.

¹⁹⁹ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt (voir *supra* la note 109), p. 268, par. 46. Voir également l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 69, à la page 105, par. 94.

²⁰⁰ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* [voir *supra* la note 153], p. 67, par. 145.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Voir Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, p. 68, 112 et 113.

obligations internationaux²⁰³; ensuite, à celui de l'interprétation et de l'application des règles internationales²⁰⁴; enfin, à celui de la mise en œuvre de ces dernières par les États²⁰⁵. Le principe de bonne foi devrait donc contribuer à garantir la cohérence et l'unité de l'ordre juridique dans une communauté internationale composée d'États aux valeurs différentes et aux intérêts divergents²⁰⁶.

76. Alors que la communauté internationale est de plus en plus fonctionnellement intégrée, au point de mettre en

²⁰³ Voir *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt (note 109 *supra*), p. 473, par. 49, où la Cour a déclaré ceci: «Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi.»

²⁰⁴ Le rôle de la bonne foi dans l'interprétation et l'application des traités est bien connu et consacré au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir, en détail, Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, p. 137 et suiv.; Sinclair, *The Vienna Convention of the Law of Treaties*, p. 119 et 120; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 147 à 161.

²⁰⁵ En ce qui concerne l'application, un exemple typique de disposition relative à la bonne foi est l'article 300 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Trois dimensions doivent être prises en considération: a) la négociation et la consultation de bonne foi [par exemple: *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 64), p. 46 et 47, par. 85; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 33, par. 78; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 175, à la page 202, par. 70; *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. 112]; b) l'interdiction de l'abus de droit (voir *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); et c) l'application d'un régime de bonne foi [par exemple, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte* (voir *supra* la note 190), p. 96, par. 49].

²⁰⁶ Kolb, *La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit*, p. 685 et 686. Schwarzenberger, dans *The Dynamics of International Law*, a observé que les règles relatives à la bonne foi remplissaient une fonction de relativisation: elles transforment des droits juridiques absolus en droits relatifs derrière des façades quasi juridiques ou quasi logiques, elles limitent la marge d'appréciation des tribunaux et contribuent à la croissance interne des règles de droit international. Plus clairement que toutes les autres règles, les règles relatives à l'interprétation des traités et à la responsabilité internationale témoignent de cette fonction dynamique de la bonne foi dans le système du droit international (p. 71).

place un régime international pour atteindre des objectifs spécifiques, les États parties à un traité doivent remplir leur obligation de coopérer de bonne foi avec les autres États parties et les organisations internationales compétentes. Concrètement, l'obligation de bonne foi était un élément pris en considération en 1980 déjà, quand la Cour internationale de Justice a déclaré, dans son avis consultatif sur l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, que «la considération primordiale [...] [devait] être dans tous les cas [l']évidente obligation de coopérer de bonne foi pour servir les buts et objectifs [du régime]²⁰⁷». S'il est peut-être encore trop tôt, en matière de protection de l'atmosphère, pour envisager un régime international solide où un État partie devrait se conformer à cette obligation en tant qu'«acteur» du régime, il semble néanmoins que la communauté internationale se dirige progressivement vers l'application du principe de bonne foi dans ce domaine comme dans d'autres²⁰⁸. De toutes les considérations qui précèdent, il résulte que le principe de bonne foi est considéré comme l'un des principes fondamentaux du droit international moderne et que sa valeur intrinsèque et sous-jacente est essentielle pour assurer les fondements de la coopération internationale.

77. Au vu de ce qui précède, le projet de directive suivant est proposé:

«Projet de directive 5. Coopération internationale

«a) Les États ont l'obligation de coopérer de bonne foi entre eux et avec les organisations internationales compétentes pour protéger l'atmosphère.

«b) Les États sont encouragés à coopérer au développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la dégradation de l'atmosphère. Cette coopération pourra prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint.»

²⁰⁷ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte* (voir *supra* la note 190), p. 96, par. 49.

²⁰⁸ Murase, *Formation du droit international et les sources du droit international* (en japonais), p. 575, et, *ibid.*, en chinois, p. 272.

CHAPITRE VI

Conclusion

78. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial a voulu présenter les projets de directives générales sur la définition et la portée des directives, ainsi que trois projets de directive sur les principes fondamentaux relatifs à la protection de l'atmosphère. (Les trois projets de directive sont reproduits à l'annexe.) Bien établis dans la pratique des États, ces trois principes fondamentaux – préoccupation commune de l'humanité, obligation générale des États de protéger l'atmosphère, coopération internationale – sont essentiellement interdépendants et forment une trinité. Comme le Rapporteur spécial l'a souligné dans son premier rapport, et comme l'ont relevé les membres de la Commission, le rôle fondamental de la Commission est d'analyser les problèmes soulevés par les régimes spécifiques, tels que le droit international de l'environnement,

du point de vue du droit international général²⁰⁹. Dans son troisième rapport, en 2016, le Rapporteur spécial conservera la même approche pour étudier les principes fondamentaux restants, à savoir le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*, le principe de développement durable et le principe d'équité.

79. Le Rapporteur spécial a présenté le contenu du futur programme de travail dans son premier rapport²¹⁰. Les membres de la Commission ayant manifesté leur souhait de disposer d'un programme plus détaillé, s'étendant

²⁰⁹ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/667, p. 261 et 262, par. 17 et 18.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 287, par. 92.

au-delà du mandat quinquennal en cours, une description du programme à partir de 2016 est proposée ci-dessous. Le Rapporteur spécial espère que les travaux portant sur ce sujet seront terminés d'ici à 2020.

TROISIÈME RAPPORT (2016)

Partie III. Principes fondamentaux (*suite*)

Projet de directive 6 : Principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*

Projet de directive 7 : Principe de développement durable (utilisation de l'évaluation de l'impact sur l'atmosphère et l'environnement)

Projet de directive 8 : Principe d'équité

Projet de directive 9 : Circonstances particulières et vulnérabilité

QUATRIÈME RAPPORT (2017)

Partie IV. Prévention et principe de précaution

Projet de directive 10 : Prévention

Projet de directive 11 : Diligence due

Projet de directive 12 : Principe de précaution

CINQUIÈME RAPPORT (2018)

Partie V. Rapports avec d'autres branches applicables du droit international

Projet de directive 13 : Principes régissant les rapports avec les autres branches du droit international

Projet de directive 14 : Droit de la mer

Projet de directive 15 : Droit commercial international

Projet de directive 16 : Droit international des droits de l'homme

SIXIÈME RAPPORT (2019)

Partie VI. Respect des dispositions et règlement des différends

Projet de directive 17 : Respect des dispositions et mise en œuvre

Projet de directive 18 : Règlement des différends

Projet de préambule

Achèvement de la première lecture du projet de directives

SEPTIÈME RAPPORT (2020)

Seconde lecture du projet de directives

ANNEXE

Projet de directives

PARTIE I. DIRECTIVES GÉNÉRALES

Projet de directive 1. Définitions

Aux fins des présentes directives,

a) on entend par « atmosphère » l'enveloppe gazeuse qui entoure la terre, au sein de laquelle sont transportées et propagées des substances de dégradation ;

b) on entend par « pollution atmosphérique » l'introduction dans l'atmosphère par l'activité humaine, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie ayant une action nocive sur la vie et la santé de l'homme et sur l'environnement naturel de la terre ;

c) par « dégradation atmosphérique », on entend la pollution atmosphérique, l'appauvrissement de l'ozone atmosphérique, les changements climatiques et toute autre altération des conditions atmosphériques ayant une action nocive sur la vie et la santé de l'homme et sur l'environnement naturel de la terre.

[D'autres définitions seront proposées ultérieurement.]

Projet de 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 avec les autres branches applicables du droit international.

c) Rien dans les présentes directives ne vient remettre en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international applicable.

PARTIE II. PRINCIPES FONDAMENTAUX

Projet de directive 3. Préoccupation commune de l'humanité

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. La dégradation des conditions atmosphériques constitue donc une préoccupation commune de l'humanité.

Projet de directive 4. Obligation générale des États de protéger l'atmosphère

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère.

Projet de directive 5. Coopération internationale

a) Les États ont l'obligation de coopérer de bonne foi entre eux et avec les organisations internationales compétentes pour protéger l'atmosphère.

b) Les États sont encouragés à coopérer ensemble au développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la dégradation de l'atmosphère. Cette coopération pourra prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint.

CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

[Point 10 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/680*

Premier rapport sur les crimes contre l'humanité, par M. Sean D. Murphy, Rapporteur spécial**

[Original: anglais]
[17 février 2015]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	226
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	228
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-9 233
A. Inscription du sujet au programme de travail de la Commission.....	1 233
B. Objet et structure du présent rapport.....	2-9 233
<i>Chapitres</i>	
I. POURQUOI UNE CONVENTION SUR LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ ?.....	10-26 234
A. Objectifs d'une convention sur les crimes contre l'humanité.....	10-15 234
B. Réactions des États.....	16-19 235
C. Relation entre une convention relative aux crimes contre l'humanité et d'autres traités, dont le Statut de Rome.....	20-26 236
II. GÉNÉRALITÉS CONCERNANT LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ.....	27-64 238
A. Notion de crimes contre l'humanité.....	27-28 238
B. Historique de l'interdiction des crimes contre l'humanité.....	29-39 238
C. Les crimes contre l'humanité devant les juridictions internationales et spéciales.....	40-51 242
D. Les crimes contre l'humanité en droit interne.....	52-64 246
III. CONVENTIONS MULTILATÉRALES FAVORISANT LA PRÉVENTION DE LA CRIMINALITÉ, L'INCRIMINATION ET LA COOPÉRATION INTERÉTATIQUE EN LA MATIÈRE.....	65-77 248
A. Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948.....	66-68 249
B. Conventions de Genève de 1949 et Protocole additionnel I.....	69-72 249
C. Autres conventions pouvant être considérées comme pertinentes.....	73-77 250
IV. PRÉVENTION ET RÉPRESSION DES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ.....	78-120 251
A. Obligation de prévenir les crimes contre l'humanité.....	85-110 252
1. Traités.....	85-88 252
2. Observations des organes conventionnels.....	89-93 254
3. Résolutions des Nations Unies.....	94 256
4. Jurisprudence.....	95-105 256
5. Publicistes.....	106-110 258

* Incorporant le document A/CN.4/680/Corr.1.

** Le Rapporteur spécial tient à remercier Daniel Aum, Jennifer Babaie, Gwendelynn Bills, Arturo Carrillo, Túlio Di Giacomo Toledo, Anne Dienelt, Joshua Doherty, Sarah Freuden, Beatrice Gatti, Caitlin Johnson, Larry Johnson, Annalise Nelson, Darryl Robinson, Leila Sadat, Elizabeth Santalla, Herb Somers, Jennifer Summerville, Larissa van den Herik, Beth Van Schaack, Laura Withers et la George Washington University Human Rights Clinic pour l'aide précieuse qu'ils lui ont apportée dans l'élaboration du présent rapport.

Chapitres	Paragraphes	Pages
B. Obligation de prévenir et de punir les crimes contre l'humanité	111-119	259
1. Obligation générale de prévenir et de punir	112-113	259
2. Mesures spéciales de prévention	114-117	260
3. Clause de non-dérogação	118-119	260
C. Projet d'article 1 : Prévention et répression des crimes contre l'humanité.....	120	261
V. DÉFINITION DES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ.....	121-177	261
A. Attaque « généralisée ou systématique ».....	125-132	262
B. « Lancée contre toute population civile ».....	133-144	265
C. Acteurs non étatiques.....	145-150	268
D. « En connaissance de cette attaque ».....	151-152	270
E. Types d'actes prohibés.....	153-175	271
F. Projet d'article 2 : Définition des crimes contre l'humanité	176-177	276
VI. PROGRAMME DE TRAVAIL FUTUR	178-182	277
ANNEXE. Avant-projet d'articles		279

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Conventions de La Haye de 1899 et 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre : Convention II (La Haye, 29 juillet 1899) et Convention IV (La Haye, 18 octobre 1907) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre	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.
Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919]	H. Triepel, <i>Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du Grand Recueil de G. Fr. de Martens</i> , troisième série, t. XI, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, p. 323.
Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Autriche (Traité de paix de Saint-Germain-en-Laye) [Saint-Germain-en-Laye, 10 septembre 1919]	Ibid., p. 691.
Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et la Bulgarie (Traité de Neuilly-sur-Seine) [Neuilly-sur-Seine, 27 novembre 1919]	Ibid., 1923, t. XII, p. 323.
Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et la Hongrie (Traité de Trianon) [Trianon, 4 juin 1920]	Ibid., p. 423.
Traité de paix (entre l'Empire britannique, la France, l'Italie, le Japon, la Grèce, la Roumanie, l'État Serbe-Croate-Slovène, et la Turquie) [Traité de Lausanne] (Lausanne, 24 juillet 1923)	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 28, p. 11.
Statut du Tribunal militaire international (Statut du Tribunal de Nuremberg), annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Londres, 8 août 1945) et Protocole rectifiant le texte du Statut (Berlin, 6 octobre 1945)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 82, n° 251, p. 285. Pour le texte du Protocole rectifiant le texte du Statut, voir <i>Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international</i> , Nuremberg, 1947, tome 1, p. 20.
Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tokyo, 19 janvier 1946)	Reproduit dans <i>Documents on American Foreign Relations</i> , vol. VIII, Princeton University Press, 1948, p. 354.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n° 1021, p. 277.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, n° 970 à 973, p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Convention I)	Ibid., 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 (Convention II)	Ibid., vol. 75, n° 971, p. 85.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Convention III)	Ibid., vol. 75, n° 972, p. 135.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV)	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]	Ibid., vol. 1125, n° 17512, p. 3.

Sources

- 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° 17513, p. 609.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950] Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
- Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (Genève, 7 septembre 1956) Ibid., vol. 266, n° 3822, p. 3.
- 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.
- Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (New York, 26 novembre 1968) Ibid., vol. 754, n° 10823, p. 73.
- Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) [San José, 22 novembre 1969] Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
- Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971) Ibid., vol. 974, n° 14118, p. 177.
- Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973) Ibid., vol. 1015, n° 14861, p. 243.
- 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 européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (Strasbourg, 25 janvier 1974) Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 82.
- Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1316, n° 21931, p. 205.
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979) Ibid., vol. 1249, n° 20378, p. 13.
- 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.
- Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 18 décembre 2002) Ibid., vol. 2375, n° 24841, p. 237.
- Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture [Carthagène des Indes (Colombie), 9 décembre 1985] Organisation des États américains, *Treaty Series*, n° 67.
- Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, n° 27531, p. 3.
- Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes [Belém do Pará (Brésil), 9 juin 1994] Organisation des États américains, *Official documents*, OEA/Ser.A/55.
- Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 9 décembre 1994) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2051, n° 35457, p. 363.
- Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997) Ibid., vol. 2149, n° 37517, p. 256.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998) Ibid., vol. 2187, n° 38544, p. 3.
- Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (New York, 15 novembre 2000) Ibid., vol. 2225, n° 39574, p. 209.
- Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (New York, 15 novembre 2000) Ibid., vol. 2237, n° 39574, p. 319.
- Protocole sur la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination (Nairobi, 29 novembre 2006) Disponible à l'adresse suivante : www.icglr.org/index.php/en/the-pact.
- Pacte sur la sécurité, la stabilité et le développement dans la région des Grands Lacs (Nairobi, 15 décembre 2006) ILM, vol. 46 (2007), p. 175. Pour le texte tel que modifié en 2012, voir à l'adresse suivante : www.icglr.org/images/Pact%20amended%202012%20French%20version1.pdf.
- Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (New York, 20 décembre 2006) Résolution 61/177 de l'Assemblée générale, annexe.
- Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Istanbul, 11 mai 2011) Conseil de l'Europe, *Série des Traités du Conseil de l'Europe*, n° 210.
- Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo) [Malabo, 27 juin 2014] Disponible à l'adresse suivante : www.au.int/fr/treaties.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ACQUAVIVA, Guido, et Fausto POCAR
«Crimes against humanity», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 855.
- ADAMS, Sandra
Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht, Berlin, Duncker and Humblot, 2013.
- AKHAVAN, Payam
«The universal repression of crimes against humanity before national jurisdictions: the need for a treaty-based obligation to prosecute», dans L. N. Sadat (dir. publ.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 28 à 42.
- ALJIA FERNÁNDEZ, Rosa Ana
La persecución como crimen contra la humanidad, Barcelone, Universitat de Barcelona, 2011.
- ALVAREZ, Alejandro E.
«The implementation of the ICC Statute in Argentina», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), p. 480 à 492.
- AMATI, Enrico
«I crimini contro l'umanità», dans E. Amati *et al.* (dir. publ.), *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, 2^e éd., Milan, Giuffrè, 2010, p. 411.
- AMBOS, Kai
Estudios de derecho penal internacional, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- AMBOS, Kai, et Steffen WIRTH
«The current law of crimes against humanity: an analysis of UNTAET Regulation 15/2000», *Criminal Law Forum*, vol. 13 (2002), p. 1 à 90.
«El derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad», dans K. Ambos (dir. publ.), *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 167.
- AMNESTY INTERNATIONAL
Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World, 2011.
- ARENDET, Hannah
Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil, éd. rév., New York, Penguin, 1994.
- ARONÉANU, Eugène
Le crime contre l'humanité, Toulouse, Dalloz, 1961.
- BAADE, Hans W.
«The Eichmann trial: some legal aspects», *Duke Law Journal*, vol. 10 (1961), p. 400 à 420.
- BADAR, Mohamed Elewa
«From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity», *San Diego International Law Journal*, vol. 5 (2004), p. 73 à 144.
- BASSIOUNI, M. Cherif
«“Crimes against humanity”: the need for a specialized convention», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31 (1994), p. 457 à 494.
Crimes against Humanity in International Law, 2^e éd. rév., La Haye, Kluwer Law International, 1999.
«World War I: “The war to end all wars” and the birth of a handicapped international criminal justice system», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 30 (2002), p. 244 à 291.
«Crimes against humanity: the case for a specialized convention», *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9 (2010), p. 575 à 594.
Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- «Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining — the need for a specialized convention», dans L. N. Sadat (dir. publ.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 43 à 58.
- BAXTER, R. R.
«Multilateral treaties as evidence of customary international law», *The British Year Book of International Law 1965-66*, vol. 41, p. 275 à 300.
- BAZELAIRE, Jean-Paul, et Thierry CRETIN
La justice pénale internationale, son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- BECKER, Astrid
Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit – Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts, Berlin, Duncker and Humblot, 1996.
- BEN-NAFTALI, Orna
«The obligation to prevent and punish genocide», dans P. Gaeta, *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 27 à 57.
- BERGSMO, Morten, Mads HARLEM, et Nuobo HAYASHI (dir. publ.)
Importing Core International Crimes into National Law, 2^e éd., Oslo, Torkel Opsahl, 2010.
- BERGSMO, Morten, et SONG Tianying (dir. publ.)
On the Proposed Crimes against Humanity Convention, Bruxelles, Torkel Opsahl, 2014.
- BETTATI, Mario
«Le crime contre l'humanité», dans H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet (dir. publ.), *Droit international pénal*, 2^e éd. rév., Paris, Pedone, 2012, p. 103 à 124.
- BOISTER, Neil, et Robert CRYER
The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- BOSLY, Henri D., et Damien VANDERMEERSCH
Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice: les juridictions internationales et les tribunaux nationaux, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012.
- BRAND, James T.
«Crimes against humanity and the Nürnberg trials», *Oregon Law Review*, vol. 28 (1949), p. 93 à 119.
- BURGERS, J. Herman, et Hans DANELIUS
The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.
- CAPELLÀ I ROIG, Margalida
La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- CAPUS, Nadja
«Die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschheit nach schweizerischem und nach internationalem Recht», *Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis*, vol. 24 (2006), p. 247 à 254.
- CASSESE, Antonio
«Crimes against humanity», dans A. Cassese, P. Gaeta et J. R. W. D. Jones (dir. publ.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 353 à 378.
International Criminal Law, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008.

- CASSESE, Antonio, et Mireille DELMAS-MARTY (dir. publ.)
Juridictions nationales et crimes internationaux, Paris, Presses universitaires de France, 2002.
- CERONE, John
 «The jurisprudential contributions of the ICTR to the legal definition of crimes against humanity. The evolution of the nexus requirement», *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 14 (2008), p. 191 à 202.
- CHALANDON, Sorj, et Pascale NIVELLE
Crimes contre l'humanité: Barbie, Touvier, Bousquet, Papon, Paris, Plon, 1998.
- CHESTERMAN, Simon
 «An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 10 (2000), p. 307 à 344.
- CLARK, Roger S.
 «Crimes against humanity at Nuremberg», dans G. Ginsburgs et V. N. Kudriavtsev (dir. publ.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, p. 177 à 198.
 «Crimes against humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court», dans R. S. Clark, F. Feldbrugge et S. Pomorski (dir. publ.), *International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in Honor of George Ginsburgs*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, p. 139 à 156.
 «History of efforts to codify crimes against humanity», dans L. N. Sadat (dir. publ.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 8 à 27.
- COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LES CRIMES DE GUERRE
History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1948.
- CURRAT, Philippe
Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- CURRIE, Robert J., et Joseph RIKHOF
International and Transnational Criminal Law, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2014.
- DAUTRICOURT, Joseph Y.
 «Crime against humanity: European views on its conception and its future», *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 40 (1949-1950), p. 170 à 380.
- DEGUZMAN, Margaret M.
 «The road from Rome: the developing law of crimes against humanity», *Human Rights Quarterly*, vol. 22 (2000), p. 335 à 403.
 «Crimes against humanity», dans B. S. Brown (dir. publ.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Cheltenham, Edgar Elgar, 2011, p. 62 à 83.
- DELMAS-MARTY, Mireille
 «Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 11 (1994), p. 477 à 490.
- DELMAS-MARTY, Mireille, et al.
Le crime contre l'humanité, Paris, Presses universitaires de France, 2009.
- DHENA, Pétilon Muyambi
Droit d'ingérence humanitaire et normes internationales impératives. Essai sur les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de génocide, Paris, L'Harmattan, 2012.
- DINSTEIN, Yoram
 «Crimes against humanity», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honor of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 891 à 908.
- DONAT-CATTIN, David
 «A general definition of crimes against humanity under international law», *Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, vol. 8 (1999), p. 83.
- DONDÉ MATUTE, J.
 «Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», dans C. Steffen (dir. publ.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 2, p. 205 à 228, Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.
Tipos penales en el ámbito internacional, 2^e éd., Mexico, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2012, p. 97.
- DORIA, José
 «Whether crimes against humanity are backdoor war crimes», dans J. Doria, H.-P. Gasser et M. C. Bassiouni (dir. publ.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, p. 645 à 660.
- DU PLESSIS, Max
 «South Africa's implementation of the ICC Statute — an African example», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), p. 460 à 479.
- EBOE-OSUI, Chile
 «Crimes against humanity: directing attacks against a civilian population», *African Journal of Legal Studies*, vol. 2 (2008), p. 118 à 129.
- ECONOMIDES, Constantin P.
 «Content of the obligation: obligations of means and obligations of result», dans J. Crawford et al. (dir. publ.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 371.
- EL ZEIDY, Mohamed M.
The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008.
- ESER, Albin, et al. (dir. publ.)
National Prosecution of International Crimes, 6 vol., Fribourg, Max Planck Institute, 2003-2006.
- FAWCETT, J. E. S.
 «The Eichmann case», *The British Year Book of International Law* 1962, vol. 38, p. 181 à 215.
- FERSTMAN, Carla J.
 «Domestic trials for genocide and crimes against humanity: the example of Rwanda», *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 9 (1997), p. 857 à 877.
- FOCARELLI, Carlo
Diritto Internazionale, vol. I: *Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, 2^e éd., Padoue, CEDAM, 2012.
- FOURNET, Caroline
Genocide and Crimes against Humanity — Misconceptions and Confusion in French Law and Practice, Oxford, Hart, 2013.
- GAETA, Paola
 «On what conditions can a State be held responsible for genocide?», *EJIL*, vol. 18 (2007), p. 631.
- GAETA, Paola (dir. publ.)
The UN Genocide Convention: A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- GARCÍA FALCONÍ, Ramiro
 «The codification of crimes against humanity in the domestic legislation of Latin American States», *International Criminal Law Review*, vol. 10 (2010), p. 453 à 459.

GARIBIAN, Sévane

Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'État moderne. Naissance et consécration d'un concept, Genève, Schulthess, 2009.

GERAS, Norman

Crimes against Humanity: Birth of a Concept, Manchester, Manchester University Press, 2011.

GIL GIL, Alicia

El genocidio y otros crímenes internacionales, Valence, UNED, 1999.

«Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 112 (2000), p. 381 à 397.

«Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de "los Elementos de los Crímenes"», dans K. Ambos (dir. publ.), *La Nueva Justicia Penal Supranacional: Desarrollos Post-Roma*, Valence, Tirant lo Blanch, 2002, p. 65 à 104.

GRAVEN, Jean

«Les crimes contre l'humanité», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950-I*, t. 76, p. 433 à 605.

GREPPI, Edoardo

I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale, Turin, UTET, 2001.

HALL, Christopher K., et al.

«Article 7: Crimes against humanity», dans O. Triffterer (dir. publ.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2^e éd., Munich, C. H. Beck, 2008, p. 159 à 274.

HALLING, Matt

«Push the envelope — watch it bend: removing the policy requirement and extending crimes against humanity», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 (2010), p. 827 à 845.

HANSEN, Thomas Obel

«The policy requirement in crimes against humanity: lessons from and for the case of Kenya», *George Washington University International Law Review*, vol. 43 (2011), p. 1 à 42.

HELLER, Kevin Jon

The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2011.

HUNEUS, Alexandra

«International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the human rights bodies», *AJIL*, vol. 107 (2013), p. 1 à 44.

HWANG, Phyllis

«Defining crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court», *Fordham International Law Journal*, vol. 22 (1998), p. 457 à 504.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW CLINIC, GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY LAW SCHOOL

«Comparative law study and analysis of national legislation relating to crimes against humanity and extraterritorial jurisdiction», 2013. Actualisée et réimprimée en partie dans A. J. Carrillo et A. K. Nelson, «Comparative law study and analysis of national legislation relating to crimes against humanity and extraterritorial jurisdiction», *George Washington International Law Review*, vol. 46 (2014), p. 481 à 530.

JALLOH, Charles Chernor

«Case report: situation in the Republic of Kenya», *AJIL*, vol. 105 (2011), p. 540 à 546.

«What makes a crime against humanity a crime against humanity», *American University International Law Review*, vol. 28 (2013), p. 381 à 442.

JALLOH, Charles Chernor, et Simon M. MEISENBERG (dir. publ.)

The Law Reports of the Special Court for Sierra Leone, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012.

JOHNSON, D. H. N.

«The draft code of offences against the peace and security of mankind», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 4 (1955), p. 445 à 468.

JUROVICS, Yann

Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité, Paris, LGDJ, 2002.

KIRSCH, Stefan

Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Francfort, Peter Lang, 2009.

«Two kinds of wrong: on the context element of crimes against humanity», *Leiden Journal of International Law*, vol. 22 (2009), p. 525 à 541.

KITTICHAISAREE, Kriangsak

International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2001.

KLEFFNER, Jann K.

«The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003), p. 86 à 103.

Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions, Oxford, Oxford University Press, 2008.

KOLB, Robert

«The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes», *The British Year Book of International Law 2000*, vol. 71, p. 259 à 315.

«The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes (2000-2004)», *The British Year Book of International Law 2004*, vol. 75, p. 269 à 335.

«The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes (2004-2013)», *The British Year Book of International Law 2014*, vol. 84, p. 131 à 186.

KRESS, Claus

«On the outer limits of crimes against humanity: the concept of organization within the policy requirement: some reflections on the March 2010 ICC Kenya decision», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 (2010), p. 855 à 873.

KRIEBAUM, Ursula

«Prevention of human rights violations», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), p. 155 à 190.

KUSCHNIK, Bernhard

«The legal findings of crimes against humanity in the *Al-Dujail* judgments of the Iraqi High Tribunal: a forerunner for the ICC?», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7 (2008), p. 459 à 484.

Der Gesamtatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit: Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen, Berlin, Duncker and Humblot, 2009.

LAFONTAINE, Fannie

«Parties to offences under the Canadian Crimes against Humanity and War Crimes Act: an analysis of principal liability and complicity», *Les cahiers de droit*, vol. 50 (2009), p. 967 à 1014.

LATTIMER, Mark, et Philippe SANDS (dir. publ.)

Justice for Crimes against Humanity, Oxford, Hart, 2003.

LAUTERPACHT, Elihu

The Life of Hersch Lauterpacht, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

- LEE, Roy S. K., *et al.* (dir. publ.)
The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence. Ardsley, New York, Transnational, 2001.
- LIPPMAN, Matthew
 «Crimes against humanity», *Boston College Third World Law Journal*, vol. 17 (1997), p. 171 à 274.
- LÓPEZ GOLDARACENA, Oscar A.
Derecho internacional y crímenes contra la humanidad, 3^e éd., Montevideo, Asociación Americana de Juristas, 2006.
- LUBAN, David
 «A theory of crimes against humanity», *Yale Journal of International Law*, vol. 29 (2004), p. 85 à 168.
- MACLEOD, Christopher
 «Towards a philosophical account of crimes against humanity», *EJIL*, vol. 21 (2010), p. 281 à 302.
- MANSFIELD, Leslie
 «Crimes against humanity: reflections on the fiftieth anniversary of Nuremberg and a forgotten legacy», *Nordic Journal of International Law*, vol. 64 (1995), p. 293 à 342.
- MANSKE, Gisela
Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit, Berlin, Duncker and Humblot, 2003.
- MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen
El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad, Séville, Universidad de Sevilla, 2008.
- MAY, Larry
Crimes against Humanity: A Normative Account, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- MCCORMACK, Timothy L. H.
 «Crimes against humanity», dans D. McGoldrick, P. Rowe et E. Donnelly (dir. publ.), *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Oxford, Hart, 2004, p. 179 à 202.
- MERON, Theodor
 «The Martens clause, principles of humanity, and dictates of public conscience», *AJIL*, vol. 94 (2000), p. 78 à 89.
- MESEKE, Stephan
 «La contribution de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité», dans M. Chiavario (dir. publ.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milan, Giuffrè Editore, 2003, p. 173 à 222.
Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes. Eine völkerstrafrechtliche Analyse, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.
- METTRAUX, Guénaël
 «Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda», *Harvard International Law Journal*, vol. 43 (2002), p. 237 à 316.
 «The definition of crimes against humanity and the question of a "policy" element», dans L. N. Sadat (dir. publ.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 142 à 176.
- MILLER, Robert H.
 «The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity», *AJIL*, vol. 65 (1971), p. 476 à 501.
- MOIR, Lindsay
 «Crimes against humanity in historical perspective», *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3 (2006), p. 101 à 130.
- MORLACHETTI, Alejandro
 «Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad», dans H. J. Romero Villanueva, *La Prescripción Penal*, Gerli, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 137 à 196.
- NOWAK, Manfred, et Elizabeth McARTHUR
The United Nations Convention against Torture: A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- OLSON, Laura M.
 «Re-enforcing enforcement in a specialized convention on crimes against humanity: inter-State cooperation, mutual legal assistance, and the *aut dedere aut judicare* obligation», dans L. N. Sadat (dir. publ.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 323 à 344.
- OOSTERVELD, Valerie L.
 «The making of a gender-sensitive International Criminal Court», *International Law Forum du Droit International*, vol. 1 (1999), p. 38 à 41.
 «Gender-based crimes against humanity», dans L. N. Sadat (dir. publ.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 78 à 101.
- PALOMBINO, Fulvio Maria
 «The overlapping between war crimes and crimes against humanity in international criminal law», *Italian Yearbook of International Law*, vol. 12 (2002), p. 123 à 148.
- PARENTI, Pablo F., Leonardo FILIPPINI, et Hernán L. FOLGUEIRO (dir. publ.)
Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- PICTET, Jean (dir. publ.)
Les Conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaire, vol. IV, Genève, CICR, 1956.
- PIQUÉ, María Luisa
 «Beyond territory, jurisdiction, and control: towards a comprehensive obligation to prevent crimes against humanity», dans M. Bergsmo et T. Song (dir. publ.), *On the Proposed Crimes against Humanity Convention*, Bruxelles, Torkel Opsahl, 2014, p. 135.
- RAMCHARAN, Bertrand
The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2011.
- RAMELLA, Pablo A.
Crímenes contra la humanidad, Buenos Aires, Depalma, 1986.
Crimes contra a humanidade, Fernando Pinto (trad.), Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- REIGER, Caitlin, et Marieke WIERDA
 «The serious crimes process in Timor-Leste: in retrospect», New York, International Center for Transitional Justice, 2006.
- RICCI, Benjamin
Crimes against Humanity: A Historical Perspective, New York, iUniverse, 2004.
- RICHARD, Guy (dir. publ.)
L'histoire inhumaine: massacres et génocides des origines à nos jours, Paris, Armand Colin, 1992.
- ROBERGE, Marie-Claude
 «Compétence des Tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda concernant les crimes contre l'humanité et le crime de génocide», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 828 (1997), p. 695.
- ROBINSON, Darryl
 «Defining "crimes against humanity" at the Rome Conference», *AJIL*, vol. 93 (1999), p. 43 à 56.

- «The draft convention on crimes against humanity: what to do with the definition?», dans M. Bergsmo et T. Song (dir. publ.), *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Bruxelles, Torkel Opsahl, 2014, p. 103 à 134.
- «The elements for crimes against humanity», dans R. S. Lee (dir. publ.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, Transnational, 2001, p. 57 à 79.
- «Crimes against humanity: a better policy on “policy”», dans C. Stahn (dir. publ.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 705 à 731.
- ROMERO MENDOZA, Alfredo (dir. publ.)
Crímenes de lesa humanidad: un enfoque venezolano, Caracas, El Nacional, 2004.
- ROSCINI, Marco
«Great expectations — the implementation of the Rome Statute in Italy», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), p. 493 à 512.
- SADAT, Leila
«The interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: from Touvier to Barbie and back again», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 32 (1994), p. 289 à 380.
«Crimes against humanity in the modern age», *AJIL*, vol. 107 (2013), p. 334 à 377.
- SADAT, Leila (dir. publ.)
Forging a Convention for Crimes against Humanity, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- SALMON, Jean
«Duration of the breach», dans J. Crawford *et al.* (dir. publ.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 383.
- SCHABAS, William A.
The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
«State policy as an element of international crimes», *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98 (2008), p. 953 à 982.
Genocide in International Law: The Crime of Crimes, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
«Prosecuting Dr. Strangelove, Goldfinger, and the Joker at the International Criminal Court: closing the loopholes», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 (2010), p. 847 à 853.
The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SCHARF, Michael P.
«The Iraqi High Tribunal: a viable experiment in international justice?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), p. 258 à 263.
- SCHWARZENBERGER, Georg
«The *Eichmann* judgment», *Current Legal Problems*, vol. 15 (1962), p. 248 à 266.
- SCHWELB, Egon
«Crimes against humanity», *The British Year Book of International Law 1946*, vol. 23, p. 178 à 226.
- SEIBERT-FOHR, Anja
«The ICJ judgment in the Bosnian Genocide case and beyond: a need to reconceptualise?», dans C. Safferling et E. Conze (dir. publ.), *The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010, p. 245 à 258.
- SHELTON, Dinah L. (dir. publ.)
Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity, Farmington Hills, Michigan, Macmillan Reference, 2005.
- SIMMA, Bruno
«Genocide and the International Court of Justice», dans C. Safferling et E. Conze (dir. publ.), *The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010, p. 259 à 274.
- SLUITER, Göran
«“Chapeau elements” of crimes against humanity in the jurisprudence of the UN ad hoc tribunals», dans L. N. Sadat (dir. publ.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 102 à 141.
- SLYE, Ronald C.
«Refugee jurisprudence, crimes against humanity, and customary international law», A. F. Bayefsky (dir. publ.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers. Essays in Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006, p. 249 à 268.
- ŠTURMA, Pavel
«K návrhu Kodexu zločinů proti míru a bezpečnosti lidstva», *Právník*, vol. 128 (1989), p. 879 à 892.
- TAMS, Christian
«Article I», dans C. Tams, L. Berster et B. Schiffbauer (dir. publ.), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*, Munich, C. H. Beck, 2014, p. 33 à 78.
- TAMS, Christian, Lars BERSTER, et Björn SCHIFFBAUER (dir. publ.)
Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary, Munich, C. H. Beck, 2014.
- TAYLOR, Telford
Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council Law No. 10, Washington, U.S. Government Printing Office, 1949.
- VALENCIA VILLA, Alejandro
«Los crímenes de lesa humanidad: su calificación en América Latina y algunos comentarios en el caso colombiano», dans H. Olásolo Alonso et S. Cuenca Curbelo (dir. publ.), *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional*, Valence, Tirant lo Blanch, 2012, vol. I, p. 119 à 126.
- VAN DEN HERIK, Larissa
The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005.
«The Dutch engagement with the project of international criminal justice», *Netherlands International Law Review*, vol. 57, n° 2 (2010), p. 303 à 322.
«Using custom to reconceptualize crimes against humanity», dans S. Darcy et J. Powderly (dir. publ.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 80.
- VAN DER WOLF, Willem-Jan (dir. publ.)
Crimes against Humanity and International Law, La Haye, International Courts Association, 2011.
Prosecution and Punishment of International Crimes by National Courts, La Haye, International Courts Association, 2011.
- VAN DER WOLF, R. W. F. (dir. publ.)
The Case Against Charles Taylor, La Haye, International Courts Association, 2013.
- VAN HEUGTEN, Ellen, et P. A. VAN LAAR (dir. publ.)
The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity: The Du-jail Case, Nimègue, International Courts Association, 2011.
- VAN SCHAACK, Beth
«The definition of crimes against humanity: resolving the incoherence», *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 37 (1999), p. 787 à 850.

VARGAS CARREÑO, Edmundo

«El proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional», dans *Liber Amicorum. Héctor Fix Zamudio*, San José, Costa Rica, Secrétariat de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 1998, vol. II, p. 1523 à 1532.

VERMEULEN, Marthe Lot

Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Cambridge, Intersentia, 2012.

VERNON, Richard

«What is crime against humanity?», *Journal of Political Philosophy*, vol. 10 (2002), p. 231 à 364.

VON HEBEL, Herman

«Crimes against humanity under the Rome Statute», dans P. J. van Krieken (dir. publ.), *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 1999, p. 105 à 118.

VON HEBEL, Herman, et Darryl ROBINSON

«Crimes within the jurisdiction of the Court», dans R. S. Lee (dir. publ.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Leyde, Kluwer Law International, 1999, p. 79 à 126.

VULTEJUS, Ulrich

«Verbrechen gegen die Menschlichkeit», *Strafverteidiger*, vol. 12 (1992), p. 602 à 607.

WEBER, Travis

«The obligation to prevent in the proposed convention examined in light of the obligation to prevent in the Genocide Convention», dans M. Bergsmo et T. Song (dir. publ.), *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Bruxelles, Torkel Opsahl, 2014, p. 173.

WEISS, Norman

«Vergewaltigung und erzwungene Mutterschaft als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Genozid: Wie beurteilen sich diese Vorfälle aus der Perspektive der Kinder, die gewaltsam gezeugt wurden?», *MenschenRechtsMagazin*, vol. 6 (2001), p. 132 à 142.

WERLE, Gerhard, et Boris BURGHARDT

«Do crimes against humanity require the participation of a State or a "State-like" organization?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), p. 1151 à 1170.

WERLE, Gerhard, et Florian JESSBERGER

«International criminal justice is coming home: the new German Code of Crimes against International Law», *Criminal Law Forum*, vol. 13 (2002), p. 191 à 223.

YAP, James

«Aut deportare aut judicare: current topics in international humanitarian law in Canada», dans D. Jinks, J. N. Maogoto et S. Solomon (dir. publ.), *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2014, p. 355 à 387.

Introduction

A. Inscription du sujet au programme de travail de la Commission

1. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet «Crimes contre l'humanité» à son programme de travail à long terme¹. À l'issue d'un débat au sein de la Sixième Commission en 2013², l'Assemblée générale a pris note de cette décision³. À sa soixante-sixième session, en 2014, la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail en cours et de nommer un rapporteur spécial. À l'issue d'un débat au sein de la Sixième Commission en 2014, l'Assemblée générale a pris note de cette nouvelle décision⁴.

B. Objet et structure du présent rapport

2. Le présent rapport traite des avantages que peut apporter l'élaboration de projets d'article qui pourraient servir de base à une convention internationale sur les

crimes contre l'humanité. En outre, il fournit des informations générales sur l'émergence de la notion de crime contre l'humanité en tant qu'aspect du droit international, son application par les cours et tribunaux internationaux et son inclusion dans la législation de certains États. Enfin on y trouvera deux projets d'article : un sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité et l'autre sur la définition de ces crimes.

3. Le chapitre I du présent rapport porte sur l'évaluation des avantages potentiels d'une convention sur les crimes contre l'humanité, qui encouragerait l'adoption par les États parties de lois contenant une définition communément admise de ces crimes et leur conférerait une large compétence dès lors que l'auteur de tels crimes se trouve sur un territoire relevant de leur juridiction. Une telle convention pourrait également contenir des dispositions obligeant les États parties à prévenir les crimes contre l'humanité, à collaborer au titre de l'entraide judiciaire aux enquêtes et aux poursuites concernant ces crimes devant les tribunaux nationaux, et à en extraditer ou poursuivre les auteurs présumés. On y trouvera également les réactions exprimées par les États en 2013 et 2014 lorsque la Commission a sélectionné ce sujet. Largement favorables, elles ont cependant parfois soulevé des questions sur le lien qui existerait entre une telle convention et d'autres régimes conventionnels.

4. Le chapitre I traite donc également du lien entre une convention sur les crimes contre l'humanité et d'autres régimes conventionnels, notamment le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Celle-ci est au cœur de

¹ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), par. 170, p. 84, et annexe II, p. 99.

² Voir le 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. 72 ; voir également chapitre I, section B ci-après.

³ Résolution 68/112 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 2013, par. 8.

⁴ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 175, par. 266, et résolution 69/118 de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 2014, par. 7. Pour l'examen du débat de la Sixième Commission, voir le chapitre I, section B, ci-après.

l'action menée pour lutter contre le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, et sa création est une des réalisations majeures dans le domaine du droit international. Avec 122 États parties en janvier 2015, le Statut de Rome est un instrument essentiel pour ce qui est d'enquêter sur ces crimes et d'en poursuivre les auteurs à l'échelle internationale. Une convention sur les crimes contre l'humanité pourrait concourir à ces enquêtes et à ces poursuites au niveau national et renforcer ainsi le système de complémentarité sur lequel se fonde la Cour, tout en promouvant la coopération entre États dans les domaines non couverts par le Statut de Rome.

5. Le chapitre II du présent rapport contient des informations générales sur l'émergence des crimes contre l'humanité comme notion de droit international, notamment sur le fait que l'on considère maintenant que ces crimes, autrefois associés à un conflit armé international, surviennent dès lors qu'une population civile est victime d'une attaque généralisée ou systématique caractérisée par certains actes odieux. On y note également que la notion de crimes contre l'humanité est appliquée dans les juridictions pénales internationales actuelles, dont la Cour pénale internationale. Comme il est dit plus haut, la Cour se fonde sur le principe de complémentarité, ce qui signifie qu'en premier ressort les poursuites doivent être portées devant les tribunaux nationaux, si les autorités nationales peuvent et veulent enquêter sur ces crimes et en poursuivre les auteurs. Sachant cela, il sera également examiné dans le chapitre II si les États ont adopté des lois sur les crimes contre l'humanité, si ces lois rejoignent la définition de ces crimes figurant à l'article 7 du Statut de Rome, et si elles permettent à l'État intéressé d'exercer sa compétence sur des crimes commis sur son territoire, par ses nationaux ou à leur encontre, ou, à défaut, dont l'auteur se trouve sur son territoire.

6. Le chapitre III fait ressortir que de nombreuses conventions multilatérales existantes peuvent servir de modèles pour une convention sur les crimes contre l'humanité, notamment celles qui favorisent la prévention, la criminalisation et la coopération entre États en matière de criminalité transnationale. Ces conventions traitent de crimes tels que le génocide, les crimes de guerre, la torture commanditée par les États, les disparitions forcées, la corruption transnationale et la criminalité transnationale organisée, les crimes à l'encontre de personnes protégées par le droit international et les crimes liés au terrorisme.

De même, des conventions multilatérales sur l'extradition, l'entraide judiciaire ou la prescription peuvent fournir de précieuses orientations sur ces questions.

7. Le chapitre IV contient une évaluation de l'obligation générale existant dans divers régimes conventionnels, selon laquelle les États doivent prévenir ces crimes et en punir les auteurs. Étant donné que l'obligation de punir sera traitée plus en détail dans des projets d'article ultérieurs, la présente partie porte sur l'obligation de prévenir existant dans de nombreux traités multilatéraux et sur la portée de cette obligation telle qu'elle ressort des observations des organes conventionnels, des résolutions de l'Organisation des Nations Unies, de la jurisprudence et de la doctrine. À la lumière de ces informations, il est ensuite proposé dans le chapitre IV un projet d'article initial général sur « la prévention et la répression des crimes contre l'humanité ».

8. Le chapitre V porte sur la définition des « crimes contre l'humanité » aux fins du présent projet d'articles. L'article 7 du Statut de Rome, qui marque l'aboutissement de près d'un siècle de développement de la notion de crimes contre l'humanité, en définit les principaux éléments. Il s'agit en particulier d'une « attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile », commise « en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque » par un auteur « en connaissance de cette attaque », et consistant en la commission multiple de certains actes précis, tels que le meurtre, la torture ou le viol. La jurisprudence contemporaine de la Cour pénale internationale affine et précise le sens de ces termes, s'appuyant dans une certaine mesure sur la jurisprudence de tribunaux plus anciens. Considérant que la définition donnée à l'article 7 du Statut de Rome est désormais largement admise par les États, et par souci de favoriser l'harmonie des actions menées aux niveaux national et international pour lutter contre ces crimes, le projet d'article proposé reprend à l'identique la définition des « crimes contre l'humanité » figurant à l'article 7, hormis trois modifications de forme rendues nécessaires par le contexte différent de l'utilisation de la définition (ainsi, le mot « Statut » y est remplacé par l'expression « le présent projet d'articles »).

9. Enfin, le chapitre VI traite brièvement du programme de travail futur concernant ce sujet.

CHAPITRE I

Pourquoi une convention sur les crimes contre l'humanité ?

A. Objectifs d'une convention sur les crimes contre l'humanité

10. Comme il a été dit dans la proposition concernant le sujet, adoptée par la Commission à sa soixante-cinquième session en 2013⁵, en droit international, trois grandes catégories de crimes fondent généralement la compétence des tribunaux pénaux internationaux : les crimes de guerre, le

génocide et les crimes contre l'humanité. Or seules deux d'entre elles (crimes de guerre et génocide) font l'objet d'un traité mondial imposant aux États de prévenir ces crimes, d'en punir les auteurs et de coopérer à cette fin : il n'existe aucun traité de ce type sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité.

11. Pourtant, les crimes contre l'humanité sont peut-être plus répandus que le génocide ou les crimes de guerre. Ils peuvent se produire dans des situations autres qu'un conflit

⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), annexe II, p. 99.

armé et n'exigent pas l'intention spécifique nécessaire pour conclure au génocide⁶. De plus, il existe des traités sur la prévention, la répression et la coopération entre États pour des infractions bien moins abominables, telles que la corruption ou la criminalité organisée. Certains traités abordent les infractions telles que la torture commanditée par l'État ou la disparition forcée, qui, sous certaines conditions, peuvent aussi constituer des crimes contre l'humanité, mais pas des crimes contre l'humanité en tant que tels.

12. Une convention mondiale sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité et la coopération entre États en la matière semble être un élément essentiel manquant au cadre juridique international actuel, en particulier au droit international humanitaire, au droit pénal international et au droit international des droits de l'homme. Une telle convention pourrait contribuer à jeter l'opprobre sur de tels actes odieux, appeler davantage l'attention sur la nécessité de les prévenir et d'en punir les auteurs, et faciliter l'adoption et l'harmonisation de lois nationales concernant ces crimes, ouvrant ainsi la voie à une meilleure coopération entre États en matière de prévention, d'enquêtes, de poursuites et d'extradition. Avec la création d'un réseau de coopération, comme cela a été fait pour d'autres crimes, les auteurs de ces crimes ne pourraient plus trouver refuge nulle part, ce qui, on l'espère, contribuera à dissuader quiconque de les commettre *ab initio* et à garantir que les auteurs aient à en répondre *ex post facto*⁷.

13. L'objectif général concernant ce sujet sera donc d'élaborer un projet d'articles pour ce qui pourrait devenir une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité («convention sur les crimes contre l'humanité» ou «convention»). S'appuyant sur la définition des crimes contre l'humanité énoncée dans le Statut de Rome, cette convention pourrait imposer à tous les États parties de prendre des mesures efficaces pour prévenir les crimes contre l'humanité sur tout territoire relevant de leur juridiction, notamment de les ériger intégralement en infraction pénale, mesure que la plupart des États n'ont pas encore prise. Elle pourrait en outre imposer à chaque État partie d'exercer sa compétence à l'égard non seulement des actes commis sur son territoire ou par ses nationaux mais aussi des actes commis à l'étranger par des non-nationaux se trouvant plus tard sur un territoire relevant de sa juridiction.

14. La convention pourrait en outre imposer une solide coopération entre États parties pour ce qui est des enquêtes, des poursuites et de la répression, notamment au moyen de l'entraide judiciaire et de l'extradition, ainsi

⁶ Voir *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 3, à la page 64, par. 139 («La Cour rappelle qu'elle a jugé, en 2007, que l'intention de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel est spécifique au génocide, et le distingue d'autres crimes qui lui sont apparentés comme les crimes contre l'humanité et la persécution» [citant l'affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, aux pages 121 et 122, par. 187 et 188]).

⁷ Parmi les appels des théoriciens en faveur d'une telle convention, voir notamment : Bassiouni, «“Crimes against humanity”: the need for a specialized convention»; Bassiouni, «Crimes against humanity: the case for a specialized convention»; Sadat, *Forging a Convention for Crimes against Humanity*; Bergsmo et Song, *On the Proposed Crimes against Humanity Convention*.

qu'une obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) si l'auteur présumé de crimes contre l'humanité se trouve sur un territoire relevant de la juridiction d'un État partie. Elle pourrait enfin inclure d'autres obligations pertinentes, telle celle de régler tout différend pouvant survenir entre États parties sur l'interprétation ou l'application de la convention.

15. La convention ne traiterait pas d'autres crimes graves tels que le génocide ou les crimes de guerre, dont la prévention et la répression sont déjà l'objet d'instruments universels recueillant une large adhésion. On pourrait faire valoir que les traités universels existants sur le génocide et les crimes de guerre pourraient être mis à jour au moyen d'un nouvel instrument, et certains États⁸ et acteurs non étatiques⁹ sont en faveur d'une initiative plus large de ce type. Cependant, étant donné que, selon plusieurs États, les travaux sur ce sujet devraient compléter les régimes existants et non les recouper¹⁰, le présent sujet se concentre sur la principale lacune de ces régimes, là où le besoin d'un nouvel instrument semble le plus grand. La Commission restera évidemment attentive aux vues des États et autres acteurs à mesure qu'elle progresse, et en fin de compte il reviendra aux États de décider si la portée de ses travaux est optimale.

B. Réactions des États

16. Lors du débat de la Sixième Commission, en 2013, plusieurs délégations ont approuvé l'ajout du sujet des crimes contre l'humanité au programme de travail de la Commission¹¹ et noté l'utilité d'une telle convention. Ainsi, les pays nordiques ont déclaré ce qui suit :

[U]ne coopération interétatique vigoureuse aux fins des enquêtes sur ces crimes, ainsi que des poursuites et du châtement en la matière, est cruciale, tout comme l'obligation de poursuivre ou d'extrader ceux qui en sont accusés, quelle que soit leur nationalité. La Commission doit donc procéder à une analyse juridique de l'obligation d'extrader ou de poursuivre et dégager des principes clairs à cet égard. Davantage de clarté quant au champ d'application de cette obligation contribuerait à assurer un effet maximum et le respect des règles existantes¹².

⁸ Voir «Towards a multilateral treaty for mutual legal assistance and extradition for domestic prosecution of the most serious international crimes», note libre diffusée informellement par l'Argentine, la Belgique, les Pays-Bas et la Slovénie à la Sixième Commission en novembre 2013. Un projet de résolution sur cette initiative a été présenté devant la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale mais a été retiré après un long débat en Comité plénier, où plusieurs délégations ont soulevé de «graves préoccupations» concernant la compétence de la Commission sur la question. Voir Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, rapport sur la vingt-deuxième session, *Documents officiels du Conseil économique et social, 2013, Supplément n° 10 (E/2013/30)*, par. 64 à 66.

⁹ Voir Zgonec-Rozej et Foakes, «International criminals: extradite or prosecute?», Chatham House Briefing Paper n° IL BP 2013/01 (juillet 2013), p. 16.

¹⁰ Voir, par exemple, A/CN.4/666, par. 72.

¹¹ Autriche, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 74; États-Unis (ibid., par. 51); intervention du Japon à la Sixième Commission, disponible auprès de la Division de la codification (voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 79 à 85); Norvège, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), ibid., par. 36; Pérou, ibid., 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 28; République tchèque, ibid., par. 102; Italie, ibid., 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), par. 10; et Mongolie, ibid., par. 79.

¹² Déclaration de la Norvège à la Sixième Commission au nom des pays nordiques le 28 octobre 2013.

17. Par ailleurs, d'autres délégations ont souligné qu'il convenait d'envisager une telle convention avec prudence¹³ et en particulier d'éviter tout conflit avec les régimes internationaux existants, notamment celui de la Cour pénale internationale¹⁴. Quelques délégations ont exprimé des doutes quant à la nécessité d'une convention sur ce sujet¹⁵, d'autres appuyant l'idée d'une nouvelle convention ayant une portée plus vaste que les crimes contre l'humanité¹⁶.

18. La plupart des 23 États qui se sont exprimés sur la question devant la Sixième Commission en 2014 se sont félicités de l'inclusion du sujet au programme de travail actuel de la Commission¹⁷. Trois États n'ont pas appuyé expressément l'inclusion du sujet, tout en reconnaissant que les régimes conventionnels actuels présentaient en ce qui concerne les crimes contre l'humanité une lacune méritant une étude approfondie¹⁸, et un autre État a insisté sur le fait que le sujet devrait être « envisagé avec beaucoup de prudence¹⁹ ». Quatre États ont cependant exprimé l'avis qu'il n'existait dans le cadre juridique international actuel aucune lacune en ce qui concerne les crimes contre l'humanité²⁰. Deux États se sont dits favorables à l'élaboration d'une nouvelle convention, mais dans une autre instance et en envisageant à la fois un plus grand nombre

de crimes et un objet plus restreint, limité à l'extradition et à l'assistance juridique mutuelle²¹.

19. Dans leurs commentaires favorables, les États ont dit que les travaux sur ce sujet contribueraient au développement du droit pénal international²² et complèteraient les travaux antérieurs de la Commission²³, notamment en ce qui concerne la manière dont l'obligation d'extrader ou de poursuivre pourrait s'appliquer aux crimes contre l'humanité²⁴. Par ailleurs, plusieurs États ont exprimé l'avis que les travaux sur le sujet devaient éviter tout conflit avec les instruments juridiques existants, notamment le Statut de Rome²⁵. Dans l'ensemble, les gouvernements semblent estimer qu'il serait utile d'élaborer une nouvelle convention mais qu'il faut procéder avec prudence, en prêtant une attention particulière au lien entre celle-ci et les régimes internationaux existants, en particulier celui du Statut de Rome.

C. Relation entre une convention relative aux crimes contre l'humanité et d'autres traités, dont le Statut de Rome

20. La relation qu'aurait une convention relative aux crimes contre l'humanité avec d'autres traités est une question extrêmement importante qui guidera la Commission dans ses travaux. De nombreux actes qui relèvent de la définition des crimes contre l'humanité (lorsqu'ils sont commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile) sont également couverts par les régimes conventionnels existants, comme la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Une convention relative aux crimes contre l'humanité devrait s'inspirer des dispositions et des dispositifs établis par les régimes conventionnels pertinents existants, mais aussi éviter tout conflit avec ces derniers.

21. Il conviendrait en particulier d'éviter tout conflit entre cette convention et le Statut de Rome. Les travaux d'élaboration d'une nouvelle convention s'inspireront sûrement, le cas échéant, des dispositions du Statut de Rome et des instruments ainsi que de la jurisprudence qui y sont associés, mais il faut veiller à ce que les dispositions du nouvel instrument ne soient pas en contradiction avec le Statut de Rome, en raison du grand nombre d'États qui y sont parties. Par exemple, dans l'hypothèse où un État partie au Statut de Rome recevrait une demande de remise d'une personne à la Cour pénale internationale et une demande d'extradition de cette personne émanant d'un autre État sur le fondement de la convention envisagée, le Statut de Rome prévoit à son article 90 une procédure visant à résoudre les cas de demandes concurrentes. Les

¹³ Espagne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 133; Roumanie, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 116; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *ibid.*, par. 22; Chine, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), par. 61; Inde, *ibid.*, par. 21; et Malaisie, *ibid.*, par. 33.

¹⁴ Voir, par exemple, Espagne, *ibid.*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 133 (« Une analyse approfondie des divers éléments d'une définition devant figurer dans une convention et de sa relation exacte avec le Statut de Rome de la Cour pénale internationale sera nécessaire, sans empiéter sur les dispositions de celui-ci »); Norvège, au nom des pays nordiques, *ibid.*, par. 39 (« la reconnaissance d'une obligation de prévenir de tels crimes et d'une obligation de coopération interétatique serait la bienvenue, mais elle ne doit pas être interprétée comme limitant des obligations comparables concernant d'autres crimes ou des obligations juridiques existant dans ce domaine »); Royaume-Uni, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 22 (« toute nouvelle convention dans ce domaine doit être compatible avec le Statut [de Rome] et le compléter »); et Malaisie, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), par. 33 (« les travaux de la [Commission] sur le sujet ne doivent pas compromettre l'universalité du Statut de Rome, ni empiéter sur les régimes existants mais les compléter »).

¹⁵ France, *ibid.*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 106; Afrique du Sud, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 51 à 58; Fédération de Russie, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), par. 56; République islamique d'Iran, *ibid.*, par. 79, et déclaration à la Sixième Commission (disponible auprès de la Division de la codification).

¹⁶ Pays-Bas, *ibid.*, 18^e séance (A/C.6/68/SR.18), par. 37; Slovaquie, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/68/SR.21), par. 56.

¹⁷ Autriche, *ibid.*, *soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/69/SR.19), par. 111; Finlande, au nom des pays nordiques, *ibid.*, par. 81; Croatie, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/69/SR.20), par. 92 et 93; El Salvador, *ibid.*, par. 91; États-Unis d'Amérique, *ibid.*, par. 121; Israël, *ibid.*, par. 67; Japon, *ibid.*, par. 49; Pologne, *ibid.*, par. 36; République tchèque, *ibid.*, par. 10; Espagne, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/69/SR.21), par. 42; Nouvelle-Zélande, *ibid.*, par. 33; République de Corée, *ibid.*, par. 45; Mongolie, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 94; Trinité-et-Tobago, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 118; et Jamaïque, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 33.

¹⁸ Chili, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 52; Italie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 53; Royaume-Uni, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/69/SR.19), par. 160.

¹⁹ Roumanie, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/69/SR.19), par. 147.

²⁰ Afrique du Sud, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/69/SR.20), par. 114; Pays-Bas, *ibid.*, par. 15 et 16; France, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 38; et Malaisie, *ibid.*, 27^e séance (A/C.6/69/SR.27), par. 54.

²¹ Irlande, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/69/SR.19), par. 177; et Pays-Bas, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/69/SR.20), par. 15 à 17.

²² Croatie, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/69/SR.20), par. 94; et Japon, *ibid.*, par. 49.

²³ Croatie, *ibid.*, par. 94 à 97; et République tchèque, *ibid.*, par. 10.

²⁴ Chili, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 52; Finlande (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/69/SR.19), par. 82; Royaume-Uni, *ibid.*, par. 159.

²⁵ Roumanie, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/69/SR.19), par. 147; Royaume-Uni, *ibid.*, par. 160; Italie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 54; Chili, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 52; Mongolie, *ibid.*, par. 94 et 95; Trinité-et-Tobago, *ibid.*, 26^e séance (A/C.6/69/SR.26), par. 118.

projets d'article devraient être libellés de telle sorte que les États parties au Statut de Rome puissent s'appuyer sur cette procédure, y compris après avoir signé la convention relative aux crimes contre l'humanité. En outre, l'adoption d'un tel instrument permettrait peut-être d'atteindre plusieurs objectifs souhaitables qui ne sont pas visés par le Statut de Rome, tout en soutenant dans le même temps le mandat de la Cour pénale internationale.

22. En premier lieu, le Statut de Rome régit les relations entre les États qui y sont parties et la Cour pénale internationale mais pas les questions qui se posent entre les États parties eux-mêmes (non plus qu'entre États parties et non parties). En d'autres termes, le Statut de Rome s'intéresse à la relation «verticale» qui existe entre les États et la Cour, mais pas à la relation «horizontale» qui existe entre les États en matière de coopération. Le Chapitre IX du Statut de Rome intitulé «Coopération internationale et assistance judiciaire» reconnaît implicitement que la coopération interétatique concernant des crimes qui relèvent de la compétence de la Cour pénale internationale continue à s'exercer en dehors de ce statut, mais n'a pas pour objet de réglementer cette coopération. Une convention relative aux crimes contre l'humanité permettrait précisément de traiter de la coopération entre États en vue de mener des enquêtes, de procéder à des arrestations, d'engager des poursuites et de punir les auteurs de crimes contre l'humanité²⁶, objectif qui est pleinement conforme à l'objet et au but du Statut de Rome.

23. En deuxième lieu, la Cour pénale internationale a pour principale vocation de punir les auteurs de crimes qui relèvent de sa compétence, mais pas de préciser quelles mesures devraient être prises par les États pour prévenir de tels crimes avant leur commission. Comme indiqué de façon plus détaillée dans le chapitre IV ci-après, une nouvelle convention relative aux crimes contre l'humanité pourrait contenir, notamment, des dispositions contraignantes en matière de prévention sur le modèle de prescriptions analogues figurant dans d'autres instruments, comme la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Dans ces conditions, une convention relative aux crimes contre l'humanité permettrait de clarifier l'obligation qu'ont les États de prévenir les crimes contre l'humanité et de servir de base de compétence pour les en tenir responsables.

24. En troisième lieu, même si la Cour pénale internationale est une institution internationale essentielle qui poursuit des personnalités de haut rang ayant commis des crimes contre l'humanité, elle n'a pas été conçue (ni dotée des ressources nécessaires) pour poursuivre tous les auteurs de crimes contre l'humanité. Elle repose au contraire sur l'idée que les juridictions nationales sont, au premier chef, les instances idoines pour exercer les poursuites, à condition que des lois nationales adaptées le permettent (principe de complémentarité)²⁷. De plus,

il pourrait se produire que la Cour pénale internationale souhaite remettre un suspect qu'elle détient à une juridiction nationale pour que celle-ci engage des poursuites à son encontre mais qu'elle en soit empêchée si cette juridiction est dans l'incapacité de poursuivre ledit suspect pour crimes contre l'humanité²⁸. Étant donné que la Cour pénale internationale n'a pas la capacité de poursuivre tous les auteurs de crimes contre l'humanité ou de renforcer les systèmes juridiques nationaux dans ce domaine, une nouvelle convention pourrait contribuer à renforcer la Cour pénale internationale en améliorant la capacité des États à prévenir et à réprimer ces crimes²⁹.

25. En dernier lieu, et en corollaire, une convention relative aux crimes contre l'humanité ferait obligation aux États d'adopter des législations nationales interdisant et réprimant la commission de crimes contre l'humanité, ce que de nombreux États, y compris de nombreux États parties au Statut de Rome n'ont pas encore fait à ce jour, comme indiqué dans le présent chapitre. Plus spécifiquement, cette convention pourrait exiger des États qu'ils poursuivent tout auteur de crimes contre l'humanité se trouvant sur leur territoire, même si celui-ci est ressortissant d'un État tiers et si les faits qui lui sont reprochés ont été commis à l'étranger³⁰. Les États dont la législation ne permet pas ce type d'action seraient expressément tenus d'adopter une loi en ce sens au moment d'adhérer à la convention. Ceux dont la législation le permet seraient dans l'obligation de la réexaminer afin de garantir qu'elle recouvre bien tout l'éventail des crimes de haine tombant sous le coup de la convention et qu'elle permet de poursuivre les auteurs de ces faits.

26. Dans ces conditions, une convention relative aux crimes contre l'humanité rédigée avec soin ne serait pas en conflit avec d'autres régimes conventionnels, mais contribuerait plutôt à combler une lacune³¹ des régimes conventionnels existants et pourrait, ainsi, avoir pour effet de les renforcer.

²⁸ Cela s'est notamment produit dans l'affaire *Bagaragaza* portée devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda. Voir Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Prosecutor v. Bagaragaza*, affaire n° ICTR-05-86-AR11 bis, appel de la décision rendue en vertu de l'article 11 bis du Règlement, Chambre d'appel, 30 août 2006, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts, 2006*, vol. 1, par. 471 («la Chambre d'appel ne peut approuver le renvoi d'une affaire devant une juridiction aux fins de jugement lorsque celle-ci est dans l'incapacité de qualifier la conduite incriminée de violation grave du droit international humanitaire»).

²⁹ Voir la déclaration prononcée par le représentant de l'Autriche devant la Sixième Commission le 28 octobre 2013 («Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale ne saurait être l'ultime étape des efforts visant à réprimer ces crimes et à lutter contre l'impunité. La Cour ne peut juger que quelques auteurs d'actes graves et cela n'exonère pas les États de la responsabilité première qui est la leur de poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité»).

³⁰ Voir Akhavan, «The universal repression of crimes against humanity before national jurisdictions: the need for a treaty-based obligation to prosecute», p. 31 (qui souligne que, «bien que le Statut de Rome établisse, d'une certaine façon, une obligation implicite de poursuivre, celle-ci ne s'étend pas à la compétence universelle», et qu'en 2009 seuls 11 États membres de l'Union européenne et 8 États membres de l'Union africaine avaient promulgué une loi permettant l'application de la compétence universelle aux crimes contre l'humanité).

³¹ Voir, par exemple, la déclaration prononcée par le représentant de la Slovaquie le 30 octobre 2013 («Cette lacune du droit international, qui est reconnue depuis un certain temps, est particulièrement évidente dans le domaine de la coopération interétatique, y compris l'entraide judiciaire et l'extradition. Il faut tout faire, selon nous, pour combler cette lacune.»).

²⁶ Voir Olson, «Re-enforcing enforcement in a specialized convention on crimes against humanity: inter-State cooperation, mutual legal assistance, and the *aut dedere aut judicare* obligation».

²⁷ El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*; Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*.

CHAPITRE II

Généralités concernant les crimes contre l'humanité

A. Notion de crimes contre l'humanité

27. On considère généralement que les « crimes contre l'humanité » présentent deux grandes caractéristiques. Premièrement, le crime est tellement odieux qu'il est perçu comme une attaque contre la qualité même de l'être humain³². Deuxièmement, il est si odieux qu'il constitue une attaque non seulement contre les victimes immédiates mais aussi contre l'humanité entière, et celle-ci a donc un intérêt à ce qu'il soit puni. Il a été dit ce qui suit :

Tandis que les règles proscrivant les crimes de guerre concernent le comportement criminel de l'auteur d'un crime directement envers un sujet protégé, les règles proscrivant les crimes contre l'humanité concernent le comportement d'un criminel non seulement envers la victime immédiate mais aussi envers l'humanité tout entière. [...] En raison de leur ampleur et de leur caractère odieux, ils constituent de graves attaques contre la dignité humaine, contre la notion même d'humanité. Ils touchent, ou devraient toucher, par conséquent tous les membres de l'humanité, indépendamment de leur nationalité, de leur appartenance ethnique et de l'endroit où ils se trouvent³³.

28. Comme on le verra plus loin, la notion de « crimes contre l'humanité » a évolué au siècle dernier avec les instruments historiques que sont le Statut du Tribunal militaire international (Statut du Tribunal de Nuremberg) et celui du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Statut du Tribunal de Tokyo)³⁴, puis les améliorations considérables apportées dans les statuts et la jurisprudence des juridictions pénales internationales plus récentes, notamment de la Cour pénale internationale³⁵. Bien que sa codification et son application aient donné lieu à certaines divergences théoriques, elle comporte plusieurs éléments fondamentaux communs à l'ensemble des définitions du crime. Il s'agit d'un crime international; peu importe que le droit national du territoire où il a été commis l'ait érigé en infraction. Il est dirigé contre une population civile et son ampleur ou son caractère systématique dépassent donc généralement celles des actes de violence isolés ou des

crimes à motifs purement personnels. Il peut être commis sur le territoire d'un seul État à travers les frontières. Enfin, il consiste en les actes de violence et de persécution les plus odieux qu'ait connus l'humanité. Ces divers éléments ont été analysés par de nombreux auteurs³⁶.

B. Historique de l'interdiction des crimes contre l'humanité

29. Un important précurseur de la notion de « crimes contre l'humanité » est la « clause de Martens » figurant

³⁶ Schwelb, « Crimes against humanity », p. 181; Dautricourt, « Crime against humanity: European views on its conception and its future »; Graven, « Les crimes contre l'humanité »; Aronéanu, *Le crime contre l'humanité*; Ramella, *Crímenes contra la humanidad*; Ramella, *Crimes contra a humanidade*; Šturma, « K návrhu Kodexu zločinů proti míru a bezpečnosti lidstva »; Richard, *L'histoire inhumaine: massacres et génocides des origines à nos jours*; Delmas-Marty et al., « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain »; Becker, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit – Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts*; Dinstein, « Crimes against humanity »; Lippman, « Crimes against humanity »; Chalandon et Nivelle, *Crimes contre l'humanité: Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*; Van Schaack, « The definition of crimes against humanity: resolving the incoherence »; Bassiouni, *Crimes against humanity in international law*; Bazelaire et Cretin, *La justice pénale internationale, son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye*; Gil Gil, « Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs »; Greppi, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*; Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 85; Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*; Palombino, « The overlapping between war crimes and crimes against humanity in international criminal law »; Cassese, « Crimes against humanity », p. 375; Lattimer et Sands, *Justice for Crimes against Humanity*; Manske, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit*; Romero Mendoza, *Crímenes de lesa humanidad: un enfoque venezolano*; Meseke, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes. Eine völkerstrafrechtliche Analyse*; Ambos, *Estudios de derecho penal internacional*, p. 303; Shelton, *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*; May, *Crimes against Humanity: A Normative Account*; Capellà i Roig, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*; Moir, « Crimes against humanity in historical perspective »; Ambos et Wirth, « El derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad »; Slye, « Refugee jurisprudence, crimes against humanity, and customary international law »; Cassese, *International Criminal Law*, p. 98; Márquez Carrasco, *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*; Eboe-Osuji, « Crimes against humanity: directing attacks against a civilian population »; Morlachetti, « Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad »; Delmas-Marty et al., *Le crime contre l'humanité*; Doria, « Whether crimes against humanity are backdoor war crimes »; Kirsch, *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit*; Kirsch, « Two kinds of wrong: on the context element of crimes against humanity »; Kuschnik, *Der Gesamtatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit: Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen*; Garibian, *Le crime contre l'humanité, au regard des principes fondateurs de l'État moderne. Naissance et consécration d'un concept*; Amati, « I crimini contro l'umanità »; Van der Wolf, *Crimes against Humanity and International Law*; Van den Herik, « Using custom to reconceptualize crimes against humanity »; DeGuzman, « Crimes against humanity »; Doné Matute, *Tipos penales en el ámbito internacional*; Bettati, « Le crime contre l'humanité »; Bosly et Vandermeersch, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*; Dhena, *Droit d'ingérence humanitaire et normes internationales impératives: Essai sur les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de génocide*; Focarelli, *Diritto Internazionale*, vol. 1, p. 485; Valencia Villa, « Los crímenes de lesa humanidad: su calificación en América Latina y algunos comentarios en el caso colombiano »; Sadat, « Crimes against humanity in the modern age ».

³² Hannah Arendt a défini l'Holocauste comme un crime nouveau, le crime contre l'humanité, au sens d'un crime « contre le statut humain », contre la nature même de l'humanité; Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, p. 268.

³³ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dražen Erdemović*, affaire n° IT-96-22-A, Chambre d'appel, arrêt, 7 octobre 1997, *Recueils judiciaires 1997*, p. 1668 et 1670, par. 21, opinion individuelle présentée conjointement par M^{me} la juge McDonald et M. le juge Vohrah; voir Luban, « A theory of crimes against humanity », p. 85, par. 90 (« Nous sommes des créatures contraintes par nature à vivre en société, mais nous ne le pouvons sans une organisation politique artificielle qui menace inévitablement notre bien-être et, dans les cas extrêmes, notre survie même. Les crimes contre l'humanité sont la pire de ces menaces; ils sont l'exemple le plus extrême d'une politique devenue cancer »); voir également Vernon, « What is crime against humanity? »; Macleod, « Towards a philosophical account of crimes against humanity ».

³⁴ Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, 19 janvier 1946, reproduit dans *Documents on American Foreign Relations*, vol. VIII, Princeton University Press, 1948, p. 354.

³⁵ Voir de manière générale Ricci, *Crimes against Humanity: A Historical Perspective*; López Goldaracena, *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*; Parenti, Filippini et Folgueiro, *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional*; Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*; Geras, *Crimes against Humanity: Birth of a Concept*.

dans la Convention II concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et dans la Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Cette dernière, s'agissant de protéger les personnes en temps de guerre, a fait référence aux «lois de l'humanité et [aux] exigences de la conscience publique³⁷». On entend généralement par cette disposition que tant que les lois de la guerre ne sont pas entièrement codifiées, les principes d'«humanité» offrent une protection résiduelle³⁸.

30. Les Conventions de La Haye traitaient des actes commis lors de conflits entre États mais pas de la violence dirigée par un État contre son propre peuple. Après la Première Guerre mondiale, la question de savoir si le droit international régissait les atrocités commises par un État dans le pays même a fait l'objet d'une réflexion approfondie. En 1919, la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions a présenté à la Conférence de paix de Paris tenue à l'issue de la guerre un rapport qui, renvoyant à la clause de Martens, définissait plusieurs crimes passibles de poursuites pour actes commis en temps de guerre³⁹. Elle a préconisé de prendre en compte dans ce qui allait devenir le Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) les atrocités commises par un État contre son propre peuple, de sorte que les poursuites menées devant les juridictions internationales ou nationales traitent des crimes commis en violation des «lois et coutumes de la guerre établis» autant que des «lois d'humanité élémentaires»⁴⁰. La Commission a donc demandé que soit créée une commission internationale chargée de poursuivre les hauts dirigeants et appliquant les «principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique»⁴¹.

31. Toutefois, les «crimes contre l'humanité» n'ont finalement pas été inclus dans les articles 228 et 229 du Traité de Versailles, dont les dispositions ne portent que sur les crimes de guerre. Il n'y a donc pas eu de poursuites pour crimes contre l'humanité en relation avec la Première Guerre mondiale⁴², mais la voie vers de telles poursuites

s'est ouverte au lendemain de la Seconde Guerre mondiale⁴³. Le Statut du Tribunal de Nuremberg, annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, modifié par le Protocole rectifiant le texte du Statut (Protocole de Berlin)⁴⁴, incluait les «crimes contre l'humanité» dans la compétence du Tribunal. L'article 6 c du Statut du Tribunal de Nuremberg définissait ces crimes comme :

l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

32. Cette définition des crimes contre l'humanité a été mise en relation avec l'existence d'un conflit armé international ; les actes visés ne constituaient des crimes de droit international que s'ils étaient commis à la suite de «tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal», à savoir un crime contre la paix ou un crime de guerre, ou en liaison avec ce crime. La justification d'une ingérence dans des questions relevant traditionnellement de la compétence nationale de l'État se fondait sur le lien entre le crime et le conflit entre États, ce qui donnait à penser que des crimes odieux survenaient à grande échelle, peut-être un comportement généralisé⁴⁵. Le Tribunal militaire international, chargé de juger les principaux dirigeants politiques et militaires du III^e Reich, a condamné plusieurs accusés à raison de crimes contre l'humanité commis pendant la guerre⁴⁶, même si dans certains cas le lien entre ces crimes et les autres crimes relevant de sa compétence était ténu⁴⁷.

(Traité de Trianon), de 1920, et le Traité de paix (entre l'Empire britannique, la France, l'Italie, le Japon, la Grèce, la Roumanie, l'État Serbe-Croate-Slovène, et la Turquie) [Traité de Lausanne], de 1923.

³⁷ Voir Clark, «History of efforts to codify crimes against humanity». Sur le rôle de Sir Hersch Lauterpacht dans la prise en compte des crimes contre l'humanité comme chef de poursuites à Nuremberg, voir Lauterpacht, *The Life of Hersch Lauterpacht*, p. 272, et l'étude faite de S. Schwebel dans le *British Year Book International Law*, vol. 83 (2013), p. 143.

³⁸ Protocole rectifiant le texte du Statut. Dans le Protocole de Berlin, le point-virgule se trouvant après les mots «pendant la guerre» a été remplacé par une virgule afin d'harmoniser les textes français et anglais et le texte russe, ce qui a eu pour effet de mettre la première partie de la disposition en relation avec la fin de celle-ci («ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime») et donc avec l'existence d'un conflit armé international.

³⁹ Voir Meron, «The Martens clause, principles of humanity, and dictates of public conscience».

⁴⁰ Rapport présenté à la Conférence des Préliminaires de paix par la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions, 29 mars 1919, Dotation Carnegie pour la paix internationale, Division de la Cour internationale, Monographie n° 32 (1919), partiellement reproduit (en anglais) dans AJIL, vol. 14 (1920), p. 95.

⁴¹ Ibid., p. 115.

⁴² Ibid., p. 122 ; voir Bassiouni, «World War I: "The War to End All Wars" and the birth of a handicapped international criminal justice system».

⁴³ Il n'a pas non plus été question des crimes contre l'humanité dans les autres traités conclus après la guerre, tels que le Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Autriche (Traité de paix de Saint-Germain-en-Laye), de 1919, le Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et la Bulgarie (Traité de Neuilly-sur-Seine), de 1919, le Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et la Hongrie

⁴⁴ Voir Clark, «Crimes against humanity at Nuremberg»; Mansfield, «Crimes against humanity: reflections on the fiftieth anniversary of Nuremberg and a forgotten legacy».

⁴⁵ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, Chambre de première instance, jugement, 14 janvier 2000, *Recueils judiciaires 2000*, p. 1778, par. 576 (relevant le lien ténu existant entre les crimes contre l'humanité commis par Baldur von Schirach et les autres crimes relevant de la compétence du Tribunal militaire international) [«Kupreškić 2000»].

33. Après le premier procès des principaux dirigeants allemands⁴⁸, d'autres personnes ont été reconnues coupables de crimes contre l'humanité lors des procès menés par les autorités d'occupation en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle⁴⁹. Les crimes contre l'humanité ont joué un rôle dans l'ensemble des 12 procès menés ultérieurement par les autorités d'occupation des États-Unis d'Amérique⁵⁰. La loi n° 10 ne disposait pas expressément que les crimes contre l'humanité devaient être liés à un crime contre la paix ou à un crime de guerre; dans certains des procès, ce lien a été confirmé, dans d'autres non⁵¹, notamment dans l'affaire *Justice*, où il a toutefois été décidé que les crimes contre l'humanité supposaient davantage que des cas isolés d'atrocités ou de persécutions et nécessitaient « la preuve d'une participation consciente à des procédures systématiques organisées ou approuvées par le gouvernement⁵² ». Les tribunaux allemands ont également appliqué la loi n° 10 du Conseil de contrôle dans des centaines d'affaires sans exiger de lien avec des crimes de guerre ou des crimes contre la paix⁵³.

34. En 1945 et 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies a pris note des principes de droit international reconnus par le Statut du Tribunal de Nuremberg puis les a confirmés⁵⁴, chargeant également la Commission de les « formuler » et de préparer un projet de code des crimes⁵⁵. La Commission a alors étudié ces principes et en a proposé en 1950 une synthèse intitulée « Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce Tribunal » (Principes de Nuremberg), définissant au principe VI c les crimes contre l'humanité comme

⁴⁸ Les crimes contre l'humanité relevaient également de la compétence du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tribunal de Tokyo). Voir Statut du Tribunal de Tokyo, art. 5 c. Personne n'a cependant été déclaré coupable de crimes contre l'humanité par ce tribunal: les condamnations ont porté sur des crimes de guerre commis hors du Japon contre des personnes autres que des ressortissants japonais. Voir Boister et Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, p. 32, 194 et 328 à 330.

⁴⁹ Loi n° 10 relative au châtement des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité, 20 décembre 1945, *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, n° 3 (1946), p. 50. Cette loi définissait les crimes contre l'humanité comme suit: « Atrocités et délits, comprenant, sans que cette énumération soit limitative, l'assassinat, l'extermination, l'asservissement, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou tous autres actes inhumains, commis contre la population civile, et les persécutions, pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux, que lesdits crimes aient constitué ou non une violation de la loi nationale du pays où ils ont été perpétrés », *ibid.*, art. II, par. 1 c.

⁵⁰ Taylor, *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council Law No. 10*, p. 69, 92, 118 et 119; voir Brand, « Crimes against humanity and the Nürnberg trials »; Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, p. 85.

⁵¹ Voir, par exemple, *United States of America v. Flick et al.*, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Londres, HM Stationery Office, 1947, vol. III, p. 1212 à 1214.

⁵² Voir, par exemple, *United States of America v. Altstoetter et al.* (l'affaire *Justice*), *ibid.*, p. 974 et 982.

⁵³ Voir Vultejus, « Verbrechen gegen die Menschlichkeit ».

⁵⁴ Voir résolution 3 (I) de l'Assemblée générale, en date du 13 février 1946, sur l'extradition et le châtement des criminels de guerre; et résolution 95 (I) de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1946, sur la confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg.

⁵⁵ Résolution 177 (II) de l'Assemblée générale, en date du 21 novembre 1947.

[I]l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes⁵⁶.

Dans son commentaire sur ce principe, la Commission a souligné que ces crimes ne devaient pas forcément être commis pendant une guerre, confirmant néanmoins que les crimes commis avant une guerre devaient être en relation avec des crimes contre la paix⁵⁷. Parallèlement, elle a estimé que « ces actes peuvent être des crimes contre l'humanité même s'ils sont perpétrés par celui qui les commet contre sa propre population⁵⁸ ».

35. Alors que dans les Principes de Nuremberg la Commission exigeait encore un lien entre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ou crimes contre la paix, elle l'a omis dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, définissant comme l'un des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

[I]es actes inhumains, tels que l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou les persécutions, commis contre des éléments de la population civile pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels, par les autorités d'un État ou par des particuliers agissant à l'instigation de ces autorités ou avec leur consentement⁵⁹.

Expliquant la dernière partie de cette disposition, la Commission a déclaré ce qui suit :

il a paru nécessaire, pour éviter que tous les actes inhumains commis par des particuliers ne soient considérés comme des crimes de droit international, de préciser qu'un acte inhumain commis par un particulier ne constitue un crime de droit international que si l'auteur de cet acte agissait à l'instigation ou avec le consentement des autorités d'un État⁶⁰.

36. Dans les années 1950, on espérait qu'il serait possible de créer une cour pénale internationale permanente, mais l'Assemblée générale a différé sa décision concernant le projet de code établi par la Commission en 1954, indiquant que le crime d'agression devait d'abord être défini⁶¹. Une certaine attention a ensuite été consacrée au renforcement des législations nationales en la matière. À cet égard, la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, de 1968, invitait les États à ériger les « crimes contre l'humanité » en infraction dans leur droit interne et à les rendre imprescriptibles⁶². Il convient de noter qu'au paragraphe b de son article premier

⁵⁶ Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce Tribunal, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, principe VI c.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 123.

⁵⁸ *Ibid.*, par. 124.

⁵⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693)*, chap. 3, p. 10 et 11, art. 2, par. 11; voir Johnson, « The draft code of offences against the peace and security of mankind ».

⁶⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693)*, p. 11.

⁶¹ Résolution 898 (IX) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1954; résolution 1187 (XII) de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1957.

⁶² Voir Miller, « The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity ». Pour une convention régionale à caractère similaire, voir Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. En janvier 2015, cette convention compte sept États parties.

figurait ce qui constitue la première définition des crimes contre l'humanité dans un instrument multilatéral rédigé et adopté par plusieurs États :

[I]es crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946 [...].

37. Cette convention de 1968 ne comporte que quatre articles de fond et porte essentiellement sur l'imprescriptibilité; elle exhorte les États parties à adopter les mesures nécessaires «en vue de permettre» l'extradition des auteurs des crimes visés mais ne les oblige pas expressément à exercer leur juridiction sur les crimes contre l'humanité. En janvier 2015, 55 États avaient adhéré à la Convention.

38. En 1981, l'Assemblée générale a invité la Commission à reprendre ses travaux en vue de l'élaboration du projet de code⁶³. En 1991, la Commission a achevé l'examen en première lecture d'un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité⁶⁴. L'Assemblée générale a ensuite invité la Commission, lorsqu'elle poursuivrait ses travaux sur l'élaboration du projet de code, à examiner plus avant la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer une cour pénale internationale permanente⁶⁵. L'exécution du projet a gagné en pertinence avec la création des tribunaux pénaux internationaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda (dont il est question ci-après) et l'appui accru en faveur d'une cour pénale internationale permanente. En 1996, la Commission a achevé la seconde lecture du projet de code⁶⁶. On trouvait à l'article 18 du texte de 1996 une série d'actes constituant des crimes contre l'humanité lorsqu'ils étaient commis «d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe⁶⁷». La Commission a expliqué cette disposition liminaire comme suit :

3) La partie liminaire de la définition indique que deux conditions doivent être réunies pour qu'un des actes énumérés à l'article 18 puisse être qualifié de crime contre l'humanité au sens du présent code. La première condition est que l'acte doit avoir été commis «d'une manière systématique ou sur une grande échelle». Cette première condition se présente sous la forme d'une alternative. Selon le premier terme de l'alternative, les actes inhumains doivent avoir été commis d'une manière systématique, c'est-à-dire en application d'un plan ou d'une politique préconçus, dont la mise en œuvre se traduit par la commission répétée ou continue d'actes inhumains. Le but de cette disposition est d'exclure l'acte fortuit qui ne ferait pas partie d'un plan ou d'une politique plus vaste. Ce critère ne figurait pas dans le statut du Tribunal de Nuremberg. Cependant, le Tribunal, examinant les actes dont il avait à connaître, a souligné qu'il s'agissait d'actes inhumains commis dans le cadre d'une politique de terreur souvent organisée et systématique.

⁶³ Résolution 36/106 de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1981.

⁶⁴ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 82. Le projet de code de 1991 comportait 26 catégories de crimes.

⁶⁵ Résolution 46/54 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1991.

⁶⁶ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 15. Le projet de code de 1996 comportait cinq catégories de crimes. Voir Vargas Carreño, «El proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional».

⁶⁷ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49.

4) Selon le second terme de l'alternative, les actes inhumains doivent avoir été commis sur une grande échelle, c'est-à-dire dirigés contre une multiplicité de victimes. Cela exclut un acte inhumain isolé dont l'auteur agirait de sa propre initiative et qui serait dirigé contre une victime unique. Ce critère ne figurait pas non plus dans le statut du Tribunal de Nuremberg. Cependant, le Tribunal a relevé aussi, lorsqu'il a examiné si des actes inhumains constituaient des crimes contre l'humanité, que la politique de terreur était appliquée «sur une vaste échelle». Le texte du projet de code adopté en première lecture employait, pour dénoter la multiplicité des victimes, l'expression «d'une manière... massive». Cette expression a été remplacée dans le présent texte par «sur une grande échelle», formule suffisamment large pour pouvoir s'appliquer à des situations diverses comportant une multiplicité de victimes, que ce soit, par exemple, par l'effet cumulé d'une série d'actes inhumains, ou par l'effet singulier d'un acte inhumain d'une ampleur extraordinaire. Les deux éléments de la première condition étant présentés sous la forme d'une alternative, un acte pourra constituer un crime contre l'humanité si l'existence de l'un ou l'autre des deux critères est constatée.

5) La seconde condition est que l'acte doit avoir été commis «à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe». L'instigation ou les directives nécessaires peuvent donc émaner soit d'un gouvernement, soit d'une organisation ou d'un groupe. Cette alternative est destinée à exclure les situations où un individu commet un acte inhumain de sa propre initiative dans la poursuite de son propre dessein criminel, en l'absence de tout encouragement ou de toute directive de la part soit d'un gouvernement, soit d'un groupe ou d'une organisation. Ce type de comportement criminel isolé de la part d'un individu agissant seul ne constituerait pas un crime contre l'humanité. Il serait extrêmement difficile à un individu agissant seul de commettre les actes inhumains en question, tels que l'article 18 les envisage. Ce sont l'instigation ou les directives soit d'un gouvernement ou d'une organisation ou d'un groupe, que ceux-ci aient ou non un lien avec le gouvernement, qui donnent à l'acte sa dimension et en font un crime contre l'humanité, imputable à des particuliers ou à des agents d'État.

6) La définition que donne le présent article des crimes contre l'humanité n'exige pas que ce crime ait été commis en temps de guerre ou qu'il ait un lien quelconque avec des crimes de guerre comme le faisait le statut du Tribunal de Nuremberg. L'autonomie des crimes contre l'humanité a été reconnue dans des instruments juridiques ultérieurs, qui ne prescrivent plus cette condition. [...] Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a également confirmé l'absence de toute condition préalable qui établirait un lien entre la qualification de crime contre l'humanité et un conflit armé international⁶⁸.

39. La Commission a parfois traité des crimes contre l'humanité depuis 1996. En 2001, elle a mentionné l'interdiction des crimes contre l'humanité comme l'une des normes impératives «clairement acceptées et reconnues» du droit international⁶⁹. La Cour internationale de Justice

⁶⁸ Paragraphes 3 à 6 du commentaire relatif au projet d'article 18, *ibid.*, p. 49 et 50.

⁶⁹ Paragraphe 5 du commentaire relatif à l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 91 (voir également résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe) [où l'on affirme que «les normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues sont les interdictions [...] des crimes contre l'humanité»]; voir également «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par M. Martti Koskeniemi (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 reproduit dans un additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie)], par. 374 (où l'interdiction des crimes contre l'humanité figure «entre autres règles les plus fréquemment citées comme pouvant prétendre au statut de *ius cogens*»); voir également *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 141, par. 95 (où l'on indique que l'interdiction des crimes contre l'humanité en l'affaire du *Mandat d'arrêt* est une règle «ayant indubitablement valeur de *ius cogens*»); Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Almonacid Arellano et autres c. le Chili*, arrêt du 26 septembre 2006, série C n° 154, par. 96 (où l'on reconnaît le statut de *ius cogens* des crimes contre l'humanité).

a également indiqué que l'interdiction de certains actes tels que la torture d'État avait valeur de *jus cogens*⁷⁰. On peut considérer qu'a fortiori l'interdiction de perpétrer cet acte de manière généralisée ou systématique aurait également valeur de *jus cogens*.

C. Les crimes contre l'humanité devant les juridictions internationales et spéciales

40. Par sa résolution 827 (1993), le Conseil de sécurité a créé le Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves de droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie) et adopté le Statut du Tribunal. L'article 5 du Statut inclut les crimes contre l'humanité dans la compétence du Tribunal⁷¹. Cet article se lit comme suit :

Article 5. Crimes contre l'humanité

Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit :

- a) assassinat ;
- b) extermination ;
- c) réduction en esclavage ;
- d) expulsion ;
- e) emprisonnement ;
- f) torture ;
- g) viol ;
- h) persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ;
- i) autres actes inhumains.

Dans le rapport du Secrétaire général, il est dit à propos de cet article que les crimes contre l'humanité « désignent des actes inhumains d'une extrême gravité [...] commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit, pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses⁷² », mais ce libellé n'a pas été retenu dans le texte de l'article 5. Le lien avec les conflits armés a été conservé, puisque l'article 5 érige en infraction une série d'actes « commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit ». Cette formulation prend tout son sens lorsqu'on se souvient qu'elle a été élaborée en 1993 alors qu'en ex-Yougoslavie se déroulait effectivement un

conflit armé (qui a amené le Conseil de sécurité à exercer le pouvoir de coercition que lui confère le Chapitre VII de la Charte) et conçue avant tout pour dissiper l'idée selon laquelle les crimes contre l'humanité devaient avoir un lien avec un conflit armé international. Dans la mesure où elle pouvait laisser entendre que le droit international coutumier exige un lien avec un conflit armé, la Chambre d'appel du Tribunal a précisé par la suite qu'une telle exigence n'avait « aucun fondement logique ou juridique », puisqu'elle « [avait] été abandonnée » dans la pratique des États depuis le procès de Nuremberg. La Chambre d'appel a noté en outre que le « caractère obsolète de l'exigence d'un lien ressort[ait] à l'évidence des conventions internationales relatives au génocide et à l'apartheid, qui interdis[aient] toutes les deux des types particuliers de crimes contre l'humanité abstraction faite de la relation avec un conflit armé »⁷³. Par la suite, elle a confirmé que la mention du conflit armé dans le Statut du Tribunal ne faisait que délimiter sa compétence *ratione materiae* et n'avait pas vocation à codifier le droit international coutumier⁷⁴. Par sa jurisprudence, le Tribunal a également donné d'importantes indications quant aux éléments dont il fallait apporter la preuve lors de poursuites pour crimes contre l'humanité⁷⁵. Par la suite, un grand nombre de personnes poursuivies par le Tribunal ont été reconnues coupables de crimes contre l'humanité dans la compétence du Tribunal⁷⁶.

41. Par sa résolution 955 (1994), le Conseil de sécurité a créé le Tribunal pénal international pour le Rwanda et adopté le statut du Tribunal. L'article 3 du statut incluait les « crimes contre l'humanité »⁷⁷. Il a conservé la même liste d'actes visés (assassinat, extermination, etc.), mais, dans le chapeau, la référence à un conflit armé a été remplacée par le libellé ci-après, tiré du rapport de 1993 du Secrétaire général⁷⁸ : « [L]es crimes [...] commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit, pour des raisons

⁷³ 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*, p. 502, par. 140 (« *Tadić 1995* »).

⁷⁴ Voir notamment Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, *Recueils judiciaires 1999*, p. 214 et 216, par. 249 à 251 (« *Tadić 1999* ») [« La condition relative au conflit armé est satisfaite dès lors que l'existence du conflit armé est prouvée ; c'est la seule condition posée par le Statut qui, ce faisant, se montre déjà plus exigeant que le droit international coutumier »] ; voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-T, Chambre de première instance, jugement, 26 février 2001, par. 33 (« *Kordić 2001* »).

⁷⁵ Voir par exemple *Tadić 1999* (note précédente), p. 200 et 202, par. 227 à 229.

⁷⁶ Voir par exemple Roberge, « Compétence des Tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda concernant les crimes contre l'humanité et le crime de génocide » ; Mettraux, « Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda » ; Meseke, « La contribution de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité » ; Sadat, « Crimes against humanity in the modern age », p. 342 à 346.

⁷⁷ Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, en date du 8 novembre 1994, annexe, art. 3 ; voir, de manière générale, Van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*.

⁷⁸ S/25704, par. 48.

⁷⁰ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, à la page 457, par. 99 ; voir également 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, *Recueil judiciaire 1998*, p. 568, par. 153 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, par. 61, CEDH 2001-XI.

⁷¹ Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, publié à l'origine en tant qu'annexe au document S/25704 et Add.1, adopté par la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité, en date du 25 mai 1993, et modifié par les résolutions 1166 (1998), en date du 13 mai 1998, et 1329 (2000), en date du 30 novembre 2000, art. 5.

⁷² S/25704, par. 48.

nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses». Le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda disposait donc expressément qu'il fallait un motif discriminatoire pour qualifier un acte de crime contre l'humanité. Comme celle du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, la jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda a précisé quels éléments essentiels devaient être établis lorsqu'on poursuit une personne pour crimes contre l'humanité⁷⁹. Plusieurs personnes traduites devant le Tribunal ont également été reconnues coupables de crimes contre l'humanité⁸⁰.

42. En 1994 également, la Commission a terminé un projet de statut d'une future cour pénale internationale permanente, qui à l'alinéa *d* de son article 20 incluait dans la compétence de cette future juridiction les crimes contre l'humanité. Dans son commentaire sur cette disposition, la Commission a indiqué ce qui suit :

Dans l'esprit de la Commission, la définition des crimes contre l'humanité englobe les actes inhumains de caractère très grave comportant des violations très étendues ou systématiques dirigées contre l'ensemble ou une partie de la population civile. Les marques distinctives de ces crimes sont leur ampleur et leur caractère systématique. Les formes particulières du fait illicite (assassinat, réduction en esclavage, déportation, torture, viol, emprisonnement, etc.) sont moins déterminantes pour la définition que les considérations d'échelle et de ligne d'action délibérée et le fait qu'elles ont pour cible la population civile, en totalité ou en partie. C'est l'idée que cherche à rendre l'expression « dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit » à l'article 5 du statut du [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie], mais qui est énoncée de façon plus explicite à l'article [18]⁸¹ du projet de code. Cette expression doit être considérée comme recouvrant les actes commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique contre une population civile pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux. Les actes particuliers visés dans la définition sont des actes délibérément commis dans le cadre d'une telle attaque⁸².

43. Par la suite, l'Assemblée générale a décidé de créer un comité ad hoc chargé d'examiner les principales questions de fond et d'ordre administratif que soulevait le projet de statut préparé par la Commission et d'envisager les dispositions à prendre en vue de la convocation d'une conférence internationale de plénipotentiaires⁸³. Ces travaux ont abouti à la création d'une commission préparatoire chargée d'examiner plus avant les principales questions de fond que

soulevait le projet de statut préparé par la Commission, en vue de l'établissement d'un texte de synthèse largement acceptable⁸⁴, qui a ensuite été examiné et revu dans le cadre d'une conférence diplomatique⁸⁵. Cette conférence, tenue à Rome, a abouti le 17 juillet 1998 à l'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. En janvier 2015, 122 États étaient parties au Statut de Rome.

44. Le paragraphe 1 *b* de l'article 5 du Statut de Rome dispose que les crimes contre l'humanité relèvent de la compétence de la Cour pénale internationale. Le paragraphe 1 de l'article 7 du Statut définit le crime contre l'humanité comme une série d'actes « commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque⁸⁶ ». Le paragraphe 2 de l'article 7 précise que « [p]ar "attaque lancée contre une population civile", on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». L'article 7 du Statut, examiné plus en détail au chapitre V ci-après, ne conserve ni le lien avec un conflit armé qui caractérisait le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ni le motif discriminatoire de l'acte qui caractérisait celui du Tribunal pénal international pour le Rwanda (sauf pour ce qui est des actes de persécution).

45. En vue de l'entrée en vigueur du Statut de Rome, les États ont élaboré le document intitulé *Éléments des crimes*, qui énonce d'importantes orientations sur les éléments à établir afin de poursuivre une personne pour crimes contre l'humanité⁸⁷. Depuis l'entrée en vigueur

⁸⁴ Résolution 50/46 de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1995, par. 2.

⁸⁵ Résolution 51/207 de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1996, par. 5.

⁸⁶ Pour un examen de la nouvelle expression « en connaissance de cette attaque », voir chapitre V, section D ci-après. Pour un commentaire général sur l'adoption de l'article 7 du Statut, voir Hwang, « Defining crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court », p. 497 à 501 ; Robinson, « Defining "crimes against humanity" at the Rome Conference » ; Von Hebel, « Crimes against humanity under the Rome Statute » ; Donat-Cattin, « A general definition of crimes against humanity under international law » ; Von Hebel et Robinson, « Crimes within the jurisdiction of the Court » ; Clark, « Crimes against humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court » ; Robinson, « The elements for crimes against humanity » ; Gil Gil, « Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de "los elementos de los crímenes" », p. 68 à 94 et 104 ; McCormack, « Crimes against humanity » ; Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale* ; Hall *et al.*, « Article 7: Crimes against humanity » ; Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, p. 137 à 187 ; Sadat, « Crimes against humanity in the modern age », p. 350 à 355.

⁸⁷ Voir Cour pénale internationale, *Documents officiels de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session, New York, 3-10 septembre 2002* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.03.V.2 et rectificatif), deuxième partie, B, et *Documents officiels de la Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai-11 juin 2010* (publication de la Cour pénale internationale, RC/9/11), résolution RC/Res.5. L'article 9, paragraphe 1, du Statut de Rome dispose que les éléments des crimes « aident la Cour à interpréter et appliquer [l'article 7] ». Voir de manière générale Chesterman, « An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity » ; Lee *et al.*, *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules*

(Suite de la note page suivante.)

⁷⁹ Voir notamment Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, Chambre de première instance, jugement, 2 septembre 1998, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts*, 1998, p. 335 à 343, par. 578 à 598 ; voir également Van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, p. 160 à 196 ; Kolb, « The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes », p. 291 à 300 ; Kolb, « The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes (2000-2004) », p. 310 à 326 ; Kolb, « The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes (2004-2013) », p. 163 à 172.

⁸⁰ Voir notamment Akayesu (note précédente), par. 23 ; voir également Van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, p. 151 à 198 et 270 à 273 ; Cerone, « The jurisprudential contributions of the ICTR to the legal definition of crimes against humanity. The evolution of the nexus Requirement » ; Sadat, « Crimes against humanity in the modern age », p. 346 à 349.

⁸¹ Au moment où ce commentaire a été rédigé, l'article pertinent du projet de code était l'article 21, adopté en première lecture ; par suite d'une renumérotation en seconde lecture, il est devenu l'article 18.

⁸² Paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 20, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 42.

⁸³ Résolution 49/53 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1994, par. 2.

du Statut de Rome en juillet 2002, plusieurs personnes ont été accusées de crimes contre l'humanité et certaines reconnues coupables par la Cour pénale internationale⁸⁸. Par exemple, dans le jugement qu'elle a rendu en mars 2014, la Chambre de première instance II de la Cour a déclaré que Germain Katanga avait commis, par l'intermédiaire d'autres personnes, un meurtre constitutif de crime contre l'humanité lors d'une attaque lancée en février 2003 contre le village de Bogoro, en République démocratique du Congo⁸⁹.

46. Les crimes contre l'humanité font également partie de la compétence des tribunaux «hybrides» qui contiennent un mélange d'éléments de droit international et de droit interne. L'accord établissant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, conclu en 2002 entre la Sierra Leone et l'Organisation des Nations Unies, inclut les crimes contre l'humanité dans la compétence du Tribunal⁹⁰. L'article 2 du Statut du Tribunal dispose qu'il «est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique contre une population civile», énumérant ensuite neuf catégories de crimes. Plusieurs personnes ont été accusées de crimes contre l'humanité et certaines reconnues coupables par le Tribunal spécial, dont l'ex-Président du Libéria Charles Taylor⁹¹.

47. En revanche, le Statut du Tribunal spécial pour le Liban n'inclut pas les crimes contre l'humanité dans la

(Suite de la note 87.)

of *Procedure and Evidence*; Badar, «From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity». Conformément à l'article 7 du Statut, les deux éléments nécessaires pour qualifier de crime contre l'humanité l'un des divers actes proscrits sont les suivants : a) le comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile; et b) l'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie. Les éléments des crimes ont été modifiés à la lumière des nouveaux éléments adoptés à la Conférence de révision du Statut de Rome tenue en 2010. Voir *Éléments des crimes*, document ICC-PIDS-LT-03-002/11 (2011).

⁸⁸ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Chambre de première instance I, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012; *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07, Chambre de première instance II, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014 («*Katanga 2014*»); Sadat, «Crimes against humanity in the modern age», p. 355 à 368.

⁸⁹ *Katanga 2014* (voir note précédente), par. 1691. La défense et le Bureau du Procureur s'étant désistés de leurs appels, ce jugement est définitif.

⁹⁰ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de Sierra Leone relatif à la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone (Freetown, 16 janvier 2002), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, n° 38342, p. 137, à la page 154, art. 2.

⁹¹ Voir, par exemple, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, affaire n° SCSL-03-01-T, Chambre de première instance II, jugement, 18 mai 2012; *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, affaire n° SCSL-03-01-PT, Chambre d'appel, arrêt, 26 septembre 2013; voir aussi *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, Chambre d'appel, arrêt, 28 mai 2008; *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, affaire n° SCSL-04-16-A, Chambre d'appel, arrêt, 22 février 2008 (les décisions du Tribunal spécial pour la Sierra Leone sont disponibles sur le site du Tribunal à l'adresse suivante : www.rscsl.org); voir de manière générale Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone*, p. 40; Jalloh et Meisenberg, *The Law Reports of the Special Court for Sierra Leone*; Van der Wolf, *The Case Against Charles Taylor*; et Sadat, «Crimes against humanity in the modern age», p. 349 et 350.

compétence du Tribunal, qui a été créé en 2007 par le Conseil de sécurité et chargé d'appliquer le droit libanais et non le droit international⁹². Le Secrétaire général a estimé que les attentats terroristes dont connaîtrait le Tribunal «pouvaient correspondre à la définition *prima facie* du crime contre l'humanité dégagée par la jurisprudence [des tribunaux pénaux internationaux]⁹³». Cependant, l'inclusion des crimes contre l'humanité dans la compétence du Tribunal n'a pas été suffisamment appuyée au Conseil de sécurité⁹⁴.

48. Des tribunaux spéciaux ont été mis en place dans certains systèmes judiciaires nationaux (parfois avec la participation de juges internationaux) et certains ont exercé leur compétence à l'égard de crimes contre l'humanité. Les Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental, créées en 2000, étaient compétentes à l'égard des crimes contre l'humanité commis au Timor oriental entre le 1^{er} janvier et le 25 octobre 1999. Le libellé pertinent reprenait presque mot pour mot l'article 7 du Statut de Rome⁹⁵ et les Chambres spéciales ont reconnu coupables plusieurs accusés⁹⁶. De même,

⁹² Accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République libanaise sur la création d'un Tribunal spécial pour le Liban (Beyrouth, 22 janvier 2007, et New York, 6 février 2007), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2461, n° 44232, p. 257, et annexe de la résolution 1757 (2007) du Conseil de sécurité, en date du 30 mai 2007.

⁹³ Rapport du Secrétaire général sur la création d'un tribunal spécial pour le Liban, S/2006/893, par. 24.

⁹⁴ Voir *ibid.*, par. 25; déclaration de M. Nicholas Michel, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, lors des consultations officielles tenues par le Conseil de sécurité le 20 novembre 2006, S/2006/893/Add.1, p. 2 («Le texte du statut, le libellé du rapport, les travaux préparatoires et l'historique de la négociation le démontrent clairement : le tribunal n'aura pas la compétence de qualifier les attentats de crimes contre l'humanité»).

⁹⁵ Voir Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental, Règlement 2000/15 établissant des chambres ayant compétence exclusive pour connaître des crimes graves, UNTAET/REG/2000/15, sect. 5 [en anglais seulement]; voir aussi Ambos et Wirth, «The current law of crimes against humanity: an analysis of UNTAET Regulation 15/2000», p. 2.

⁹⁶ Chambres spéciales chargées de connaître des crimes graves commis au Timor oriental : *Prosecutor v. Joni Marques et al.*, affaire n° 9/2000, jugement, 11 décembre 2001, *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals (ALC)*, vol. XIII, p. 257; *Deputy Prosecutor General v. Francisco Pedro*, affaire n° 1/2001, jugement, 14 avril 2005, ALC, vol. XVI, p. 721; *Prosecutor v. Sabino Gouveia Leite*, affaire n° 04b/2001, jugement, 7 décembre 2002, ALC, vol. XIII, p. 637; *Prosecutor v. Jose Cardoso*, affaire n° 04c/2001, jugement, 5 avril 2003; *Prosecutor v. Lino de Carvalho*, affaire n° 10/2001, jugement, 18 mars 2004, ALC, vol. XVI, p. 467; *Prosecutor v. Anastacio Martins and Domingos Goncalves*, affaire n° 11/2001, jugement, 13 novembre 2003, ALC, vol. XVI, p. 339; *Prosecutor v. Armando Santos*, affaire n° 16/2001, jugement, 9 septembre 2002, ALC, vol. XIII, p. 541; *Prosecutor v. Benjamin Sarmiento and Romeiro Tilman*, affaire n° 18/2001, jugement, 16 juillet 2003, ALC, vol. XVI, p. 269; *Prosecutor v. João Sarmiento*, affaire n° 18a/2001, jugement, 12 août 2003, ALC, vol. XVI, p. 293; *Prosecutor v. Domingos Mendonça*, affaire n° 18b/2001, jugement, 13 octobre 2003, ALC, vol. XVI, p. 309; *Prosecutor v. Abilio Mendes Correia*, affaire n° 19/2001, jugement, 29 mars 2004, ALC, vol. XVI, p. 457; *Prosecutor v. Florencio Tacaqui*, affaire n° 20/2001, jugement, 9 décembre 2004, ALC, vol. XVI, p. 643; *Prosecutor v. Marculino Soares*, affaire n° 2b/2002, jugement, 1^{er} décembre 2004, ALC, vol. XVI, p. 545; *Prosecutor v. Umbertus Ena and Carlos Ena*, affaire n° 5/2002, jugement, 23 mars 2004, ALC, vol. XVI, p. 477; *Prosecutor v. Salvador Soares*, affaire n° 7a/2002, jugement, 9 décembre 2003, ALC, vol. XVI, p. 365; *Prosecutor v. Inacio Olivera, Gilberto Fernandes and Jose da Costa*, affaire n° 12/2002, jugement, 23 février 2004, ALC, vol. XVI, p. 425; *Prosecutor v. Damiao Da Costa Nunes*, affaire n° 1/2003, jugement, 10 décembre 2003, ALC, vol. XVI, p. 403; *Prosecutor v. Agostinho Ato-lan alias Quelo Mauno*, affaire n° 3/2003, jugement, 9 juin 2003, ALC, vol. XIII, p. 755; *Prosecutor v. Agostinho Cloe et al.*, affaire n° 4/2003,

en vertu de l'article 5 de la loi portant leur création, les Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, créées par le Cambodge en 2001⁹⁷ et objet d'un accord conclu en 2003 entre le Cambodge et l'Organisation des Nations Unies⁹⁸, «sont compétentes pour juger les suspects qui ont commis des crimes contre l'humanité⁹⁹», ce qu'elles ont fait¹⁰⁰. La Cour pénale suprême d'Iraq, créée en 2003 par le Conseil de gouvernement de l'Iraq, était également compétente pour connaître de crimes contre l'humanité¹⁰¹. De nouveau, à l'inverse du Statut du Tribunal de Nuremberg, les textes établissant ces juridictions n'exigent pas l'existence d'un lien avec un conflit armé¹⁰².

jugement, 16 novembre 2004, ALC, vol. XVI, p. 587; *Prosecutor v. Anton Lelan Sufa*, affaire n° 4a/2003, jugement, 25 novembre 2004, ALC, vol. XVI, p. 595; *Prosecutor v. Lino Beno*, affaire n° 4b/2003, jugement, 16 novembre 2004, ALC, vol. XVI, p. 579; *Prosecutor v. Domingos Metan*, affaire n° 4c/2003, jugement, 16 novembre 2004, ALC, vol. XVI, p. 573; *Prosecutor v. Gusmão*, affaire n° 7/2003, jugement, 28 février 2003; *Prosecutor v. Miguel Mau*, affaire n° 8/2003, jugement, 23 février 2004; *Prosecutor v. Mateus Lao a.k.a. Ena Poto*, affaire n° 10/2003, jugement, 3 décembre 2004, ALC, vol. XVI, p. 605; *Prosecutor v. Marcelino Soares*, affaire n° 11/2003, jugement, 11 décembre 2003, ALC, vol. XVI, p. 415; *Prosecutor v. Beny Ludji and José Gusmão*, affaire n° 16/2003, jugement, 19 mai 2004, ALC, vol. XVI, p. 505; *Prosecutor v. Aparicio Guterres a.k.a. Mau Buti*, affaire n° 18a/2003, jugement, 28 février 2005, ALC, vol. XVI, p. 683; *Prosecutor v. Januario da Costa and Mateus Punef*, affaire n° 22/2003, jugement, 25 avril 2005, ALC, vol. XVI, p. 765; *Prosecutor v. Rusdin Maubere*, affaire n° 23/2003, jugement, 5 juillet 2004, ALC, vol. XVI, p. 523; *Prosecutor v. Júlio Fernandes*, affaire n° 25/2003, jugement, 19 avril 2005, ALC, vol. XVI, p. 729; *Prosecutor v. Rudolfo Alves Correia aka "ADOLFO"*, affaire n° 27/2003, jugement, 25 avril 2005, ALC, vol. XVI, p. 745; *Prosecutor v. Alarico Mesquita et al.*, affaire n° 28/2003, jugement, 6 décembre 2004, ALC, vol. XVI, p. 611; *Prosecutor v. Francisco Perreira*, affaire n° 34/2003, jugement, 27 avril 2005, ALC, vol. XVI, p. 781; *Prosecutor v. Domingos de Deus*, affaire n° 2a/2004, jugement, 12 avril 2005, ALC, vol. XVI, p. 709; voir également Rapport présenté au Secrétaire général par la Commission d'experts chargée d'examiner les poursuites engagées contre les auteurs de violations graves des droits de l'homme commises au Timor-Leste (à l'époque le Timor oriental) en 1999, reproduit dans le document S/2005/458, annexe II; Reiger et Wierda, «The serious crimes process in Timor-Leste: in retrospect».

⁹⁷ Voir résolution 57/228B de l'Assemblée générale, en date du 13 mai 2003.

⁹⁸ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique (Phnom Penh, 6 juin 2003), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2329, n° 41723, p. 117.

⁹⁹ Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchea démocratique, avec inclusion d'amendements, promulguée le 27 octobre 2004 (NS/RKM/1004/006), art. 5, disponible à l'adresse suivante: www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_law_2004_French.pdf.

¹⁰⁰ Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens: *Le Procureur c. Kaing Guek Eav alias Duch*, affaire n° 001/18-07-2007/ECCC/TC, Chambre de première instance, jugement, 26 juillet 2010; *Le Procureur c. Nuon Chea et consorts*, affaire n° 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, Bureau des co-juges d'instruction, ordonnance de clôture, 15 septembre 2010.

¹⁰¹ Statut du Tribunal spécial iraquien, 10 décembre 2003, art. 10 b, ILM, vol. 43 (2004), p. 231. Le Gouvernement provisoire iraquien a promulgué en 2005 un nouveau statut fondé sur le précédent, rebaptisant le tribunal «Cour pénale suprême d'Iraq». Voir la loi sur la Cour pénale suprême d'Iraq, loi n° 10, *Journal officiel de la République d'Iraq*, vol. 47, n° 4006, 18 octobre 2005; voir également Scharf, «The Iraqi High Tribunal: a viable experiment in international justice?»; Kuschnik, «The legal findings of crimes against humanity in the Al-Dujail judgments of the Iraqi High Tribunal: a forerunner for the ICC?»; Van Heugten et Van Laar, *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity: The Dujail Case*.

¹⁰² Voir notamment *Le Procureur c. Kaing Guek Eav alias Duch* (note 100 *supra*), par. 291 («La notion de conflit armé ne figure

49. Les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises, créées en 2012 et 2013 en application d'accords entre le Sénégal et l'Union africaine, sont habilitées à juger les «responsables des crimes et violations graves du droit international, de la coutume internationale et des conventions internationales ratifiées par le Tchad et le Sénégal, commis sur le territoire tchadien du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990¹⁰³». Le paragraphe b de l'article 4 de leur Statut dispose qu'elles ont compétence à l'égard des crimes contre l'humanité, définis à l'article 6 du Statut en des termes s'inspirant de l'article 7 du Statut de Rome sans pour autant le reproduire¹⁰⁴.

50. Enfin, les crimes contre l'humanité sont parfois apparus également dans la jurisprudence de juridictions régionales des droits de l'homme¹⁰⁵, dont la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁰⁶ et la Cour européenne des droits de l'homme. Par exemple, en 2008, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme s'est penchée sur le sens de la notion de crimes contre l'humanité en 1956, concluant que, même alors, le lien avec un conflit armé, qui à l'origine faisait partie de la définition en droit coutumier, pouvait ne plus être pertinent¹⁰⁷.

51. À la lumière de cette évolution, il est maintenant bien établi qu'en droit international les crimes contre l'humanité engagent la responsabilité pénale de leurs auteurs. Comme la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie l'a souligné dans le jugement *Tadić*, «depuis le Statut de Nuremberg, le caractère coutumier de l'interdiction des crimes contre l'humanité et l'imposition de la responsabilité pénale individuelle pour leur perpétration n'ont pas été sérieusement contestés¹⁰⁸».

d'ailleurs pas dans la définition actuellement retenue, en droit international coutumier, des crimes contre l'humanité»).

¹⁰³ Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et l'Union africaine sur la création de chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises, 22 août 2012, disponible à l'adresse suivante: www.chambresafriennes.org/pdf/Accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf; et Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et l'Union africaine portant statut des Chambres africaines extraordinaires, 30 janvier 2013, ILM, vol. 52 (2013), p. 1028.

¹⁰⁴ Annexe à l'Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et l'Union africaine sur la création de chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises, 22 août 2012, et figurant dans l'Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et l'Union africaine portant statut des Chambres africaines extraordinaires, 30 janvier 2013 (voir note précédente).

¹⁰⁵ Voir Huneeus, «International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the human rights bodies».

¹⁰⁶ Voir notamment Dondé Matute, «Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos».

¹⁰⁷ *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, par. 82, CEDH 2008. Une jurisprudence internationale pourrait aussi se former à la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Voir Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, art. 28A (aux termes duquel la Section du droit international pénal de la Cour a qualité pour juger les auteurs de crimes contre l'humanité). Cependant, en janvier 2015, le Protocole et les amendements n'étaient toujours pas entrés en vigueur.

¹⁰⁸ *Le Procureur c. Duško Tadić alias «Dule»*, affaire n° IT-94-1-T, Chambre de première instance, jugement, 7 mai 1997, *Recueils judiciaires* 1997, p. 408, par. 623 («*Tadić* 1997»); voir également Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao* (affaire du *Revolutionary United Front*), affaire n° SCSL-04-15-T, Chambre de première instance I, jugement, 2 mars 2009, par. 58.

D. Les crimes contre l'humanité en droit interne

52. Dans son rapport annuel sur les travaux de sa soixante-sixième session¹⁰⁹, la Commission a prié les États de lui indiquer : *a*) si, actuellement, leur droit interne réprime expressément les « crimes contre l'humanité » en tant que tels et, dans l'affirmative ; *b*) le texte des lois pénales pertinentes ; *c*) les conditions dans lesquelles ils sont habilités à exercer leur compétence à l'égard de l'auteur supposé d'un crime contre l'humanité (par exemple lorsque le crime est commis sur leur territoire ou par un national ou un résident) ; et *d*) les décisions de leurs tribunaux internes ayant eu à connaître de crimes contre l'humanité. Au début de février 2015, la Commission avait reçu des réponses de quatre États. Les informations contenues dans ces réponses sont incorporées dans le présent rapport.

53. Les législations de plusieurs États traitent d'une certaine manière des crimes contre l'humanité et permettent ainsi des poursuites au niveau national dans le cadre de leur champ d'application¹¹⁰. Par exemple, le chapitre 11 du Code pénal finlandais incrimine les crimes contre l'humanité (ainsi que le génocide et les crimes de guerre)¹¹¹. La section 3 de ce chapitre définit l'infraction et la section 4 énonce les circonstances dans lesquelles elle doit être considérée comme aggravée. De manière générale, le droit pénal finlandais ne s'applique qu'aux crimes commis sur le territoire finlandais ; aux crimes commis sur le territoire d'un autre État par une personne de nationalité finlandaise ou résidant en Finlande, ou par une personne de nationalité danoise, islandaise, norvégienne ou suédoise ou résidant dans ces pays et arrêtée en Finlande ; et aux crimes commis sur le territoire d'un autre État à l'encontre de nationaux finlandais et passibles de plus de six mois de prison. Il y a cependant des exceptions à cette règle générale. Ainsi, la section 7, paragraphe 1, du chapitre 1 du Code pénal dispose que le droit finlandais s'applique à une infraction commise hors de la Finlande si, indépendamment du droit applicable à l'endroit où l'acte a été commis, l'acte est punissable en vertu d'un accord international liant la Finlande ou de toute autre loi ou règlement internationalement contraignant pour la Finlande (*infraction internationale*). Les crimes contre l'humanité sont considérés comme une telle infraction.

54. De même, le titre 12 *bis* du Code pénal suisse¹¹² incrimine le génocide et les crimes contre l'humanité et son article 264a définit ces derniers. Le droit suisse s'applique aux crimes commis en Suisse (article 3 du Code

pénal suisse) et à ceux commis à l'étranger contre l'État suisse (art. 4) ou contre des mineurs (art. 5), que la Suisse s'est engagée à poursuivre en vertu d'un accord international (art. 6) ou qui d'une autre manière constituent un acte punissable dans l'État où ils ont été commis si l'auteur se trouve en Suisse et si, selon le droit suisse, l'acte peut donner lieu à l'extradition, mais que l'auteur n'est pas extradé (lorsque l'auteur n'est pas de nationalité suisse et que le crime n'a pas été commis contre un ressortissant suisse, alors les poursuites ne sont possibles que si la demande d'extradition a été rejetée pour un motif autre que la nature de l'acte ou si l'auteur a commis un crime particulièrement grave proscrit par la communauté internationale) [art. 7].

55. D'autres États ne disposent d'aucune loi nationale incriminant expressément les « crimes contre l'humanité », même s'ils peuvent avoir des lois permettant de poursuivre les auteurs d'actes qui, dans certaines circonstances, constituent de tels crimes. Par exemple, les États-Unis n'ont pas de loi sur les crimes contre l'humanité en tant que tels. Ils ont bien des lois prévoyant l'interdiction pénale de la torture, des crimes de guerre et du génocide¹¹³ mais elles n'incriminent pas tous les actes susceptibles de constituer des crimes contre l'humanité, et certains des actes définis comme crimes contre l'humanité dans certains textes internationaux sont absents du droit national des États-Unis. Dans le même temps, d'autres lois de portée extraterritoriale peuvent s'appliquer selon les circonstances, comme les lois sur les infractions liées au terrorisme ou la criminalité violente. Le droit cubain n'incrimine pas non plus les « crimes contre l'humanité » en tant que tels mais en tient compte pour lever certaines des prescriptions qu'il prévoit¹¹⁴.

56. Des poursuites nationales ont eu lieu à plusieurs reprises durant les décennies qui ont suivi Nuremberg, notamment dans les affaires *Eichmann* et *Demjanjuk* en Israël¹¹⁵, *Menten* aux Pays-Bas¹¹⁶, *Barbie* et *Touvier* en France¹¹⁷, et *Finta*, *Mugesera* et *Munyaneza* au Canada¹¹⁸. De telles affaires peuvent soulever des questions difficiles concernant les immunités, la prescription et l'effet de lois nationales d'amnistie. Par exemple, actuellement,

¹¹³ Voir Code des États-Unis, titre 18 (18 U.S.C.), sect. 2340A (2012) [interdiction de la torture] ; *ibid.*, sect. 2441 (2012) [interdiction des crimes de guerre] ; et *ibid.*, sect. 1091 (2012) [interdiction du génocide].

¹¹⁴ Voir Code pénal de Cuba, loi n° 62, art. 5, par. 3 ; et art. 18, par. 4, texte disponible à l'adresse suivante : www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/codigo-penal/ (en espagnol uniquement).

¹¹⁵ *Attorney General for the Government of Israel v. Eichmann*, ILR, vol. 36, p. 5, District de Jérusalem, à la page 277, Cour suprême d'Israël (1962) ; *Attorney General for the Government of Israel v. Demjanjuk*, Tribunal de Jérusalem, jugement, 18 avril 1988 ; *Demjanjuk v. State of Israel*, Isr. S.C. 221 (1993), Cour suprême d'Israël ; voir Baade, « The Eichmann trial: some legal aspects » ; Fawcett, « The Eichmann case » ; Schwarzenberger, « The Eichmann judgment ».

¹¹⁶ *Menten Case*, ILR, vol. 75, p. 331 (Cour Suprême des Pays-Bas).
¹¹⁷ Affaire *Barbie*, 20 décembre 1985, *ibid.*, vol. 78, p. 124 ; 3 juin 1988, Cour de cassation, *ibid.*, vol. 100, p. 330 ; affaire *Touvier*, 27 novembre 1992, Cour de cassation, *ibid.*, vol. 100, p. 338 ; voir Sadat, « The interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: from Touvier to Barbie and back again » ; Chalandon et Nivelle, *Crimes contre l'humanité : Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*.

¹¹⁸ *Regina v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, [1997], ILR, vol. 104, p. 284 (Cour suprême du Canada) ; *Munyaneza c. R.*, 2014 QCCA 906 (Cour d'appel du Québec), arrêt, 7 mai 2014.

¹⁰⁹ Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 21, par. 34.

¹¹⁰ Voir, de manière générale, Eser *et al.*, *National Prosecution of International Crimes* ; Bergsmo *et al.*, *Importing Core International Crimes into National Law* ; García Falconi, « The codification of crimes against humanity in the domestic legislation of Latin American States » ; Van der Wolf, *Prosecution and Punishment of International Crimes by National Courts*. Pour des études portant sur un pays précis, voir, par exemple, Ferstman, « Domestic trials for genocide and crimes against humanity: the example of Rwanda » ; Van den Herik, « The Dutch engagement with the project of international criminal justice ».

¹¹¹ Code pénal finlandais, loi n° 39/1889, modifiée en 2012, disponible à l'adresse suivante : www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf (traduction non officielle en anglais).

¹¹² Code pénal suisse, loi n° 311.0, modifiée en 2015, disponible à l'adresse suivante : www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html.

au Brésil, dans l'affaire *Rubens Paiva*, les juridictions inférieures ont autorisé la poursuite d'une procédure contre d'anciens officiers de l'armée ou de la police qui auraient commis des crimes contre l'humanité, malgré la loi d'amnistie de 1979¹¹⁹. Dans certaines circonstances, la question des crimes contre l'humanité s'est posée dans le cadre de procédures nationales autres que des poursuites judiciaires, par exemple d'extradition¹²⁰ ou d'immigration¹²¹. Au cours des dernières années, de nombreux États, influencés par le Statut de Rome¹²², ont adopté des lois nationales incriminant les crimes contre l'humanité ainsi que d'autres crimes ou les ont modifiées en ce sens¹²³.

57. Diverses études ont visé non seulement à renseigner l'ensemble des lois nationales portant sur les crimes contre l'humanité mais également à en analyser la portée, en ce qui concerne à la fois le fond et les circonstances dans lesquelles une compétence peut s'exercer à l'égard de ces crimes¹²⁴. En évaluant de telles lois, il importe de

¹¹⁹ Sur la décision de la Cour d'appel fédérale confirmant la décision prise par le tribunal de première instance de ne pas appliquer la loi d'amnistie, voir Brésil, Tribunal régional fédéral de la 2^e région, 2^e Chambre spécialisée, *Habeas Corpus* n° 0104222-36.2014.4.02.0000, *Rodrigo Henrique Roca Pires e Outro c. Juízo da 4a Vara Federal Criminal*, 26 août 2014. La Cour suprême a toutefois suspendu la procédure dans l'attente d'une décision sur l'applicabilité de la loi d'amnistie. Voir Brésil, Cour suprême fédérale, Rcl 18686 MC/RJ, Rapporteur: Min. Teori Zavascki, décision du 29 septembre 2014, publiée sous forme électronique dans le DJe-191 le 1^{er} octobre 2014, disponible à l'adresse suivante: www.stf.jus.br.

¹²⁰ Voir, par exemple, *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (6^e circuit 1985), demande de *certiorari* refusée, 475 U.S. 1016 (1986).

¹²¹ Voir, par exemple, *Mugesera v. Canada*, [2005] 2 SCR 100 (Cour suprême du Canada). Pour une analyse de l'utilisation par le Canada des procédures d'immigration aux fins de s'attaquer aux crimes contre l'humanité, concluant à l'insuffisance de cette pratique, voir Yap, «*Aut deportare aut judicare: current topics in international humanitarian law in Canada*».

¹²² Pour une analyse de la manière dont la complémentarité prévue dans le Statut de Rome agit comme une incitation à adopter une législation nationale et un examen des arguments pour et contre la présence d'une obligation en ce sens dans le Statut de Rome, voir Kleffner, «*The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law*», p. 91 («*Le Statut est ambigu sur ce point, et tant les États que les spécialistes divergent*»).

¹²³ Voir, par exemple, Alvarez, «*The implementation of the ICC Statute in Argentina*»; Canada, loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre du Canada, L.C. 2000, ch. 24; Lafontaine, «*Parties to offences under the Canadian Crimes against Humanity and War Crimes Act: an analysis of principal liability and complicity*»; Currie et Rikhof, *International and Transnational Criminal Law* (enquête sur le traitement des crimes internationaux dans le droit canadien); Allemagne, Code relatif aux crimes contre le droit international, *Bundesgesetzblatt*, sect. 7, I, p. 2254 (2002), disponible sur le site Web du Ministère fédéral de la justice: www.bmjv.de; Capus, «*Die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschheit nach schweizerischem und nach internationalem Recht*»; Werle et Jessberger, «*International criminal justice is coming home: the new German Code of Crimes against International Law*»; Roscini, «*Great expectations — the implementation of the Rome Statute in Italy*»; Afrique du Sud, loi n° 27 de 2002 portant application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *Government Gazette of the Republic of South Africa*, vol. 445, n° 23642, 18 juillet 2002; Fournet, *Genocide and Crimes Against Humanity – Misconceptions and Confusion in French Law and Practice*; Du Plessis, «*South Africa's implementation of the ICC Statute – an African example*». Sur l'application extraterritoriale de la loi sud-africaine, voir *National Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre* (485/2012) [2013], Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud, 168, 27 novembre 2013.

¹²⁴ Voir Amnesty International, *Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World* (2011); Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (en particulier le chapitre 9, intitulé «*A survey of national legislation*

se demander: a) s'il existe une loi portant spécifiquement sur les «*crimes contre l'humanité*» (et non juste des lois pénales ordinaires sanctionnant les actes de violence ou de persécution); et, dans l'affirmative, b) si cette loi inclut l'ensemble des éléments figurant dans la définition la plus pertinente de ces crimes à l'heure actuelle, c'est-à-dire à l'article 7 du Statut de Rome; et c) si cette loi ne s'applique qu'aux actes commis sur le territoire de l'État concerné ou également aux actes commis à l'étranger par ou contre ses nationaux, ou même aux actes commis à l'étranger par des non-nationaux contre des non-nationaux¹²⁵.

58. Une étude sur la question achevée en juillet 2013 a permis de tirer plusieurs conclusions: premièrement, des études antérieures, lues ensemble, indiquent que 54 % des États Membres de l'Organisation des Nations Unies (104 sur 193) au plus avaient l'une ou l'autre forme de législation sur les crimes contre l'humanité¹²⁶. Les autres (89 États sur 193) semblaient n'avoir aucune loi sur le sujet. Cette étude révélait en outre que des études précédentes, lues ensemble également, indiquaient que 66 % des États parties au Statut de Rome (80 États sur 121) au plus avaient l'une ou l'autre forme de législation sur les crimes contre l'humanité, et que 34 % des États parties au Statut de Rome (41 États sur 121) n'avaient donc aucune loi sur le sujet¹²⁷.

59. Deuxièmement, dans le cadre de l'étude de 2013, il a été procédé à un examen qualitatif approfondi de la législation d'un échantillon de 83 États (les États Membres de l'Organisation des Nations Unies dont le nom commence par les lettres A à I). Puisque des études antérieures donnaient à penser que 12 de ces États n'avaient pas de législation concernant les crimes contre l'humanité, l'examen qualitatif a consisté à évaluer les lois des 71 autres États. Il a abouti à la conclusion qu'en fait seuls 41 % des États considérés (34 États sur 83) disposaient véritablement d'une législation spécifique sur les «*crimes contre l'humanité*»¹²⁸, et que, sur les 58 États parties au Statut de Rome parmi les 83 États composant l'échantillon, 48 % (soit 28 États sur 58) disposaient d'une telle législation¹²⁹.

and prosecutions for crimes against humanity»); Comité international de la Croix-Rouge, *International Humanitarian Law National Implementation Database* (base de données sur la mise en œuvre nationale du droit international humanitaire) [mise à jour régulièrement], disponible à l'adresse suivante: www.icrc.org/ihl-nat; International Human Rights Law Clinic (Clinique juridique spécialisée dans le droit international des droits de l'homme) de la faculté de droit de l'Université George Washington, «*Comparative law study and analysis of national legislation relating to crimes against humanity and extraterritorial jurisdiction*».

¹²⁵ Pour un examen général des juridictions nationales dans le contexte des crimes internationaux, voir Cassese et Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*.

¹²⁶ International Human Rights Law Clinic, «*Comparative law study...*», p. 487 et 488.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 488.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 493. En revanche, 20 % des États de l'échantillon (17 États sur 83) avaient des lois qui ne portaient pas véritablement sur les «*crimes contre l'humanité*» mais dont on peut considérer qu'elles incluent des caractéristiques de ces crimes, telles que l'interdiction d'un ou plusieurs des actes visés au paragraphe 1 a à k de l'article 7 du Statut de Rome. Dans ce groupe figurent les États qui ont une loi censée porter sur les «*crimes contre l'humanité*» mais traitant en réalité de crimes de guerre et de génocide, *ibid.*, p. 490 et 491. Les 39 % restants des États considérés (32 États sur 83) n'avaient apparemment aucune loi sur la question, *ibid.*, p. 490, note 19.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 493.

60. Troisièmement, pour les 34 États possédant une législation spécifique sur les « crimes contre l'humanité », on a procédé à une analyse approfondie des dispositions de ces lois. Seuls 29 % de ces États (10 États sur 34) avaient adopté mot pour mot la définition de ces crimes figurant à l'article 7 du Statut de Rome¹³⁰. Ainsi, des 83 États de l'échantillon, seuls 12 % environ (10 États sur 83) avaient adopté intégralement le libellé de l'article 7 du Statut de Rome. La plupart des 34 États ayant une législation spécifique sur les « crimes contre l'humanité » s'étaient écartés de ce libellé, en omettant des éléments du chapeau (par. 1) ou certains des actes prohibés énoncés au paragraphe 1 *a* à *k*, de l'article 7, ou encore omettant le deuxième ou le troisième paragraphe de l'article 7, notamment l'expression « dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ». En fin de compte, sur les 34 États possédant une législation nationale spécifique sur les « crimes contre l'humanité », dans 71 % des cas (24 États sur 34), il y manquait des éléments clés de la définition énoncée à l'article 7, certaines des différences de fond étant mineures et d'autres considérables¹³¹.

61. Enfin, les auteurs de l'étude de 2013 ont cherché à savoir si les 34 États possédant une législation spécifique sur les « crimes contre l'humanité » pouvaient exercer leur compétence à l'égard d'un non-national ayant commis à l'étranger un crime contre des non-nationaux. L'étude a conclu que près de 62 % de ces États (21 États sur 34) pouvaient exercer une telle compétence, ce qui revient à dire que seuls 25 % des États de l'échantillon (21 États sur 83) pouvaient exercer une telle compétence. En outre, sur les 58 États parties au Statut de Rome figurant dans l'échantillon, 33 % (19 États sur 58) possèdent une législation spécifique sur les « crimes contre l'humanité » et peuvent également exercer une telle compétence¹³².

62. Plusieurs États ont établi au sein de leurs systèmes juridiques des instances ou des procédures spéciales pour enquêter sur les crimes contre l'humanité et d'autres crimes internationaux et en poursuivre les auteurs¹³³. Ces instances ont à leur tour commencé à développer des réseaux de coopération, tels que le réseau européen de points de contact en ce qui concerne les personnes responsables de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre¹³⁴. L'Organisation internationale de

police criminelle (INTERPOL) a créé une unité de soutien aux enquêtes sur les malfaiteurs en fuite, chargée de faciliter l'arrestation et l'extradition des personnes accusées de tels crimes¹³⁵.

63. Indépendamment des lois prévoyant que les auteurs de crimes contre l'humanité peuvent être poursuivis au pénal, certains États ont également inclus l'interdiction de ces crimes dans leur réglementation sur l'immigration¹³⁶. Selon ces dispositions, les personnes accusées de crimes contre l'humanité peuvent être interdites d'entrée dans le pays en question, expulsées et poursuivies pour fraude à leur entrée sur le territoire.

64. Les disparités dans l'adoption de législations sur les crimes contre l'humanité ont des incidences sur la coopération interétatique pour ce qui est de sanctionner les infractions. Les accords bilatéraux et multilatéraux existants sur l'entraide judiciaire et l'extradition exigent généralement que l'infraction en cause soit incriminée aussi bien dans le droit de l'État requérant que dans celui de l'État requis (« double incrimination »); si les législations des États concernés ne sont pas comparables, la coopération n'est généralement pas demandée. Étant donné qu'un grand nombre d'États n'ont pas de législation sur les crimes contre l'humanité et que les législations des États qui les ont érigés en infraction diffèrent considérablement, il existe actuellement d'importants obstacles à la coopération entre États. En outre, le fait que la plupart des États ne disposent pas de lois leur permettant d'exercer leur juridiction à l'égard des non-nationaux dans le cas de crimes contre l'humanité commis à l'étranger contre des non-nationaux fait que souvent les auteurs de ces crimes cherchent simplement refuge dans un État autre que celui où les actes ont été commis. Même dans les cas où les États ont adopté des législations concordantes en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, il n'existe peut-être pas d'obligation réciproque de coopérer concernant l'infraction, même sous la forme d'une obligation d'extrader ou de poursuivre l'auteur supposé.

responsables de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre (*Journal officiel des Communautés européennes*, vol. 45, L 167, 26 juin 2002, p. 1 et 2), et réaffirmé avec sa décision 2003/335/JAI du 8 mai 2003 concernant les enquêtes et les poursuites pénales relatives aux génocides, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre (*Journal officiel de l'Union européenne*, vol. 46, L 118, 14 mai 2003, p. 12 à 14).

¹³⁵ Voir le programme d'INTERPOL sur les crimes de guerre, disponible à l'adresse suivante: www.interpol.int/fr/Infractions/Crimes-de-guerre.

¹³⁶ Voir, par exemple, Canada, loi sur l'immigration et la protection des réfugiés du Canada, L.C 2001, ch. 27, telle que modifiée le 16 décembre 2014; et États-Unis, proclamation présidentielle 8697, en date du 4 août 2011, qui suspend l'entrée sur le territoire des États-Unis d'Amérique, en tant qu'immigrants ou visiteurs, des personnes participant à de graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire et à d'autres exactions, *Federal Register*, vol. 76 (2011), p. 49277.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 492.

¹³¹ *Ibid.*, p. 483, 493 à 495 et 497 à 503.

¹³² *Ibid.*, p. 505 à 513.

¹³³ Voir, par exemple, le programme du Canada concernant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, disponible à l'adresse suivante: www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/cdg-wc/index.html.

¹³⁴ Ce réseau a été créé en application de la décision 2002/494/JAI du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 portant création d'un réseau européen de points de contact en ce qui concerne les personnes

CHAPITRE III

Conventions multilatérales favorisant la prévention de la criminalité, l'incrimination et la coopération interétatique en la matière

65. Pour atteindre les objectifs énoncés plus haut au chapitre I, la Commission peut s'inspirer de nombreuses conventions multilatérales favorisant la prévention de la

criminalité transnationale, l'incrimination et la coopération interétatique en la matière. À cet égard, elle a également contribué à l'élaboration d'un projet de convention de cet

ordre, devenu la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques¹³⁷. Les conventions sur le génocide et les crimes de guerre présentent un intérêt majeur, tout comme d'autres instruments visant à traiter de manière globale des infractions spécifiques, tels que les conventions touchant la torture commanditée par l'État, les disparitions forcées, la corruption et la criminalité organisée transnationales et les infractions liées au terrorisme. De même, les conventions multilatérales sur l'extradition, l'entraide judiciaire et la prescription peuvent fournir de précieuses orientations sur ces questions. On trouvera ci-après un bref examen de certains aspects de ces conventions.

A. Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948

66. Aux termes de l'article premier de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide¹³⁸, les Parties contractantes « confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir ». À l'article II, le crime de génocide est défini en des termes repris ultérieurement mot pour mot à l'article 6 du Statut de Rome. À l'article III, il est dit que le crime de génocide en tant que tel est réprimé, mais aussi l'entente en vue de commettre le génocide, l'incitation directe et publique à commettre le génocide, la tentative de génocide et la complicité dans le génocide. L'article IV dispose que les personnes ayant commis un génocide ou l'un des autres actes énumérés à l'article III (tels que la complicité dans le génocide) seront punies, « qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers ».

67. L'article V de la Convention se lit comme suit :

Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III.

L'article VI dispose que les personnes accusées de génocide seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État « sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la Cour criminelle internationale qui sera compétente ». L'article VII traite de l'extradition, précisant que le génocide n'est pas considéré comme un « crime politique » pour ce qui est de l'extradition et que les parties « s'engagent en pareil cas à accorder l'extradition conformément à leur législation et aux traités en vigueur ». À l'article VIII, il est rappelé que toute partie peut saisir les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies afin que ceux-ci prennent les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide, et l'article IX dispose que les différends relatifs

à la Convention seront soumis à la Cour internationale de Justice à la requête d'une partie au différend.

68. Comme les crimes contre l'humanité, le crime de génocide a été incorporé aux statuts de diverses juridictions pénales internationales et traité dans leur jurisprudence. Par ailleurs, la Cour internationale de Justice a interprété des dispositions de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans plusieurs de ses décisions¹³⁹.

B. Conventions de Genève de 1949 et Protocole additionnel I¹⁴⁰

69. Les quatre Conventions de Genève de 1949 prévoient dans un article commun¹⁴¹ un même mécanisme permettant de poursuivre les personnes ayant commis des « infractions graves¹⁴² » à leurs dispositions. Aux termes du premier paragraphe de cet article commun, les parties

¹³⁹ *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 15; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 595; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [voir supra la note 6]; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 2008, p. 412; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [voir supra la note 6].

¹⁴⁰ L'analyse proposée dans la présente section repose sur l'étude réalisée par le Secrétariat intitulée « Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé "L'obligation d'extraire ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)" », *Annuaire... 2010*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/630, p. 350 et 352, par. 44 à 48, et 59 et 60. Les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) et le Protocole additionnel I sont : la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Convention I), la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Convention II), la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Convention III), la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV) et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I).

¹⁴¹ Convention de Genève I, art. 49; Convention de Genève II, art. 50; Convention de Genève III, art. 129; Convention de Genève IV, art. 146.

¹⁴² Chacune des Conventions comprend un article où sont décrits les actes constituant les « infractions graves » pour ce qui la concerne. Dans les Conventions de Genève I et II, cet article est identique (art. 50 et art. 51, respectivement) : « Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire. »

L'article 130 de la Convention de Genève III se lit comme suit : « Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, le fait de contraindre un prisonnier de guerre à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de le priver de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention. »

¹³⁷ Projet établi par la Commission à sa vingt-quatrième session, en 1972; la Convention, négociée et adoptée par l'Assemblée générale en 1973, est entrée en vigueur en 1977 et comptait 178 États parties en janvier 2015.

¹³⁸ Voir également Gil Gil, *El genocidio y otros crímenes internacionales*; Gaeta, *The UN Genocide Convention: A Commentary*; Tams, Berster et Schiffbauer, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*.

« s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves » aux Conventions. Le deuxième paragraphe de l'article commun se lit comme suit :

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes.

70. Cette obligation de prendre des mesures nécessaires contre l'auteur présumé de telles infractions graves n'est soumise à aucune condition de lien juridictionnel entre l'intéressé et l'État partie dans lequel il se trouve. Il s'agit d'une obligation de poursuivre assortie d'une possibilité de transfèrement. En outre, l'obligation de rechercher et de poursuivre l'auteur présumé existe indépendamment de toute demande de transfèrement par une autre partie¹⁴³.

71. L'obligation décrite ci-avant se limite aux infractions graves, mais l'article commun dispose également, dans son troisième paragraphe, que les États parties doivent prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les actes contraires aux dispositions des Conventions, autres que les infractions graves. Enfin, il est précisé dans son quatrième paragraphe qu'« [e]n toutes circonstances, les inculpés bénéficieront de garanties de procédure et de libre défense qui ne seront pas inférieures à celles prévues par les articles 105 et suivants » de la Convention III. D'autres articles traitent brièvement de la responsabilité des États parties à raison de violations des Conventions et la possibilité d'ouvrir une enquête sur toute violation alléguée des Conventions¹⁴⁴.

72. Le Protocole I fait fond sur la disposition de l'article commun aux Conventions concernant la punition des auteurs. En substance, l'article commun est rendu applicable par le Protocole I par renvoi ; le premier paragraphe de l'article 85 du Protocole I précise que « [l]es dispositions des Conventions relatives à la répression des infractions et des infractions graves, complétées par la présente section, s'appliquent à la répression des infractions et des infractions graves au présent Protocole »¹⁴⁵. Le Protocole I

(Suite de la note 142.)

L'article 147 de la Convention de Genève IV se lit comme suit : « Les infractions graves visées à l'article précédent sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de la priver de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention, la prise d'otages, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire. »

¹⁴³ Voir Pictet, *Les Conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaire*, p. 634.

¹⁴⁴ Voir, par exemple, Convention III, art. 131 et 132.

¹⁴⁵ Les « infractions graves » sont mentionnées à l'article 11 et aux paragraphes 2 et 4 de l'article 85 du Protocole I.

se fonde également sur les Conventions de Genève en ce qui concerne une série d'articles conçus pour aider à la répression des infractions : l'article 86 traite des omissions de l'État contraires à un devoir d'agir ; l'article 87 des devoirs des commandants ; l'article 88 de l'entraide judiciaire en matière pénale¹⁴⁶ ; l'article 89 de la coopération interétatique en cas de violations graves des Conventions de Genève ou du Protocole I ; l'article 90 de la création d'une commission internationale d'établissement des faits aux fins d'enquêter sur tout fait prétendu être une infraction grave ; et l'article 91 de l'obligation pour les États parties de payer des indemnités pour toutes violations des Conventions de Genève ou du Protocole I.

C. Autres conventions pouvant être considérées comme pertinentes

73. Selon les définitions contemporaines, des actes tels que la « torture », l'« esclavage » et les « disparitions forcées » peuvent constituer des crimes contre l'humanité s'ils sont commis à grande échelle ou de manière systématique contre une population civile. En élaborant une convention sur les crimes contre l'humanité, il convient donc de tenir compte des conventions traitant de tels actes.

74. Par exemple, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants comprend une série d'articles définissant ce crime, encourageant les États parties à le prévenir, à l'ériger en infraction et à établir leur compétence à son égard, et imposant à l'État partie d'extrader ou de poursuivre toute personne qui s'en serait rendue coupable et se trouvant sur son territoire. De nombreuses autres dispositions régissent d'autres obligations des États parties, ainsi que la coopération interétatique et le règlement des différends. En janvier 2015, 156 États étaient parties à la Convention. La Cour internationale de Justice a récemment traité assez longuement de l'obligation *aut dedere aut judicare*¹⁴⁷, qui a également fait l'objet d'un rapport de la Commission en 2014¹⁴⁸.

75. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹⁴⁹ est assortie d'un protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants. On y trouve une définition de la traite des personnes et des dispositions imposant aux États parties de l'ériger en infraction dans leur droit interne et de prendre des mesures de prévention. Les dispositions de la Convention, qui s'appliquent *mutatis mutandis* au Protocole, énoncent diverses obligations concernant les poursuites, la juridiction, le jugement et

¹⁴⁶ Aux termes du premier paragraphe de l'article 88, les États parties « s'accorderont l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure relative aux infractions graves aux Conventions ou au présent Protocole ». Le paragraphe 2 de l'article 88 précise que, lorsque les circonstances le permettent, les parties au Protocole I doivent coopérer en matière d'extradition, et notamment prendre dûment en considération la demande de l'État sur le territoire duquel l'infraction alléguée s'est produite. Le troisième paragraphe de l'article 88 dispose que, dans tous les cas, la loi applicable est celle de la partie requise et que les dispositions de ces paragraphes « n'affectent pas les obligations découlant des dispositions de tout autre traité de caractère bilatéral ou multilatéral qui régit ou régira en tout ou en partie le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale ».

¹⁴⁷ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* [voir *supra* la note 70].

¹⁴⁸ *Annuaire... 2014*, vol. II (2^e partie), p. 98, par. 65.

¹⁴⁹ En janvier 2015, 179 États étaient parties à la Convention.

les sanctions, ainsi que l'extradition, l'entraide judiciaire et d'autres questions. En janvier 2015, 166 États étaient parties au Protocole.

76. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées¹⁵⁰ comprend également des dispositions sur la définition de l'infraction, son incrimination, le principe *aut dedere aut judicare*, l'entraide judiciaire et l'extradition. On notera que l'article 5 de la Convention se lit comme suit : « La pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité, tel qu'il est défini dans le droit international applicable, et entraîne les conséquences prévues par ce droit. »¹⁵¹ En janvier 2015, 44 États étaient parties à la Convention.

77. Il existe évidemment de nombreux autres traités mondiaux traitant de questions touchant la prévention,

¹⁵⁰ En janvier 2015, 44 États étaient parties à la Convention.

¹⁵¹ Voir Vermeulen, *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, p. 60 à 62.

l'incrimination, le principe *aut dedere aut judicare*, l'entraide judiciaire, l'extradition et le règlement des différends, ainsi que d'autres questions pouvant intéresser une convention sur les crimes contre l'humanité. Il existe aussi des instruments pertinents au niveau régional ou sous-régional, tels que le Protocole sur la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination¹⁵². La Commission devrait examiner l'ensemble de ces instruments au cours de ses travaux, en gardant à l'esprit que la valeur et l'efficacité de dispositions particulières doivent être évaluées en contexte.

¹⁵² Le Protocole sur la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination (signé lors de la Conférence internationale sur la région des Grands Lacs du 29 novembre 2006 et entré en vigueur en 2008). La Conférence internationale sur la région des Grands Lacs, qui a élaboré ce protocole, se compose des États suivants : Angola, Burundi, Congo, Kenya, Ouganda, République centrafricaine, République démocratique du Congo, République-Unie de Tanzanie, Rwanda, Soudan, Soudan du Sud et Zambie. Le Protocole complète le Pacte sur la sécurité, la stabilité et le développement dans la région des Grands Lacs.

CHAPITRE IV

Prévention et répression des crimes contre l'humanité

78. Les traités portant sur les mesures prises pour ériger en infraction certains actes se concentrent essentiellement sur la punition des auteurs des crimes visés, mais beaucoup mentionnent également l'une ou l'autre forme d'obligation pour les États parties de prendre des mesures de prévention. Cette obligation de prévention peut être énoncée dans un seul article traitant la question de la prévention au sens large ou figurer dans plusieurs articles qui, pris ensemble, servent le même propos.

79. Au niveau le plus général, cette obligation signifie simplement que les États parties doivent prendre des mesures de prévention (et de répression) des actes en question. Ainsi, l'article premier de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide se lit comme suit : « Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir. » La plupart des autres dispositions de cette convention portent sur des mesures spécifiques de répression, certaines d'entre elles portant toutefois sur la prévention¹⁵³.

80. L'obligation générale de prévention est double. Les États parties sont tenus, d'une part, de ne pas « commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs

propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international¹⁵⁴ » et, d'autre part, de « mettre en œuvre les moyens dont ils disposent [...] afin d'empêcher des personnes ou groupes de personnes qui ne relèvent pas directement de leur autorité de commettre » de tels actes¹⁵⁵. Pour ce qui est de la deuxième partie de l'obligation, les États parties sont seulement censés faire tout ce qui est en leur pouvoir (diligence voulue) s'ils ont « la capacité [...] à influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide », cette capacité étant elle-même fonction des liens géographiques, politiques et autres de l'État partie avec les personnes et groupes concernés. Par ailleurs, l'État partie n'est tenu de faire que ce qu'il peut légalement faire au regard du droit international¹⁵⁶.

81. Une violation de cette obligation générale engage la responsabilité de l'État si le comportement en question (perpétration de l'acte prohibé ou manquement à l'obligation de prendre les mesures nécessaires, appropriées

¹⁵⁴ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [voir *supra* la note 6], p. 113, par. 166.

¹⁵⁵ *Ibid.* ; voir également Simma, « Genocide and the International Court of Justice », p. 262.

¹⁵⁶ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [voir *supra* la note 6], p. 221, par. 430 (« il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale ») ; voir Tams, « Article I », p. 51 (« L'obligation de prévention peut obliger les États parties à employer les moyens dont ils disposent mais ne crée pas de nouveaux droits d'intervention – ainsi, par exemple, la reconnaissance d'une obligation de prévention n'a que peu d'incidence sur les débats concernant l'usage unilatéral de la force pour mettre fin à un génocide dans le cadre d'« interventions humanitaires » »).

¹⁵³ L'article V se lit comme suit : « Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. »

L'article VIII est ainsi rédigé : « Toute Partie contractante peut saisir les organes compétents des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. »

et licites pour empêcher autrui de le commettre) peut lui être attribué conformément aux règles de la responsabilité des États. S'agissant de différends pouvant survenir dans le contexte de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, l'article IX fait référence, entre autres, aux différends « relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ». Même si la Convention porte essentiellement sur la poursuite des auteurs de crime de génocide, la Cour internationale de Justice a souligné que le manquement à l'obligation de le prévenir ne constituait pas une violation criminelle de la part de l'État mais une violation du droit international engageant la responsabilité de l'État¹⁵⁷, dans sa définition classique. La position de la Cour rejoint les vues exprimées antérieurement par la Commission¹⁵⁸, notamment dans le commentaire des projets d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adoptés en 2001 : « Dans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés¹⁵⁹. »

82. De nombreuses conventions prévoient également un autre type d'obligation « de prévention », ou obligation de prendre des mesures spécifiques pour contribuer à prévenir l'infraction, telle qu'imposer aux États parties de prendre des mesures législatives, exécutives, administratives, judiciaires ou autres pour prévenir la survenance de l'infraction sur tout territoire relevant de leur juridiction. En fonction de l'infraction considérée et du contexte dans lequel agit l'État partie, ces mesures peuvent prendre des formes diverses. L'État partie peut devoir mener des initiatives de formation de ses agents quant aux obligations que le régime conventionnel lui impose. Il peut falloir mener des programmes de formation de la police, des militaires, des membres de milices et d'autres agents pour qu'ils contribuent à la prévention de l'acte prohibé. Des lois et des politiques seront probablement nécessaires pour faire mieux comprendre le caractère criminel de l'acte et favoriser une détection rapide de tout risque qu'il soit commis. Assurément, s'il est commis, l'obligation de prévention renforce les autres obligations découlant du traité imposant à l'État partie d'enquêter et de poursuivre ou extradier les auteurs, puisque ces mesures servent aussi à dissuader d'autres personnes de commettre l'acte visé. Là encore, la responsabilité internationale de l'État partie est engagée s'il n'a pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour organiser son appareil comme il convient pour réduire autant que possible la probabilité que l'acte prohibé soit commis.

83. En ce qui concerne les crimes odieux, de telles dispositions sont souvent assorties d'une autre disposition

¹⁵⁷ Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*) [voir *supra* la note 6], p. 114, par. 167 (la responsabilité internationale d'un État « possède une nature tout à fait différente de celle de la responsabilité pénale »).

¹⁵⁸ Voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), p. 68, par. 249 (disant que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide « n'envisageait pas le crime d'État ni la responsabilité criminelle des États dans son article IX sur la responsabilité des États »).

¹⁵⁹ Paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 58 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 153.

précisant qu'aucune circonstance exceptionnelle (telle qu'un conflit armé ou autre état d'exception) ne peut être invoquée pour justifier leur commission. Une telle déclaration générale, figurant parfois en début de traité, souligne que l'obligation de ne pas commettre l'infraction ne souffre, par nature, aucune dérogation.

84. On trouvera ci-après un examen de l'« obligation de prévention » dans toute une série de traités intéressant les crimes contre l'humanité, dans des observations d'organes de suivi de l'application des traités s'employant à interpréter cette obligation, dans les résolutions de l'Assemblée générale, dans la jurisprudence internationale et dans les ouvrages de spécialistes du droit public. Le présent chapitre se termine par une proposition de projet d'article en trois paragraphes, intitulé « Prévention et répression des crimes contre l'humanité ».

A. Obligation de prévenir les crimes contre l'humanité

1. TRAITÉS

85. Comme il a été dit plus haut, et comme indiqué plus haut au chapitre III, section A, du présent rapport, la Convention pour la prévention et la répression du génocide contient dans son titre même l'idée que les États parties sont tenus non seulement de punir les personnes qui commettent le génocide mais aussi de prendre des mesures pour prévenir la commission. Comme il est noté au chapitre III, section B, du présent rapport, les Conventions de Genève de 1949 mentionnent certains actes constituant des infractions graves aux Conventions et disposent que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant¹⁶⁰ ». Elles disposent en outre que « [c]haque Partie contractante prendra les mesures nécessaires pour faire cesser les actes contraires aux dispositions de la présente Convention, autres que les infractions graves définies à l'article suivant¹⁶¹ ».

86. L'obligation de prévenir et de réprimer les crimes apparaît dans la plupart des traités multilatéraux portant sur des crimes transnationaux depuis les années 1960, par exemple :

a) Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (art. 10, par. 1 : « Les États contractants s'engagent, conformément au droit international et national, à s'efforcer de prendre les mesures raisonnables en vue de prévenir les infractions visées à l'article 1^{er} ») ;

b) Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (art. 4, al. a : « Les États parties collaborent à la prévention des infractions prévues à l'article 2, notamment [...] [e]n prenant toutes les mesures possibles afin de prévenir

¹⁶⁰ Convention I, art. 49 ; Convention II, art. 50 ; Convention III, art. 129 ; Convention IV, art. 146.

¹⁶¹ Ibid.

la préparation, sur leurs territoires respectifs, de ces infractions destinées à être commises à l'intérieur ou en dehors de leur territoire»);

c) Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (art. 4, al. a: «Les États parties à la présente Convention s'engagent [...] [à] prendre toutes les mesures, législatives ou autres, nécessaires pour empêcher que le crime d'apartheid et autres politiques ségrégationnistes semblables ou leurs manifestations ne soient encouragés de quelque manière que ce soit ainsi que pour éliminer tout encouragement de cette nature et pour punir les personnes coupables de ce crime»);

d) Convention internationale contre la prise d'otages (art. 4, al. a: «Les États parties collaborent à la prévention des infractions prévues à l'article premier, notamment [...] [e]n prenant toutes les mesures possibles afin de prévenir la préparation, sur leurs territoires respectifs, de ces infractions [...] y compris des mesures tendant à interdire sur leur territoire les activités illégales des individus, des groupes et des organisations qui encouragent, fomentent, organisent ou commettent des actes de prise d'otages»);

e) Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 2, par. 1: «Tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction»);

f) Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (art. 1: «Les États parties s'engagent à prévenir et à réprimer la torture selon les termes de la présente Convention»; art. 6: «Les États parties s'engagent également à prendre des mesures efficaces pour prévenir et punir en outre d'autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants dans leur juridiction»);

g) Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (art. I c et d: «Les États parties à la présente Convention s'engagent [...] à coopérer entre eux pour contribuer par tous les moyens à prévenir, à sanctionner et à éradiquer la disparition forcée des personnes; [et] [...] à prendre les mesures législatives, administratives, judiciaires ou autres, nécessaires à l'exécution des engagements qu'elles ont contractés dans le cadre de la présente Convention»);

h) Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 11: «Les États parties coopèrent à la prévention des infractions visées à l'article 9, notamment: a) en prenant toutes les mesures possibles pour empêcher que ne se préparent sur leurs territoires respectifs de telles infractions destinées à être commises à l'intérieur ou en dehors de leurs territoires; et b) en échangeant des renseignements conformément à leur législation nationale et en coordonnant les mesures administratives et autres à prendre, le cas échéant, afin de prévenir la perpétration de ces infractions»);

i) Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (art. 15, al. a: «Les États Parties collaborent à la prévention des infractions prévues à l'article 2 [...]»);

j) Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 9, par. 1: «Outre les mesures énoncées à l'article 8 de la présente Convention, chaque État Partie, selon qu'il convient et conformément à son système juridique, adopte des mesures efficaces d'ordre législatif, administratif ou autre pour promouvoir l'intégrité et prévenir, détecter et punir la corruption des agents publics»; art. 9, par. 2: «Chaque État Partie prend des mesures pour s'assurer que ses autorités agissent efficacement en matière de prévention, de détection et de répression de la corruption des agents publics, y compris en leur donnant une indépendance suffisante pour empêcher toute influence inappropriée sur leurs actions»; art. 29, par. 1: «Chaque État Partie établit, développe ou améliore, dans la mesure des besoins, des programmes de formation spécifiques à l'intention du personnel de ses services de détection et de répression, y compris des magistrats du parquet, des juges d'instruction et des agents des douanes, ainsi que d'autres personnels chargés de prévenir, de détecter et de réprimer les infractions visées par la présente Convention»; art. 31, par. 1: «Les États Parties s'efforcent d'élaborer et d'évaluer des projets nationaux ainsi que de mettre en place et de promouvoir les meilleures pratiques et politiques pour prévenir la criminalité transnationale organisée»);

k) Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (art. 9, par. 1: «Les États Parties établissent des politiques, programmes et autres mesures d'ensemble pour: a) prévenir et combattre la traite des personnes; et b) protéger les victimes de la traite des personnes, en particulier les femmes et les enfants, contre une nouvelle victimisation»);

l) Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (préambule: «Rappelant que la prévention efficace de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants requiert un programme d'éducation et un ensemble de mesures diverses, législatives, administratives, judiciaires et autres»; art. 3: «Chaque État Partie met en place, désigne ou administre, à l'échelon national, un ou plusieurs organes de visite chargés de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [...]»);

m) Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (préambule: «Déterminés à prévenir les disparitions forcées et à lutter contre l'impunité du crime de disparition forcée»; art. 23: «1. Tout État partie veille à ce que la formation du personnel militaire ou civil chargé de l'application des lois, du personnel médical, des agents de la fonction publique et des autres personnes qui peuvent intervenir dans la garde ou le traitement de toute personne privée de liberté puisse inclure l'enseignement et l'information nécessaires concernant les dispositions pertinentes de la présente Convention, en vue de: a) prévenir l'implication de ces agents dans des disparitions forcées; b) souligner l'importance de la prévention et des enquêtes en matière de disparition forcée; c) veiller à ce que l'urgence de la résolution des cas de disparition forcée soit reconnue. 2. Tout État partie veille à ce que soient interdits les ordres

ou instructions prescrivant, autorisant ou encourageant une disparition forcée. Tout État partie garantit qu'une personne refusant de se conformer à un tel ordre ne sera pas sanctionnée. 3. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour que les personnes visées au paragraphe 1 du présent article qui ont des raisons de penser qu'une disparition forcée s'est produite ou est projetée signalent le cas à leurs supérieurs et, au besoin, aux autorités ou instances de contrôle ou de recours compétentes¹⁶²);

n) Protocole sur la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination (art. 8, par. 1 : «Les États membres reconnaissent que le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont des crimes de droit des gens et des crimes contre les droits des peuples qu'ils s'engagent à prévenir et à punir»).

87. Certains traités multilatéraux en matière de droits de l'homme, bien que ne portant pas sur la prévention et la répression de crimes en tant que tels, contiennent des obligations de prévenir et réprimer les violations graves des droits de l'homme, par exemple :

a) Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (art. 3 : «Les États parties condamnent spécialement la ségrégation raciale et l'apartheid et s'engagent à prévenir, à interdire et à éliminer sur les territoires relevant de leur juridiction toutes les pratiques de cette nature»);

b) Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (art. 2 : «Les États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes [...]»; art. 3 : «Les États parties prennent dans tous les domaines, notamment dans les domaines politique, social, économique et culturel, toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour assurer le plein développement et le progrès des femmes, en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes»);

c) Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (art. 4, par. 2 : «Les Parties condamnent toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et prennent, sans retard, les mesures législatives et autres nécessaires pour la prévenir, en particulier : en inscrivant dans leurs constitutions nationales ou toute autre disposition législative appropriée, le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes, et en assurant l'application effective dudit principe; en interdisant la discrimination à l'égard des femmes, y compris le cas échéant par le recours à des sanctions; en abrogeant toutes les lois et pratiques qui discriminent les femmes»).

Certains instruments ne mentionnent pas expressément la «prévention» ni l'«élimination» de l'acte mais insistent

sur l'obligation de prendre des mesures législatives, administratives et autres pour «donner effet» au traité ou l'«appliquer», et pouvant être considérées comme englobant les mesures nécessaires ou appropriées pour le prévenir¹⁶³, par exemple :

a) Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2, par. 2 : «Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur»);

b) Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4 : «Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention»).

88. Une obligation de prévenir l'acte visé figure souvent dans les traités portant sur des crimes mentionnés dans la définition des crimes contre l'humanité (torture ou apartheid), sur la criminalité transnationale (criminalité transnationale organisée) et sur les droits de l'homme. L'obligation peut être énoncée de manière générale ou plus ou moins spécifique, indiquant que l'État partie doit prendre des mesures efficaces, législatives, administratives, judiciaires ou autres, pour prévenir les actes prohibés.

2. OBSERVATIONS DES ORGANES CONVENTIONNELS

89. Dans certains cas, les comités créés en vertu de ces instruments se sont penchés sur la signification de l'obligation de prévenir contenue dans le traité en question¹⁶⁴. Ainsi, dans son observation générale n° 2, le Comité contre la torture a traité de l'obligation de prévenir la torture commanditée par l'État, que l'article 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants impose à l'État partie. Le Comité a notamment déclaré ce qui suit :

2. Les dispositions du paragraphe 1 de l'article 2 obligent chaque État à prendre des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres qui renforceront l'interdiction de la torture et doivent, en fin de compte, être efficaces pour prévenir les actes de torture. Pour que soient effectivement prises des mesures réputées empêcher les actes de torture ou les réprimer, la Convention énonce dans les articles suivants les obligations de l'État partie en la matière.

3. L'obligation de prévenir la torture consacrée à l'article 2 est de portée large. [...]

4. Les États parties sont tenus de supprimer tous les obstacles, juridiques ou autres, qui empêchent l'élimination de la torture et des mauvais traitements et prendre des mesures positives effectives pour prévenir efficacement de telles pratiques et empêcher qu'elles ne se reproduisent. Ils sont également tenus d'effectuer un examen régulier de leur législation et de la mise en œuvre de la Convention et, si

¹⁶³ Voir, par exemple, Kriebaum, «Prevention of human rights violations», p. 156 (considérant que le paragraphe 2 de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques suppose que soient prises des «mesures préventives pour assurer les conditions nécessaires à la pleine jouissance des droits consacrés par le Pacte»).

¹⁶⁴ Voir Ramcharan, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, p. 100 à 104.

¹⁶² Voir Vermeulen, *Enforced Disappearance*, p. 66 à 76.

besoin est, de les améliorer, conformément aux observations finales du Comité et aux constatations adoptées au sujet de communications individuelles. Si les mesures prises par les États parties ne parviennent pas à éradiquer les actes de torture, la Convention impose de les réviser et/ou d'en adopter de nouvelles qui soient plus efficaces. De même, les mesures que le Comité considère efficaces et recommande d'adopter sont en constante évolution comme le sont aussi, malheureusement, les méthodes de torture et de mauvais traitements¹⁶⁵.

90. Dans sa recommandation générale XXXI, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a traité de l'obligation qu'a l'État partie de prévenir la discrimination raciale. Il y a donné des indications sur des stratégies que les États pourraient utiliser pour s'acquitter de cette obligation, telles que mettre en œuvre des stratégies ou des «plans d'action nationaux en vue d'éliminer la discrimination raciale de manière structurelle¹⁶⁶», éliminer les lois qui visent certains groupes de la population¹⁶⁷ et développer, «par des enseignements appropriés, la formation aux droits de l'homme, à la tolérance, à l'entente interraciale ou interethnique, ainsi que la sensibilisation aux relations interculturelles, pour les agents chargés de l'application des lois¹⁶⁸».

91. De même, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a traité de l'obligation qu'a l'État partie de prévenir les violations de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, en particulier dans ses recommandations générales n^{os} 6, 15 et 19. Dans sa recommandation générale n^o 6, il a préconisé aux États parties «[d]e créer ou de renforcer des mécanismes, institutions et dispositifs nationaux efficaces à un échelon gouvernemental élevé en les dotant des ressources, du mandat et des pouvoirs voulus pour [...] suivre de façon exhaustive la situation des femmes; [...] aider à formuler de nouvelles politiques et à mettre effectivement en œuvre des stratégies et des mesures tendant à mettre un terme à la discrimination [et aussi] prendre les mesures voulues pour assurer la diffusion de la Convention [...]»¹⁶⁹. Dans sa recommandation générale n^o 15, il a recommandé que les États parties rendent compte des efforts qu'ils mènent pour empêcher une discrimination spécifique à l'égard des femmes atteintes du sida¹⁷⁰. Dans sa recommandation générale n^o 19, il a souligné ce qui suit :

¹⁶⁵ Voir Comité contre la torture, observation générale n^o 2 (2007) sur l'application de l'article 2 par les États parties, rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n^o 44 (A/63/44)*, annexe VI, par. 2 à 4. Pour une évaluation de la pratique du Comité en ce qui concerne l'article 2, voir Nowak et McArthur, *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, p. 94 à 107.

¹⁶⁶ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale XXXI sur la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement du système de justice pénale, rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n^o 18 (A/60/18)*, chap. IX, par. 5 i.

¹⁶⁷ *Ibid.*, par. 5 a.

¹⁶⁸ *Ibid.*, par. 5 b.

¹⁶⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n^o 6 (1988), Mécanismes nationaux et publicité efficaces, par. 1 et 2, rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *ibid.*, quarante-troisième session, *Supplément n^o 38 (A/43/38)*, chap. V.

¹⁷⁰ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n^o 15 (1990) sur la non-discrimination à l'égard des femmes dans les stratégies nationales de prévention du syndrome d'immunodéficience acquise (sida) et de lutte contre cette

[A]ux termes de l'article 2 e de la Convention, les États parties s'engagent à prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque. En vertu du droit international en général et des pactes relatifs aux droits de l'homme, les États peuvent être également responsables d'actes privés s'ils n'agissent pas avec la diligence voulue pour prévenir la violation de droits ou pour enquêter sur des actes de violence, les punir et les réparer¹⁷¹.

92. Dans son rapport sur la sécurité citoyenne et les droits humains, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a noté que l'une des principales obligations de l'État en matière de respect des droits de l'homme «est liée à la clarification judiciaire de ce qui constitue un comportement criminel en vue d'éliminer l'impunité et d'empêcher qu'elle se reproduise. [...] Sans aucun doute, l'administration adéquate et efficace de la justice de la part du pouvoir judiciaire, et, dans une certaine mesure, d'entités disciplinaires, remplit un rôle fondamental [...] en ce qui concerne la réduction du risque et de la portée de ce phénomène¹⁷²».

93. Les organes conventionnels pertinents ont également formulé des observations sur les instruments portant sur une obligation de prendre des mesures appropriées, législatives, administratives et autres, pour lui «donner effet» ou l'«appliquer». Ainsi, dans son observation générale n^o 3, le Comité des droits de l'homme a notamment souligné ce qui suit :

[I] est très important [...] que toutes les autorités administratives et judiciaires aient conscience des obligations que l'État partie a contractées en vertu du Pacte. À cet effet, le Pacte devrait être publié dans toutes les langues officielles de l'État et des mesures devraient être prises pour en faire connaître la teneur aux autorités compétentes dans le cadre de leur formation¹⁷³.

Dans son observation générale n^o 5, le Comité des droits de l'enfant a voulu préciser ce que l'on entendait par «mesures d'application générales», indiquant qu'elles

visent à promouvoir la pleine jouissance [...] de tous les droits énoncés dans la Convention, au moyen de la législation, par la mise en place d'organes de coordination et de surveillance, [...] la collecte de données dans tous les domaines, la sensibilisation et la formation, et la conception et la mise en œuvre des politiques, services et programmes requis¹⁷⁴.

Dans son observation générale n^o 6, il a fourni des orientations sur diverses mesures de prévention de la maltraitance des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, notamment de la traite et

pandémie, par. d, rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *ibid.*, quarante-cinquième session, *Supplément n^o 38 (A/45/38)*, chap. IV.

¹⁷¹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n^o 19 (1992) sur la violence à l'égard des femmes, par. 9, rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *ibid.*, quarante-septième session, *Supplément n^o 38 (A/47/38)*, chap. I.

¹⁷² Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport sur la sécurité citoyenne et les droits humains, OEA/SER.L/V/II, document n^o 57 (2009), par. 36.

¹⁷³ Comité des droits de l'homme, observation générale n^o 3 (1981) concernant l'article 2 (Mise en œuvre du Pacte dans le cadre national), par. 2 (9 juillet 1981), rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n^o 40 (A/36/40)*, annexe VII.

¹⁷⁴ Comité des droits de l'enfant, observation générale n^o 5 (2003) concernant les mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44), par. 9, rapport du Comité des droits de l'enfant, *ibid.*, cinquante-neuvième session, *Supplément n^o 41 (A/59/41)*, annexe XI.

de l'exploitation sexuelle, de l'enrôlement dans les forces armées et de la détention¹⁷⁵.

3. RÉSOLUTIONS DES NATIONS UNIES

94. L'Assemblée générale fait régulièrement référence à l'obligation qu'ont les États de prévenir les crimes contre l'humanité. Par exemple, dans ses Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, elle a reconnu la responsabilité générale qu'avaient les États de coopérer entre eux et de prendre des mesures au plan interne pour prévenir les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Elle a notamment déclaré qu'il fallait que les « États coopèrent sur une base bilatérale et multilatérale en vue de faire cesser et de prévenir les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité et prennent à cette fin les mesures nationales et internationales indispensables¹⁷⁶ ». Dans les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, qu'elle a adoptés en 2005, l'Assemblée a affirmé que « [l']obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, telle qu'elle est prévue dans les régimes juridiques pertinents, comp[re]n[ai]t, entre autres, l'obligation [...] de prendre les mesures législatives et administratives appropriées ainsi que d'autres mesures appropriées pour prévenir les violations¹⁷⁷ ».

4. JURISPRUDENCE

95. Dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour internationale de Justice a analysé le sens de l'expression « s'engagent à prévenir » utilisée à l'article premier de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Examinant la demande en indication de mesures conservatoires, elle a estimé que l'engagement visé à l'article premier imposait aux deux parties « l'incontestable obligation de faire tout ce qui [était] en leur pouvoir pour [...] assurer la prévention [de tels actes] à l'avenir¹⁷⁸ ». Lors de l'examen au fond, elle a décrit cet engagement comme une promesse formelle qui « ne revêt pas un caractère purement incitatif et ne se limite pas à l'énoncé d'une finalité [...] et ne doit pas être interprété[e] comme une simple introduction aux dispositions qui évoquent ensuite expressément les mesures législatives, les poursuites et l'extradition¹⁷⁹ ».

¹⁷⁵ Comité des droits de l'enfant, observation générale n° 6 (2005) concernant le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, par. 50 à 63, *ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 41 (A/61/41)*, annexe II.

¹⁷⁶ Résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale, en date du 3 décembre 1973, par. 3.

¹⁷⁷ Résolution 60/147 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 2005, annexe, par. 3 a.

¹⁷⁸ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 3, à la page 22.

¹⁷⁹ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [voir *supra* la note 6], p. 111, par. 162.

96. La Cour a ensuite mentionné deux types d'obligations associées à l'article premier, commençant par l'obligation incombant à l'État lui-même de ne pas commettre de génocide :

L'article premier fait obligation aux États parties de prévenir la commission d'un génocide, qu'il qualifie de « crime du droit des gens ». Il n'impose pas *expressis verbis* aux États de s'abstenir de commettre eux-mêmes un génocide. De l'avis de la Cour, cependant, eu égard à l'objet de la Convention tel que généralement accepté, l'article premier a pour effet d'interdire aux États parties de commettre eux-mêmes un génocide. Une telle prohibition résulte, d'abord, de la qualification de « crime du droit des gens » donnée par cet article au génocide : en acceptant cette qualification, les États parties s'engagent logiquement à ne pas commettre l'acte ainsi qualifié. Elle résulte, ensuite, de l'obligation, expressément stipulée, de prévenir la commission d'actes de génocide. Cette obligation impose notamment aux États parties de mettre en œuvre les moyens dont ils disposent, dans des conditions qui seront précisées plus loin dans le présent arrêt, afin d'empêcher des personnes ou groupes de personnes qui ne relèvent pas directement de leur autorité de commettre un acte de génocide ou l'un quelconque des autres actes mentionnés à l'article III. Il serait paradoxal que les États soient ainsi tenus d'empêcher, dans la mesure de leurs moyens, des personnes sur lesquelles ils peuvent exercer une certaine influence de commettre le génocide, mais qu'il ne leur soit pas interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international. En somme, l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre¹⁸⁰.

97. La Cour a décidé en outre que l'obligation matérielle découlant de l'article premier ne semblait pas être territorialement limitée mais s'appliquait à « un État, où que celui-ci se trouve agir ou en mesure d'agir pour s'acquitter [de l']obligation[] en question¹⁸¹ ». Plus loin dans l'arrêt, elle a traité plus en détail de l'obligation qu'a l'État partie d'employer les moyens dont il dispose pour empêcher des personnes ou des groupes ne se trouvant pas sous son autorité de commettre un génocide :

[I] est clair que l'obligation dont il s'agit est une obligation de comportement et non de résultat, en ce sens que 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 atteint ; elle l'est, en revanche, si l'État a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher. En la matière, la notion de « due diligence », qui appelle une appréciation *in concreto*, revêt une importance cruciale. Plusieurs paramètres entrent en ligne de compte quand il s'agit d'apprécier si un État s'est correctement acquitté de l'obligation en cause. Le premier d'entre eux est évidemment la capacité, qui varie grandement d'un État à l'autre, à influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide. Cette capacité est elle-même fonction, entre autres, de l'éloignement géographique de l'État considéré par rapport au lieu des événements, et de l'intensité des liens politiques et de tous ordres entre les autorités dudit État et les acteurs directs de ces événements. Par ailleurs, la capacité d'influence de l'État doit être évaluée aussi selon des critères juridiques, puisqu'il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale ; de ce point de vue, la capacité d'influence dont dispose un État peut varier selon la position juridique qui est la sienne à l'égard des situations et des personnes concernées par le risque, ou la réalité, du génocide. Peu importe, en revanche, que l'État dont la responsabilité est recherchée allègue, voire qu'il démontre, que s'il avait mis en œuvre les moyens dont il pouvait raisonnablement disposer, ceux-ci n'auraient pas suffi à empêcher la commission du génocide. Une telle circonstance, d'ailleurs généralement difficile à

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 113, par. 166.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 120, par. 183.

prouver, est sans pertinence au regard de la violation de l'obligation de comportement dont il s'agit. Il en va d'autant plus ainsi qu'on ne saurait exclure que les efforts conjugués de plusieurs États, dont chacun se serait conformé à son obligation de prévention, auraient pu atteindre le résultat – empêcher la commission d'un génocide – que les efforts d'un seul d'entre eux n'auraient pas suffi à obtenir¹⁸².

98. La Cour a ajouté que, dans ce contexte,

l'obligation de prévention et le devoir d'agir qui en est le corollaire prennent naissance, pour un État, au moment où celui-ci a connaissance, ou devrait normalement avoir connaissance, de l'existence d'un risque sérieux de commission d'un génocide. Dès cet instant, l'État est tenu, s'il dispose de moyens susceptibles d'avoir un effet dissuasif à l'égard des personnes soupçonnées de préparer un génocide, ou dont on peut raisonnablement craindre qu'ils nourrissent l'intention spécifique (*dolus specialis*), de mettre en œuvre ces moyens, selon les circonstances¹⁸³.

99. La Cour a souligné que la violation de ce type d'obligation de prévention «résulte de la simple abstention de prendre et de mettre en œuvre les mesures adéquates pour empêcher la commission du génocide. En d'autres termes, [...] la violation de l'obligation de prévenir se produit par omission» et donc «le devoir de prévention met à la charge des États des obligations positives – faire de leur mieux pour que ces actes ne se produisent pas»¹⁸⁴. Pour que la responsabilité de l'État soit engagée, «il suffit [...] qu'il ait eu connaissance, ou eût dû normalement avoir connaissance, de l'existence d'un risque sérieux de commission d'actes de génocide»¹⁸⁵. La Cour a toutefois maintenu que «la responsabilité d'un État pour violation de l'obligation de prévenir le génocide n'[était] susceptible d'être retenue que si un génocide a[vait] effectivement été commis»¹⁸⁶.

100. La Cour a ensuite traité de la distinction entre prévention et répression. Même si «l'une des manières les plus efficaces de prévenir la commission d'actes criminels, en général, est de prévoir des sanctions pénales à l'encontre des personnes qui viendraient à commettre de tels actes, et d'appliquer effectivement ces sanctions à ceux qui auraient commis les actes dont on cherche à éviter le renouvellement»¹⁸⁷, elle a conclu que «l'obligation de prévenir le génocide et celle d'en punir les auteurs [étaient] deux obligations distinctes, quoique reliées entre elles»¹⁸⁸. En effet, l'«obligation pour chaque État contractant de prévenir le génocide revêt une portée normative et un caractère obligatoire. Elle ne se confond pas avec l'obligation de punition, elle ne peut pas non plus être regardée comme une simple composante de cette dernière»¹⁸⁹.

¹⁸² Ibid., p. 221, par. 430.

¹⁸³ Ibid., p. 222, par. 431.

¹⁸⁴ Ibid., p. 222 et 223, par. 432.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ibid., p. 221, par. 431; voir article 14, paragraphe 3, du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 62 («[l]a violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient»); Salmon, «Duration of the breach»; Economides, «Content of the obligation: obligations of means and obligations of result».

¹⁸⁷ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [voir supra la note 6], p. 219, par. 426.

¹⁸⁸ Ibid., par. 425.

¹⁸⁹ Ibid., p. 220, par. 427.

101. La Cour a rappelé que le «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 prévenir» et qu'elle n'entendait donc pas «établir par sa décision une jurisprudence générale qui serait applicable à tous les cas où un instrument conventionnel, ou toute autre norme obligatoire, comporte, à la charge des États, une obligation de prévenir certains actes»¹⁹⁰.

102. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) ne contient pas d'obligation expresse de «prévenir» les violations de ses dispositions, mais la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'une telle obligation ressortait de certains de ses articles. Ainsi, dans l'affaire *Kiliç c. Turquie*, elle a estimé que le paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention – qui traite du droit à la vie – astreignait l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction¹⁹¹. Interprétant le même article dans l'affaire *Makaratzis c. Grèce*, elle a indiqué que cette obligation «impliqu[ait] le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place un cadre juridique et administratif propre à dissuader de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, supprimer et sanctionner les violations»¹⁹².

103. La Cour a toutefois reconnu que l'obligation de l'État partie à cet égard était limitée. Dans l'affaire *Mahmut Kaya c. Turquie*, elle a formulé les considérations suivantes :

Eu égard aux difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, à l'imprévisibilité du comportement humain et aux choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter l'étendue de l'obligation positive [visée au paragraphe 1 de l'article 2] de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Pour qu'il y ait une obligation positive, il doit être établi que les autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque¹⁹³.

104. La Convention américaine relative aux droits de l'homme ne contient pas non plus d'obligation expresse de «prévenir» les violations de la Convention. Cependant, en interprétant l'obligation qu'ont les États parties de «garantir» le libre et plein exercice des droits et libertés reconnus par la Convention¹⁹⁴, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a conclu que cette obligation

¹⁹⁰ Ibid., par. 429.

¹⁹¹ *Kiliç c. Turquie*, n° 22492/93, par. 62, CEDH 2000-III.

¹⁹² *Makaratzis c. Grèce* [GC], n° 50385/99, par. 57, CEDH 2004-XI.

¹⁹³ *Mahmut Kaya c. Turquie*, n° 22535/93, par. 86, CEDH 2000-III; voir aussi *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, par. 116, *Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII*; *Kerimova et autres c. Russie*, n° 17170/04 et 5 autres, par. 246, 3 mai 2011.

¹⁹⁴ Le paragraphe 1 de l'article 1 de la Convention est libellé comme suit : «Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction.»

supposait un «devoir de prévenir», qui impose donc à l'État partie de prendre certaines mesures. En particulier, dans l'affaire *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, la Cour a conclu ce qui suit :

166. [...] Cette obligation suppose l'obligation, pour les États parties, d'organiser l'appareil gouvernemental et, de manière générale, l'ensemble des structures à travers lesquels s'exerce la puissance publique, de sorte qu'ils puissent garantir juridiquement le libre et plein exercice des droits de l'homme. Les États parties sont donc tenus de prévenir les violations des droits reconnus par la Convention, d'enquêter sur celles-ci et d'en punir les auteurs et, dans la mesure du possible, de tenter de rétablir le droit bafoué et, le cas échéant, de fournir réparation pour le préjudice résultant de la violation.

174. L'État est juridiquement tenu de prendre toutes mesures raisonnables pour prévenir les violations des droits de l'homme et d'utiliser les moyens dont il dispose pour procéder à une enquête approfondie sur les violations commises dans sa juridiction, identifier les responsables, leur infliger une juste sanction et assurer aux victimes une juste indemnité.

175. Ce devoir de prévention recouvre tous les moyens d'ordre juridique, politique, administratif ou culturel propres à promouvoir la protection des droits de l'homme et à garantir que toutes les violations seront considérées et traitées comme des actes illégaux qui, en tant que tels, peuvent entraîner la punition de leurs auteurs et l'obligation d'indemniser les victimes du préjudice subi. On ne saurait dresser une liste détaillée de toutes ces mesures, puisqu'elles varient selon le droit interne et la situation de chaque État partie. Bien sûr, même si l'État est tenu de prévenir les atteintes aux droits de l'homme, l'existence d'une violation ne prouve pas en soi qu'il n'a pas pris de mesures de prévention. En revanche, soumettre une personne à des organismes de répression officiels qui se livrent impunément à la torture et à des assassinats est en soi une violation de l'obligation de prévenir les atteintes au droit à la vie et à l'intégrité physique de la personne, même si l'intéressé n'est ni torturé ni tué ou même si les faits ne peuvent être démontrés concrètement¹⁹⁵.

105. La Cour a suivi un raisonnement analogue lorsqu'elle a interprété l'article 6 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture. Par exemple, dans l'affaire *Tibi v. Ecuador*, elle a conclu que l'Équateur avait enfreint l'article 6 en n'ouvrant pas d'enquête officielle après avoir reçu des plaintes pour mauvais traitements infligés à des détenus¹⁹⁶.

5. PUBLICISTES

106. Des publicistes ont également analysé les obligations de prévention contenues dans les traités. En ce qui concerne l'obligation générale de prévention, les spécialistes se sont intéressés récemment à l'arrêt rendu en 2007 par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*¹⁹⁷. La Convention pour

la prévention et la répression du crime de génocide ne contenant pas de disposition interdisant expressément aux États parties de commettre un génocide, certains spécialistes ont traité de la question de savoir si la Cour avait eu raison d'affirmer que cette obligation était implicitement contenue dans l'obligation de «prévenir»¹⁹⁸. Réfléchissant à un arrêt auquel il avait participé, l'ancien juge Bruno Simma a indiqué que «l'une des questions les plus intéressantes auxquelles l'arrêt de 2007 avait enfin apporté une réponse était celle de savoir si les États parties à la Convention étaient eux-mêmes dans l'obligation de ne pas commettre de génocide; la réponse de la Cour est clairement "oui"¹⁹⁹».

107. Quant à l'obligation de prendre des mesures spécifiques de prévention, les publicistes ont tendance à la définir comme une obligation de comportement ou de moyens. Ainsi,

s'agissant de l'obligation de moyens, l'État peut être tenu de prendre des mesures positives de prévention ou de protection afin d'atteindre un objectif donné [...]. Les expressions utilisées varient d'un traité à l'autre («prendre toutes les mesures», «toutes les mesures appropriées pour protéger», «mesures nécessaires», «mesures efficaces», «mesures appropriées», «faire tout ce qui est possible», «faire tout ce qui est en son pouvoir», «faire preuve de la diligence voulue») mais ont en commun leur formulation générale et l'absence de précisions quant aux moyens d'obtenir les résultats visés²⁰⁰.

108. D'autres publicistes se sont concentrés sur l'obligation de prévenir figurant dans certains traités, notamment à l'article premier de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide²⁰¹ ou au paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Par exemple, deux des spécialistes ayant participé à l'élaboration de ce paragraphe l'ont analysé comme suit :

En vertu du *paragraphe 1* de cet article, [...] chaque État partie prend des mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis. La nature de ces mesures est laissée à la discrétion de l'État concerné. Il est simplement indiqué que ces mesures peuvent être d'ordre législatif, administratif, judiciaire ou autre mais qu'en tous les cas, elles doivent être efficaces. Ce paragraphe est à rapprocher de l'article 4 de la *Convention*, qui impose expressément de prendre des mesures législatives pour faire de tous les actes de torture des infractions pénales passibles de peines appropriées prenant en considération leur gravité.

L'obligation visée à l'article 2 est non seulement d'interdire mais aussi de *prévenir* les actes de torture. Cela souligne l'obligation de prendre des mesures efficaces : une interdiction formelle ne suffit pas, les actes doivent effectivement être empêchés.

Cela ne signifie évidemment pas qu'un État puisse garantir qu'aucun acte de torture ne sera jamais commis sur son territoire. Il suffit que l'État fasse ce qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour empêcher que de tels actes surviennent. Si toutefois il en survient, d'autres

¹⁹⁵ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988, série C n° 4, par. 166, 174 et 175; voir aussi Cour interaméricaine des droits de l'homme: *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, arrêt du 7 juin 2003, série C n° 99, par. 137 et 142; et *Gómez-Paquiayauri Brothers v. Peru*, arrêt du 8 juillet 2004, série C n° 110, par. 155 (selon lequel le fait que l'État n'ait pas enquêté effectivement sur des allégations de torture et ait laissé impunis les actes allégués signifiait qu'il n'avait pas pris de mesures efficaces pour empêcher qu'ils surviennent, contrevenant ainsi aux obligations que lui imposent les dispositions de l'article 6 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture).

¹⁹⁶ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Tibi v. Ecuador*, arrêt du 7 septembre 2004, série C n° 114, par. 159; voir également *Gómez-Paquiayauri Brothers* (note précédente), par. 155.

¹⁹⁷ Voir *supra* la note 6. Voir notamment Piqué, «Beyond territory, jurisdiction, and control: towards a comprehensive obligation to

prevent crimes against humanity»; Weber, «The obligation to prevent in the proposed convention examined in light of the obligation to prevent in the Genocide Convention».

¹⁹⁸ Comparer Gaeta, «On what conditions can a State be held responsible for genocide?», et Tams, «Article I», p. 56 à 60; Seibert-Fohr, «The ICJ judgment in the Bosnian Genocide case and beyond: a need to reconceptualise?»

¹⁹⁹ Simma, «Genocide and the International Court of Justice», p. 264.

²⁰⁰ Economides, «Content of the obligation: obligations of means and obligations of result», p. 378.

²⁰¹ Voir, notamment, Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, p. 520 à 525; Tams, «Article I», p. 45 à 54; Ben-Naftali, «The obligation to prevent and punish genocide», p. 33 à 44.

dispositions de la *Convention* deviennent applicables et l'État peut alors être tenu, en vertu du paragraphe 1 de l'article 2, de prendre d'autres mesures efficaces pour empêcher qu'ils ne se reproduisent, notamment changer le personnel de l'une ou l'autre unité, effectuer des contrôles plus stricts ou publier de nouvelles instructions²⁰².

109. D'autres publicistes encore ont analysé l'obligation de prévenir telle que la définit la jurisprudence. L'un d'eux, analysant l'affaire *Velásquez Rodríguez*²⁰³ a émis l'avis suivant :

Ce devoir de prévention recouvre tous les moyens d'ordre juridique, politique, administratif ou culturel propres à promouvoir la protection des droits de l'homme et à garantir que toutes les violations seront considérées et traitées comme des actes illégaux qui, en tant que tels, peuvent entraîner la punition de leurs auteurs et l'obligation d'indemniser les victimes du préjudice subi. La Cour a cependant précisé que même si l'État est tenu de prévenir les atteintes aux droits de l'homme, l'existence d'une violation ne prouve pas en soi qu'il n'a pas pris de mesures de prévention. En revanche, soumettre une personne à des organismes de répression officiels qui se livrent impunément à la torture et à des assassinats est en soi une violation de l'obligation de prévenir les atteintes au droit à la vie et à l'intégrité physique de la personne, même si l'intéressé n'est ni torturé ni tué ou même si les faits ne peuvent être démontrés concrètement²⁰⁴.

110. Les publicistes semblent considérer que l'obligation de prendre des mesures spécifiques de prévention ne va pas jusqu'à préciser la nature des mesures à prendre et qu'au contraire celles-ci peuvent varier selon la nature du comportement régi et le contexte dans lequel l'État partie agit. Un publiciste a donc analysé l'obligation de prévenir telle qu'elle était exprimée par les organes conventionnels, dans la jurisprudence et dans d'autres sources de manière à formuler des mesures spécifiques que devrait prendre un État partie à la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Il s'agissait des mesures suivantes : a) mesures de protection visant à prévenir la disparition forcée de personnes qui ne sont pas en détention ; b) garanties portant sur l'arrestation et la détention, destinées à prévenir les disparitions forcées à l'issue de celles-ci ; et c) mesures visant à prévenir la répétition de disparitions forcées lorsqu'elles surviennent²⁰⁵.

B. Obligation de prévenir et de punir les crimes contre l'humanité

111. Des considérations qui précèdent semblent se dégager trois éléments fondamentaux susceptibles d'être retenus dans un projet préliminaire d'articles pour une convention sur les crimes contre l'humanité. D'abord, le projet d'articles pourrait s'ouvrir par une disposition posant en termes généraux la double obligation pour l'État partie de prévenir et de punir les crimes contre l'humanité. Cette disposition énoncerait d'emblée l'obligation générale que

contractent les États parties à l'égard de l'infraction spécifique de crime contre l'humanité. Ensuite, le projet d'articles pourrait prévoir une autre disposition consacrant l'obligation pour l'État partie de prendre des mesures spéciales, législatives, administratives, judiciaires ou autres, pour prévenir les crimes contre l'humanité. Comme dans les traités antérieurs, cette disposition ne porterait que sur la question de la prévention, l'essentiel des autres dispositions de la convention sur les crimes contre l'humanité précisant en détail les mesures spéciales que l'État partie doit prendre pour réprimer les crimes contre l'humanité, notamment l'obligation d'introduire les crimes contre l'humanité dans l'ordre juridique interne et celle d'exercer sa compétence à l'égard des auteurs présumés de tels actes. Enfin, une troisième disposition du projet d'articles poserait le caractère non dérogeable de l'interdiction des crimes contre l'humanité, une affirmation importante au début de la convention qui soulignerait la gravité de cette infraction. Chacun de ces trois éléments est analysé dans les développements qui suivent.

1. OBLIGATION GÉNÉRALE DE PRÉVENIR ET DE PUNIR

112. Au regard de la pratique conventionnelle antérieure retracée plus haut, l'obligation générale de prévenir et de punir peut être formulée de plusieurs manières dans une convention relative aux crimes contre l'humanité. Les premières tentatives de définition de cette obligation datent de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et des Conventions de Genève de 1949. Néanmoins, la rédaction de l'article premier de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide – « confirmant » que le génocide est un crime du droit des gens et engageant les États parties à le prévenir et à le punir – reste un modèle utile pour formuler une obligation générale dans une convention tendant à prévenir les crimes contre l'humanité. Rappelons à nouveau le texte de cet article : « Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir. » L'emploi d'une telle formulation « confirmerait » que les crimes contre l'humanité constituent une violation du droit international coutumier ; confirmerait clairement l'évolution historique selon laquelle le crime contre l'humanité est un crime, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre ; et préfigurerait les dispositions suivantes engageant les États parties à prendre des mesures précises et notamment à se doter des lois pénales nécessaires. Au surplus, l'utilisation de cette formulation permettrait d'harmoniser le projet d'articles avec une convention largement ratifiée relative à un autre crime grave de droit international (en janvier 2015, 146 États étaient parties à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide).

113. Les mots « s'engagent à » restent adéquats au regard de l'analyse de la Cour internationale de Justice, aux termes de laquelle : « En son sens ordinaire, le terme "s'engagent" signifie promettre formellement, s'obliger, faire un serment ou une promesse, convenir, accepter une obligation²⁰⁶. » Comme il a été vu plus haut, cette obligation de l'État se décompose en deux autres : a) celle de

²⁰² Burgers et Danelius, *The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, p. 123 (Burgers, membre de la délégation néerlandaise à la Commission des droits de l'homme, a présidé le Groupe de travail chargé de rédiger le projet initial de la Convention ; Danelius, membre de la délégation suédoise, faisait partie de ce Groupe de travail et a rédigé le projet initial).

²⁰³ *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (voir *supra* la note 195).

²⁰⁴ Ramcharan, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, p. 99. Pour une analyse du critère du « caractère raisonnable » exprimé par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, voir Vermeulen, *Enforced Disappearance*, p. 265 à 268.

²⁰⁵ Vermeulen, *Enforced Disappearance*, p. 268 à 312.

²⁰⁶ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [voir *supra* la note 6], p. 111, par. 162.

ne pas commettre de tels actes par l'intermédiaire de ses propres organes ou des personnes sur lesquelles il exerce un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci lui est attribuable selon le droit international ; et b) celle de mettre en œuvre les moyens raisonnables dont il dispose, lorsque cela est nécessaire, approprié et légal, afin d'empêcher des personnes ou groupes de personnes qui ne relèvent pas directement de son autorité de commettre de tels actes²⁰⁷. La rédaction de l'article premier de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne fixe aucune limite géographique. En conséquence, l'article interdit à l'État partie de commettre le génocide en dehors du territoire relevant de sa juridiction et crée à sa charge une obligation d'agir à l'égard des autres acteurs en dehors de ce territoire, sous réserve des importantes conditions qui ont été analysées plus haut.

2. MESURES SPÉCIALES DE PRÉVENTION

114. Par ailleurs, comme il a été relevé plus haut, nombre de traités mettent à la charge des États parties une obligation de prendre des mesures spéciales de prévention. On en trouve une formulation largement acceptée à l'article 2, paragraphe 1, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (en janvier 2015, 156 États avaient accédé à cet instrument), lequel est ainsi conçu : « Tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction. »²⁰⁸

115. Lors de la rédaction de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, cette formulation avait été interprétée comme laissant à chaque État la liberté et la faculté d'apprécier la nature des mesures à prendre, pour autant que celles-ci tendent à la réalisation des objectifs fondamentaux du traité²⁰⁹. Cette rédaction, qui vise les actes commis « dans tout territoire sous sa juridiction », apparaît plus large qu'une formulation renvoyant uniquement aux actes commis sur le « territoire » de l'État²¹⁰ mais plus restrictive qu'une formulation tendant à obliger l'État à prendre des mesures législatives, administratives, judiciaires ou autres pour empêcher que des actes soient commis dans le monde entier. L'expression « territoire sous sa juridiction » s'entend du territoire souverain, des navires et aéronefs battant pavillon de l'État, de tout territoire occupé et autre territoire relevant de sa juridiction²¹¹. Une telle formula-

²⁰⁷ Ibid., p. 113, par. 166.

²⁰⁸ Aux termes de l'article 2, paragraphe 3, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, « [l']ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture ». Le Rapporteur spécial reviendra sur la question soulevée par cette disposition dans un futur rapport sur l'obligation faite aux États parties de veiller à ce que les crimes contre l'humanité constituent une infraction à la loi pénale interne.

²⁰⁹ Voir *ibid.*

²¹⁰ Voir, par exemple, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 4 a (qui fait obligation aux États de prendre « toutes les mesures possibles afin de prévenir la préparation, sur leurs territoires respectifs, [des] infractions ») ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 4 a (rédaction identique) ; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 11 a (rédaction identique).

²¹¹ Nowak et McArthur, *The United Nations Convention against Torture*, p. 116 et 117.

tion géographique semble trouver une confirmation non seulement dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, mais également dans de nombreux instruments contemporains²¹². En imposant à l'État l'obligation de prendre des mesures spéciales pour empêcher que des actes soient commis « dans tout territoire sous sa juridiction », ce texte circonscrit l'obligation aux zones où l'État a la capacité courante d'agir et évite d'énoncer une obligation moins limitée dans l'espace et partant sans doute moins claire quant aux mesures spécifiques à adopter.

116. Comme il a été indiqué plus haut, les mesures spécifiques qui doivent être prises dépendent en partie du contexte et des risques propres à tel ou tel État partie. Néanmoins, une telle obligation emporterait normalement pour l'État partie les obligations : a) de se doter des lois, de mettre en place des institutions et d'adopter des politiques nationales pour faire connaître la criminalité de l'acte et favoriser la détection rapide du risque de commission ; b) de revoir ces lois et politiques continuellement pour les améliorer s'il y a lieu ; c) de prendre des mesures pour sensibiliser les agents de l'État aux obligations mises à la charge de l'État par la convention ; d) d'élaborer des programmes de formation à l'intention des policiers, militaires, miliciens et autres acteurs concernés pour aider à prévenir la commission de crimes contre l'humanité ; e) une fois que l'acte répréhensible a été commis, de remplir de bonne foi les autres obligations qui lui sont imposées par la convention, à savoir rechercher et poursuivre ou extraditer les auteurs, une telle mesure servant en partie à dissuader la commission d'autres actes. Il va sans dire que de telles dispositions peuvent être déjà prévues dans la plupart des États, dans la mesure où les actes répréhensibles constitutifs de crimes contre l'humanité (meurtre, torture, etc.) sont déjà incriminés dans la majorité des ordres juridiques nationaux.

117. Les obligations générale et spécifique de prévention des crimes contre l'humanité fondées sur les textes cités s'inscriraient dans le prolongement des obligations déjà prévues visant à empêcher que les actes répréhensibles soient commis, même isolément. Lors de la fusion des dispositions en un seul projet d'article, on pourrait les harmoniser en utilisant l'expression « tout État partie » (employée dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) et non le membre de phrase « les Parties contractantes » (utilisé dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide).

3. CLAUSE DE NON-DÉROGATION

118. Comme cela a été relevé précédemment, les obligations générale et spécifique de prévention s'accompagnent souvent d'une autre disposition prévoyant qu'aucune circonstance exceptionnelle (comme un conflit armé ou un état d'exception) ne peut être invoquée pour

²¹² Voir, par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 3 (qui fait obligation aux États de « s'engag[er] à prévenir [...] sur les territoires relevant de leur juridiction toutes les pratiques de cette nature ») ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 6 (qui fait obligation aux États de prendre « des mesures efficaces pour prévenir [...] la torture dans leur juridiction »).

justifier l'infraction. Souvent placée au début des conventions sur les crimes graves, cette affirmation générale permet de souligner que l'obligation de ne pas commettre l'infraction n'admet par nature aucune dérogation.

119. Ainsi, le deuxième paragraphe de l'article 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants énonce clairement qu'aucune situation exceptionnelle ne peut être invoquée pour justifier les actes de torture. Autrement dit, l'obligation posée est par nature non dérogeable²¹³. Plus précisément, ce paragraphe dispose qu'«[a]ucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture²¹⁴». On retrouve une formulation comparable dans d'autres instruments internationaux ou régionaux incriminant des crimes graves. Ainsi, le deuxième paragraphe de l'article premier de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées reprend la même formulation, tandis que l'article 5 de la Convention

²¹³ Voir Burgers et Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, p. 124; Nowak et McArthur, *The United Nations Convention against Torture*, p. 116 et 117.

²¹⁴ Aux termes de l'article 2, paragraphe 3, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, «[l]'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture». Nous reviendrons sur la question soulevée par cette disposition dans un futur rapport sur l'obligation faite aux États parties de veiller à ce que les crimes contre l'humanité constituent une infraction à la loi pénale interne.

interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture retient une rédaction comparable. Cette formulation a notamment le mérite, dans le contexte des crimes contre l'humanité, de pouvoir viser le comportement des acteurs aussi bien étatiques que non étatiques.

C. Projet d'article 1 : Prévention et répression des crimes contre l'humanité

120. Compte tenu des considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

«Projet d'article 1. Prévention et répression des crimes contre l'humanité

«1. Tout État partie confirme que les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de paix ou en temps de guerre, sont des actes criminels au regard du droit international, qu'il s'engage à prévenir et à punir.

«2. Tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des crimes contre l'humanité soient commis dans tout territoire sous sa juridiction.

«3. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier les crimes contre l'humanité.»

CHAPITRE V

Définition des crimes contre l'humanité

121. Comme il a été indiqué dans le chapitre II, la définition des crimes contre l'humanité a fait l'objet de diverses formulations au cours du siècle dernier. Toutefois, la formulation la plus largement acceptée est celle de l'article 7 du Statut de Rome, qui s'inspire de la rédaction retenue dans les Statuts du Tribunal de Nuremberg et du Tribunal de Tokyo, les Principes de Nuremberg, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954, le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, ainsi que le projet de statut d'une cour criminelle internationale adopté en 1994 par la Commission²¹⁵ et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1996 par la Commission. L'article 7 du Statut de Rome reflète un accord entre les 122 États qui, en janvier 2015, étaient parties au Statut.

122. Si d'aucuns estiment parfois que l'article 7 pourrait être amélioré et si les avis peuvent diverger quant à savoir s'il reflète ou non le droit international coutumier²¹⁶

ou quant à la meilleure interprétation à donner à certains de ses aspects²¹⁷, il ne fait guère de doute que la définition de crime contre l'humanité qui y est énoncée est très largement admise par les États. Au reste, tous les États qui se sont prononcés sur cette question devant la Sixième Commission en 2014 ont soutenu qu'il ne fallait pas introduire dans la nouvelle convention une définition de «crime contre l'humanité» qui s'écarterait de celle retenue à l'article 7 du Statut de Rome²¹⁸. En outre, toute convention

Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic, affaire n° IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Chambre d'appel, arrêt, 12 juin 2002, *Recueils judiciaires 2002* («Kunarac 2002»), par. 98; voir également Mettraux, «Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda», p. 270 à 282. Néanmoins, avec le temps et l'adhésion d'un grand nombre d'États au Statut de Rome, il paraît vraisemblable que l'article 7 ait pour effet de cristalliser le droit international coutumier. Voir, en général, Baxter, «Multilateral treaties as evidence of customary international law».

²¹⁷ Voir, par exemple, Robinson, «The draft convention on crimes against humanity: what to do with the definition?», p. 105 (mais concluant que les avantages de l'utilisation de la définition fixée à l'article 7 du Statut de Rome sont largement considérés comme l'emportant sur les arguments en faveur de l'élaboration d'une nouvelle définition).

²¹⁸ Voir Autriche, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/69/SR.19), par. 111; Finlande, au nom des pays nordiques, *ibid.*, par. 81; Croatie, *ibid.*, 20^e séance (A/C.6/69/SR.20), par. 94; Pologne, *ibid.*,

²¹⁵ *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 28, par. 91.

²¹⁶ Voir, par exemple, Cassese, «Crimes against humanity», p. 375. Ainsi, si l'article 7 du Statut de Rome fait référence à l'existence d'une «politique», la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé en 2002 dans l'affaire *Kunarac* que «rien» dans le droit international coutumier n'exigeait l'existence d'une politique et que le contraire en ressortait même très «nettement»; *Le*

tendant en partie à promouvoir le régime de complémentarité du Statut de Rome devrait reprendre la définition de l'article 7 en vue de favoriser l'harmonisation des lois nationales avec le Statut. Plus généralement, l'utilisation de la définition de l'article 7 permettrait de minimiser le risque de fragmentation du droit pénal international.

123. L'article 7 du Statut de Rome dispose ce qui suit :

Article 7. Crimes contre l'humanité

1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

- a) meurtre ;
- b) extermination ;
- c) réduction en esclavage ;
- d) déportation ou transfert forcé de population ;
- e) emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;
- f) torture ;
- g) viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;
- h) persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ;
- i) disparitions forcées de personnes ;
- j) crime d'apartheid ;
- k) autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

- a) par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;
- b) par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ;
- c) par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants ;

(Suite de la note 218.)

par. 36 ; Nouvelle-Zélande, *ibid.*, 21^e séance (A/C.6/69/SR.21), par. 33 ; République de Corée, *ibid.*, par. 45 ; Italie, *ibid.*, 22^e séance (A/C.6/69/SR.22), par. 53 ; et Mongolie, *ibid.*, 24^e séance (A/C.6/69/SR.24), par. 94. Des avis similaires ont été exprimés dans les interventions faites en 2013 sur la même question. Voir, par exemple, Norvège, au nom des pays nordiques, *ibid.*, *soixante-huitième session, Sixième Commission*, 17^e séance (A/C.6/68/SR.17), par. 38 (« la terminologie retenue dans le cadre du Statut de Rome ne doit pas pouvoir être remise en cause ; la définition des crimes de l'humanité figurant à l'article 7 doit être conservée comme fondement matériel des travaux futurs sur le sujet. »).

d) par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ;

e) par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ;

f) par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ;

g) par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ;

h) par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ;

i) par « disparitions forcées de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent Statut, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

124. Comme il a été indiqué plus haut au chapitre II, les premières définitions de crime contre l'humanité prévoyaient que les actes constitutifs soient commis dans le cadre d'un conflit armé, très vraisemblablement en partie pour répondre aux inquiétudes quant au statut de ces crimes en droit international et en partie également pour distinguer les crimes internationaux des crimes nationaux violents de grande envergure²¹⁹. Si le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a conservé la condition d'existence d'un conflit armé, le texte ayant précisément été élaboré dans le contexte d'un conflit, depuis 1993 cette exigence a disparu des statuts des juridictions pénales internationales, y compris du Statut de Rome²²⁰. On trouve à sa place la condition figurant au « chapeau » qui dispose que le crime doit être commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque.

A. Attaque « généralisée ou systématique »

125. La condition selon laquelle l'attaque doit être « généralisée ou systématique » apparaît pour la première fois dans le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda²²¹, même si une certaine jurisprudence

²¹⁹ Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, p. 21.

²²⁰ Ambos et Wirth, « The current law of crimes against humanity », p. 3 à 13.

²²¹ Voir chapitre II ci-dessus. Contrairement à la version anglaise, le texte français de l'article 3 du Statut du Tribunal pénal international

du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé que cette condition était inscrite implicitement dans le Statut, compte tenu de la présence de ces termes dans le rapport du Secrétaire général proposant ce texte²²². La jurisprudence des deux tribunaux pénaux a maintenu que ces deux exigences étaient disjonctives et non cumulatives et que l'une ou l'autre suffisait pour que le crime soit constitué²²³. Ainsi, dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda a jugé : « l'acte doit s'inscrire dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique [...]. Toutefois, il n'est pas exigé qu'il revête ce double caractère²²⁴ ». On retrouve également cette interprétation du caractère généralisé ou systématique dans le commentaire de la Commission relatif au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, aux termes duquel « un acte pourra constituer un crime contre l'humanité si l'existence de l'un ou l'autre des deux critères [de systématisme ou d'échelle] est constatée²²⁵ ».

126. Lorsque cette condition a été examinée dans le contexte du Statut de Rome, certains États ont fait valoir que les critères « généralisé » et « systématique » devaient

pour le Rwanda emploie une construction conjonctive (« généralisée et systématique »). Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance a relevé ceci : « Dans la version originale française du Statut, ces exigences sont cumulatives : [...] ce qui relève sensiblement le seuil d'application de cette disposition. Dans la mesure où le droit international coutumier se borne à exiger que l'attaque soit généralisée ou systématique, il y a tout lieu de croire que la version française souffre d'une erreur de traduction », jugement *Akayesu* (voir *supra* la note 79), p. 335, par. 579, note 149.

²²² *Tadić 1997* (voir *supra* la note 108), p. 430, par. 648; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-T, jugement, 3 mars 2000, *Recueils judiciaires 2000*, p. 702, par. 202; voir Sluiter, « "Chapeau elements" of crimes against humanity in the jurisprudence of the UN ad hoc tribunals ».

²²³ Voir, par exemple, *Akayesu* (voir *supra* la note 79), p. 335, par. 579; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1, jugement, 21 mai 1999, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 1999*, p. 897, par. 123 (« L'attaque doit remplir l'une ou l'autre des deux conditions suivantes, à savoir être généralisée ou systématique »); Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Mile Mrkić, Miroslav Radić, Veselin Šljivančanin*, affaire n° IT-95-13/1, Chambre de première instance, jugement, 27 septembre 2007, par. 437 (« l'attaque doit être généralisée ou systématique, cette condition étant disjonctive et non cumulative »); *Tadić 1997* (note 108 *supra*), p. 430, par. 648 (« une conclusion faisant état d'un caractère soit général [...] soit systématique [...] satisfait cette condition »).

²²⁴ *Akayesu* (voir *supra* la note 79), p. 335, par. 579.

²²⁵ Paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 50. Voir également Rapport du Comité ad hoc pour la création d'une cour criminelle internationale, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 22 (A/50/22)*, par. 78 (« les remarques suivantes ont été formulées quant aux éléments qui devraient apparaître dans la définition des crimes contre l'humanité : ces crimes [...] consistaient généralement en une agression généralisée [ou*] systématique »); *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), p. 26, par. 90 (« les notions de violations "systématiques" et "massives" étaient des éléments complémentaires des crimes considérés »); paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 20 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 42 (« la définition des crimes contre l'humanité englobe les actes inhumains de caractère très grave comportant des violations très étendues ou* systématiques »); paragraphe 3 du projet d'article 21 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en première lecture, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 108 (« Il suffit que l'un ou l'autre de ces caractères – systématique ou massif – soit présent dans l'un quelconque des actes énumérés [...] pour que l'infraction soit réalisée »).

être cumulatifs – autrement dit, qu'ils devaient être nécessaires pour que le crime soit constitué – faute de quoi la condition serait trop extensive²²⁶. En effet, selon ces États, si la commission « généralisée » d'actes était suffisante, les vagues spontanées de crimes généralisés mais sans lien entre eux constitueraient alors des crimes contre l'humanité²²⁷. C'est la raison pour laquelle un compromis a été dégagé et qu'a été ajoutée à l'article 7, paragraphe 2 a, du Statut une définition du mot « attaque » qui, comme on le verra plus bas, prévoit un élément politique²²⁸.

127. La jurisprudence de la Cour pénale internationale a affirmé que les conditions de caractère « généralisé » et « systématique » étaient disjonctives. Ainsi, dans sa *Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya*, la Chambre préliminaire II de la Cour a affirmé que « cet élément contextuel [généralisé ou systématique] s'appliqu[ait] en tant que deux branches d'une alternative, les actes allégués devant présenter un caractère soit généralisé soit systématique pour justifier d'être qualifiés de crimes contre l'humanité²²⁹ ».

128. La première condition de l'alternative est que l'attaque soit « généralisée ». Dans l'affaire *Kunarac*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a ainsi considéré ceci : « L'adjectif "généralisé" indique que l'attaque est menée sur une grande échelle et que le nombre des victimes est élevé²³⁰ ». Dès lors, cette condition renvoie à

²²⁶ Voir *Documents officiels de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, Rome, 15 juin-17 juillet 1998 (A/CONF.183/13, vol. II)*, compte rendu analytique de la 3^e séance, par. 45 (Inde), par. 90 (Royaume-Uni), par. 96 (France), par. 108 (Thaïlande), par. 120 (Égypte), par. 136 (République islamique d'Iran), par. 172 (Turquie); et compte rendu analytique de la 4^e séance, par. 5 (Fédération de Russie), par. 17 (Japon); Van Schaack, « The definition of crimes against humanity », p. 844.

²²⁷ Robinson, « Defining "crimes against humanity" at the Rome Conference », p. 47.

²²⁸ Hwang, « Defining crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court », p. 497; DeGuzman, « The road from Rome: the developing law of crimes against humanity », p. 372 [citant les notes de débat de l'auteur, Comité plénier (17 juin 1998), prises lorsqu'elle était Conseillère juridique de la délégation du Sénégal à la Conférence de Rome]; Van Schaack, « The definition of crimes against humanity », p. 844 et 845.

²²⁹ Voir Cour pénale internationale, *Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome*, affaire n° ICC-01/09, Chambre préliminaire II, 31 mars 2010, par. 94; voir également Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, affaire n° ICC-01/05-01/08, décision rendue en application des alinéas a et b de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Chambre préliminaire II, 15 juin 2009, par. 82.

²³⁰ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, affaire n° IT-96-23 et IT-96-23/1-T, Chambre de première instance, jugement, 22 février 2001, par. 428 (« *Kunarac 2001* »); voir Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, affaire n° ICC-01/04-01/07, Chambre préliminaire, décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, par. 394 (« *Katanga 2008* »); voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-A, Chambre d'appel, arrêt, 17 décembre 2004, par. 94 (« *Kordić 2004* »); *Le Procureur c. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić*, affaire n° IT-02-60-T, Chambre de première instance, jugement, 17 janvier 2005, par. 545 et 546.

un « grand nombre de victimes²³¹ » et exclut les actes de violence isolés²³², comme un meurtre dirigé contre des victimes dont les auteurs agiraient de leur propre initiative et non dans le cadre d'une initiative plus vaste. À l'inverse, un acte unique peut constituer un crime contre l'humanité s'il intervient dans un contexte plus large²³³. Il n'est pas nécessaire qu'un certain nombre de victimes soit atteint pour que l'attaque puisse être qualifiée de « généralisée ». Tout dépend de la taille de la population civile prise pour cible²³⁴. Ainsi, dans l'affaire *Kunarac*, pour apprécier le caractère généralisé d'une attaque, la Chambre d'appel du Tribunal a dégagé le critère suivant :

Une Chambre de première instance doit donc « tout d'abord identifier la population visée par l'attaque et déterminer ensuite, à la lumière des moyens, des méthodes, des ressources mis en œuvre et des conséquences pour la population, si l'attaque était effectivement généralisée ou systématique ». Les conséquences de l'attaque sur la population visée, le nombre des victimes, la nature des actes [...] pourraient être pris en compte pour déterminer si l'attaque contre cette population civile satisfait l'une de ces conditions (« généralisée » ou « systématique ») ou les deux²³⁵.

129. Le mot « généralisé » peut également avoir une dimension géographique, dès lors que l'attaque est commise en plusieurs lieux²³⁶. Ainsi, dans l'affaire *Bemba*, la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale a estimé qu'il existait des preuves suffisantes pour établir que l'attaque était « généralisée » au vu du nombre de lieux attaqués sur une zone géographique étendue (milliers de viols, fosses communes) et du grand nombre de victimes²³⁷. Cela étant, il n'est pas nécessaire que la zone géographique soit vaste. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a ainsi jugé que l'attaque

pouvait être dirigée contre un grand nombre de civils dans une zone géographique restreinte²³⁸.

130. Dans sa *Décision relative à la demande d'autorisation*, la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale a considéré que « [l]'appréciation [...] ne doit répondre à des critères ni exclusivement quantitatifs ni géographiques, mais être effectuée sur la base des faits²³⁹ ». On peut ainsi considérer comme généralisée une attaque résultant de l'effet cumulé d'une série d'actes inhumains ou de l'effet singulier d'un acte inhumain d'une ampleur extraordinaire²⁴⁰.

131. La seconde condition de l'alternative est que l'attaque soit « systématique ». Dans son commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, la Commission a expliqué que, pour être « systématiques », les actes inhumains devaient avoir été commis « en application d'un plan ou d'une politique préconçus » et que la mise en œuvre de ce plan pouvait « se tradui[r]e par la commission répétée ou continue d'actes inhumains »²⁴¹. Tout comme le mot « généralisé », le terme « systématique » exclut les actes de violence isolés ou sans lien entre eux²⁴², et la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et de la Cour pénale internationale lui prête une signification similaire. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a considéré que l'adjectif « systématique » connotait « le caractère organisé des actes de violence et l'improbabilité de leur caractère fortuit²⁴³ » et que la preuve d'un scénario ou d'un dessein méthodique établissait le caractère systématique de l'attaque²⁴⁴. Dans l'affaire *Kunarac*, la Chambre d'appel du Tribunal a confirmé que « c'[était] au scénario des crimes – c'est-à-dire à la répétition délibérée et régulière de comportements criminels similaires – que l'on reconna[issai]t leur caractère systématique²⁴⁵ ». Dans l'affaire *Kunarac*, la Chambre de première instance du Tribunal a déduit l'existence d'une attaque systématique contre la

²³¹ *Bemba* (voir *supra* la note 229), par. 83 ; article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaire y relatif, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49 (où l'expression « sur une grande échelle », et non l'adjectif « généralisé », est utilisée) ; *Akayesu* (voir *supra* la note 79), p. 335 et 337, par. 580 ; *Kayishema* (voir *supra* la note 223), par. 897, par. 123 ; voir également *Mrkšić* (note 223 *supra*), par. 437 (« « généralisé » renvoie au fait que l'attaque a été menée sur une grande échelle et au nombre de victimes qu'elle a faites »).

²³² Voir Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, affaire n° ICC-01/04-02/06, Chambre préliminaire II, décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, 13 juillet 2012, par. 19 ; *Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun* (« *Ahmad Harun* ») et *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* (« *Ali Kushayb* »), affaire n° ICC-02/05-01/07, Chambre préliminaire, décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut, 27 avril 2007, par. 62 ; voir également Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, affaire n° ICTR-96-3-T, Chambre de première instance, jugement et sentence, 6 décembre 1999, par. 67 à 69 ; *Kayishema* (note 223 *supra*), p. 895 et 897, par. 122 et 123 ; article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaire y relatif, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49 ; projet d'article 21 du projet de code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaire y relatif, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 107.

²³³ *Kupreškić 2000* (voir *supra* la note 47), p. 1760, par. 550 ; *Tadić 1997* (voir *supra* la note 108), p. 432 et 434, par. 649.

²³⁴ Voir *Kunarac 2002* (note 216 *supra*), par. 95.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Voir, par exemple, *Ntaganda* (note 232 *supra*), par. 30 ; Cour pénale internationale, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, affaire n° ICC-01/09-01/11, Chambre préliminaire II, décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a et b de l'article 61-7 du Statut de Rome, 23 janvier 2012, par. 177.

²³⁷ *Bemba* (voir *supra* la note 229), par. 117 à 124.

²³⁸ *Blaškić* (voir *supra* la note 222), p. 708 et 710, par. 206 ; *Kordić 2004* (voir *supra* la note 230), par. 94.

²³⁹ *Décision relative à la demande d'autorisation* (voir *supra* la note 229), par. 95.

²⁴⁰ Paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49 et 50 ; voir également *Bemba* (note 229 *supra*), par. 83 (où la Chambre a estimé que l'adjectif « généralisé » impliquait une « attaque couvrant une zone géographique étendue ou [...] une attaque couvrant une zone géographique restreinte mais dirigée contre un grand nombre de civils »).

²⁴¹ Paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49 ; voir également paragraphe 3 du projet d'article 21 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en première lecture, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 108 (« Le caractère systématique se rapporte à une pratique d'un caractère constant ou à un dessein méthodique de procéder à ces violations »).

²⁴² Voir article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaire y relatif, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49 ; projet d'article 21 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en première lecture et commentaire y relatif, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 107.

²⁴³ *Mrkšić* (voir *supra* la note 223), par. 437 ; *Kunarac 2001* (voir *supra* la note 230), par. 429.

²⁴⁴ Voir, par exemple, *Tadić 1997* (note 108 *supra*), p. 430, par. 648.

²⁴⁵ *Kunarac 2002* (voir *supra* la note 216), par. 94.

population civile musulmane de la preuve d'un scénario constant : dès que les villes et les villages étaient pris par les forces serbes, les maisons et les appartements des musulmans étaient systématiquement mis à sac ou incendiés, les villageois musulmans étaient victimes de rafles ou faits prisonniers, parfois battus ou tués, et les hommes étaient séparés des femmes et nombre d'entre eux étaient placés en détention²⁴⁶. De la même façon, le Tribunal pénal international pour le Rwanda a considéré que le caractère « systématique » résultait du fait que l'acte était soigneusement organisé ou que l'attaque était perpétrée en application d'une politique ou d'un plan²⁴⁷.

132. Dans le droit fil de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale, dans l'affaire *Harun*, a estimé que l'adjectif « systématique » dénotait « le caractère organisé des actes de violence et l'improbabilité de leur caractère fortuit »²⁴⁸. Dans l'affaire *Katanga*, la Chambre préliminaire de la Cour a relevé que cet adjectif « a[vait] été compris comme renvoyant soit à un plan organisé dans la poursuite d'une politique commune, qui épouse un modèle régulier et qui se traduit par la commission continue d'actes, soit à un "scénario des crimes", de telle sorte que ces derniers constituent une "répétition délibérée et régulière de comportements criminels similaires"²⁴⁹ ». À partir de cette définition, la Chambre préliminaire II de la Cour, dans l'affaire *Ntaganda*, a conclu au caractère systématique de l'attaque, après avoir constaté que

des moyens et des méthodes similaires ont été mis en œuvre par les assaillants contre les différents endroits visés : ils s'approchaient de leur cible en grand nombre, venant simultanément de différentes directions ; ils attaquaient les villages à l'arme lourde et pourchassaient systématiquement les habitants en usant de méthodes similaires, passant de maison en maison pour les déloger, ou les cherchant dans la brousse, et pillant et incendiant tous leurs biens²⁵⁰.

B. « Lancée contre toute population civile »

133. La deuxième condition générale posée par l'article 7 du Statut de Rome est que l'acte soit commis dans le cadre d'une attaque « lancée contre toute population civile ». Le paragraphe 2 a de l'article 7 du Statut de Rome dispose qu'aux fins du paragraphe 1, l'expression « attaque lancée contre une population civile » s'entend du « comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour

but une telle attaque²⁵¹ ». Par ailleurs, le sens de chacun de ces termes – « lancée contre », « toute », « population » et « civile » – a été précisé par la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et de la Cour pénale internationale.

134. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a considéré que l'expression « dirigée contre » exigeait que la population civile victime de l'attaque en soit la cible principale plutôt qu'incidente²⁵². La Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale a par la suite repris cette interprétation dans l'affaire *Bemba* et dans la *Décision relative à la demande d'autorisation*²⁵³. Dans l'affaire *Bemba*, la Chambre a retenu qu'il était suffisamment établi que l'attaque avait été « dirigée contre » la population civile centrafricaine²⁵⁴. Elle a considéré qu'il était établi, au vu des témoignages directs selon lesquels les civils étaient attaqués dans leur maison ou dans leur cour, que les soldats du Mouvement de libération du Congo (MLC) savaient que les victimes des crimes commis pendant l'attaque étaient des civils²⁵⁵. Enfin, après avoir relevé que, lors d'une attaque dans une localité, les soldats du MLC n'avaient pas rencontré les troupes rebelles qu'ils prétendaient poursuivre, elle a estimé que les soldats du MLC visaient *principalement* la population civile centrafricaine²⁵⁶. Le terme « dirigé » met l'accent davantage sur l'intention de l'agent responsable de l'attaque que sur le résultat concret de cette attaque²⁵⁷. C'est l'attaque, et non les actes de l'accusé, qui doit être « dirigée contre » la population visée²⁵⁸.

135. Il résulte du mot « toute » que l'expression de « population civile » doit recevoir une définition large et faire l'objet d'une interprétation extensive²⁵⁹. Une attaque peut être commise contre toute population civile, « indépendamment de toute condition de nationalité, d'appartenance ethnique ou d'autres attributs distinctifs²⁶⁰ », et peut être dirigée contre une population de nationalité identique ou étrangère²⁶¹. La population civile visée peut également « comprendre un groupe défini par son affiliation politique

²⁵¹ Voir également Cour pénale internationale, *Éléments des crimes* (voir *supra* la note 87), p. 5.

²⁵² Voir, par exemple, *Kunarac 2001* (note 230 *supra*), par. 421 (« L'expression "dirigée contre" indique que dans le cas d'un crime contre l'humanité, la population civile doit être la cible principale de l'attaque »).

²⁵³ *Bemba* (voir *supra* la note 229), par. 76 ; *Décision relative à la demande d'autorisation* (voir *supra* la note 229), par. 82.

²⁵⁴ *Bemba* (voir *supra* la note 229), par. 94 ; voir également *Ntaganda* (note 232 *supra*), par. 20 et 21.

²⁵⁵ *Bemba* (voir *supra* la note 229), par. 94.

²⁵⁶ *Ibid.*, par. 95 à 98. La Chambre préliminaire s'est également appuyée sur des éléments de preuve indiquant qu'à la date de l'arrivée des soldats du MLC dans cette localité, les forces rebelles s'étaient déjà retirées, *ibid.*, par. 98.

²⁵⁷ Voir, par exemple, *Blaškić* (note 222 *supra*), p. 710, note 401.

²⁵⁸ *Kunarac 2002* (voir *supra* la note 216), par. 103.

²⁵⁹ Voir, par exemple, *Mrkšić* (note 223 *supra*), par. 442 ; *Tadić 1997* (note 108 *supra*), p. 424, par. 643 ; *Kupreškić 2000* (note 47 *supra*), p. 1758, par. 547 (« L'intention semble être de donner une définition large des termes "population" et "civile". L'objet et le but des principes généraux et des règles du droit humanitaire en donnent une première confirmation ») ; *Kayishema* (voir *supra* la note 223), p. 899, par. 127.

²⁶⁰ *Katanga 2008* (voir *supra* la note 230), par. 399 [citant *Tadić 1997* (voir *supra* la note 108), p. 416, par. 635].

²⁶¹ Voir, par exemple, *Kunarac 2001* (note 230 *supra*), par. 423.

²⁴⁶ *Kunarac 2001* (voir *supra* la note 230), par. 573 et 578.

²⁴⁷ *Akayesu* (voir *supra* la note 79), p. 335 et 337, par. 580 (« Le caractère "systématique" tient, quant à lui, au fait que l'acte est soigneusement organisé selon un modèle régulier en exécution d'une politique concertée ») ; *Kayishema* (voir *supra* la note 223), p. 897, par. 123 (« Une attaque systématique s'entend d'une attaque perpétrée en application d'une politique ou d'un plan préconçu »).

²⁴⁸ *Harun* (voir *supra* la note 232), par. 62 [citant *Kordić 2004* (voir *supra* la note 230), par. 94, renvoyant lui-même à *Kunarac 2001* (voir *supra* la note 230), par. 429] ; voir également *Décision relative à la demande d'autorisation* (note 229 *supra*), par. 96 ; *Ruto* (note 236 *supra*), par. 179 ; *Katanga 2008* (note 230 *supra*), par. 394.

²⁴⁹ *Katanga 2008* (voir *supra* la note 230), par. 397.

²⁵⁰ *Ntaganda* (voir *supra* la note 232), par. 31 ; voir également *Ruto* (note 236 *supra*), par. 179.

(supposée)²⁶²». Pour être qualifiée de civile en période de conflit armé, la population prise pour cible doit être «à dominante» civile²⁶³, la présence de certains non-civils en son sein n'en modifiant pas la nature²⁶⁴. Ce principe est conforme aux autres règles consacrées par le droit international humanitaire. Ainsi, aux termes du Protocole I: «La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité» (art. 50, par. 3). En période de paix, la notion de «civil» englobe toutes les personnes, exception faite de celles chargées de maintenir l'ordre public et investies du pouvoir de faire usage de la force publique au moment de l'attaque²⁶⁵. La qualité de la victime s'apprécie au moment où les crimes sont commis²⁶⁶. Toute personne est considérée comme civile tant qu'il existe un doute sur son statut²⁶⁷.

136. Le terme «population» ne signifie pas que l'attaque doit viser toute la population de la zone géographique où elle a lieu²⁶⁸. Ce mot renvoie plutôt au caractère collectif du crime en tant que dirigé contre une multiplicité de victimes²⁶⁹. La victimisation de l'individu ne tient pas à ses caractéristiques personnelles mais plutôt à son appartenance à une population civile ciblée²⁷⁰. Dans

²⁶² *Ruto* (voir *supra* la note 236), par. 164.

²⁶³ Voir, par exemple, *Mrkšić* (note 223 *supra*), par. 442; *Tadić 1997* (note 108 *supra*), p. 418, par. 638; *Kunarac 2001* (note 230 *supra*), par. 425; *Kordić 2001* (note 74 *supra*), par. 180; *Kayishema* (voir *supra* la note 223), p. 899, par. 128.

²⁶⁴ Voir, par exemple, *Mrkšić* (note 223 *supra*), par. 442; *Tadić 1997* (note 108 *supra*), p. 418, par. 638; *Kunarac 2001* (note 230 *supra*), par. 425 («la présence de certains non-civils en son sein [ne] modifie [pas] la nature de cette population»); *Blaškić* (note 222 *supra*), p. 714, par. 214 («la présence de militaires, au sein de la population civile qui fait l'objet d'une attaque délibérée, ne modifie pas le caractère civil de celle-ci»); *Kupreškić 2000* (note 47 *supra*), p. 1758, par. 549 («la présence dans une population de personnes activement impliquées dans le conflit ne devrait pas empêcher de la qualifier de civile»); *Kordić 2001* (note 74 *supra*), par. 180; *Akayesu* (note 79 *supra*), p. 337, par. 582 («La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personnes civiles ne prive pas cette population de sa qualité»); *Kayishema* (note 223 *supra*), p. 899, par. 128.

²⁶⁵ *Kayishema* (voir *supra* la note 223), p. 899, par. 127.

²⁶⁶ *Blaškić* (voir *supra* la note 222), p. 714, par. 214 («la situation concrète de la victime au moment où les crimes sont commis, plutôt que son statut, doit être pris en compte pour déterminer sa qualité de civil»); voir également *Kordić 2001* (note 74 *supra*), par. 180 («[D]es personnes qui, à un moment donné, se sont livrées à des actes de résistance peuvent, dans certaines circonstances, être victimes de crimes contre l'humanité»); *Akayesu* (note 79 *supra*), p. 337, par. 582 (où la Chambre de première instance a considéré que la population civile s'entendait des «personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat»).

²⁶⁷ *Kunarac 2001* (voir *supra* la note 230), par. 426.

²⁶⁸ Voir *Décision relative à la demande d'autorisation* (note 229 *supra*), par. 82; *Bemba* (note 229 *supra*), par. 77; *Kunarac 2001* (note 230 *supra*), par. 424; *Tadić 1997* (note 108 *supra*), p. 424, par. 644; voir également paragraphe 14 du commentaire relatif au projet d'article 20 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 42 (aux termes duquel la définition des crimes contre l'humanité englobe «les actes inhumains de caractère très grave comportant des violations très étendues ou systématiques dirigées contre l'ensemble ou une partie* de la population civile»).

²⁶⁹ Voir *Tadić 1997* (note 108 *supra*), p. 424, par. 644.

²⁷⁰ *Ibid.*; voir également *Kunarac 2001* (note 230 *supra*), par. 90; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Ante Gotovina, Ivan Cermak et Mladen Markac*, affaire n° IT-06-90-T, Chambre de première instance, jugement, 15 avril 2011,

l'affaire *Bemba* et la *Décision relative à la demande d'autorisation*, la Cour pénale internationale a adopté une position similaire, estimant qu'il incombait au Procureur de démontrer que l'attaque était lancée contre la population et non contre un groupe limité d'individus²⁷¹.

137. L'article 7, paragraphe 2 *a*, du Statut de Rome définit l'expression «attaque lancée contre une population civile» aux fins du paragraphe 1. La première partie de cette définition fait mention d'un «comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque». Bien qu'absente de la définition des crimes contre l'humanité énoncée dans les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, cette formulation correspond à la jurisprudence de ces deux tribunaux²⁷². Dans les *Éléments des crimes de la Cour pénale internationale*, il est précisé que les «actes» visés à l'article 7, paragraphe 2 *a*, du Statut de Rome «ne doivent pas nécessairement constituer une attaque militaire²⁷³».

138. La deuxième partie de cette définition exige que les actes soient commis «en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque». La nécessité d'établir l'existence d'une politique n'apparaît dans la définition des crimes contre l'humanité des statuts des juridictions internationales qu'avec l'adoption du Statut de Rome²⁷⁴. Si l'incrimination des crimes contre l'humanité figurant dans les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda n'exige pas l'existence d'une politique²⁷⁵, une première

par. 1704 (où la Chambre de première instance a estimé que l'attaque devait être dirigée contre une population civile «plutôt que contre un nombre limité d'individus choisis au hasard»).

²⁷¹ *Bemba* (voir *supra* la note 229), par. 77; *Décision relative à la demande d'autorisation* (note 229 *supra*), par. 81.

²⁷² Voir, par exemple, *Kunarac 2001* (note 230 *supra*), par. 415 (où la Chambre de première instance a considéré qu'une attaque était «un comportement qui consiste en la commission d'actes de violence»); *Kayishema* (note 223 *supra*), p. 895, par. 122 (où la Chambre a estimé qu'une attaque constituait «le fait auquel les crimes énumérés sont rattachables»); *Akayesu* (note 79 *supra*), p. 337, par. 581 («L'«attaque» peut se définir comme tout acte contraire à la loi du type énuméré [dans le] Statut [...]. Les actes non violents par nature, y compris l'imposition d'un système d'apartheid [...] ou l'exercice de pressions publiques sur une population pour amener celle-ci à agir de telle ou telle manière»).

²⁷³ Cour pénale internationale, *Éléments des crimes* (voir *supra* la note 87), p. 5, article 7, introduction, par. 3.

²⁷⁴ L'article 6 *c* du Statut du Tribunal de Nuremberg ne comporte aucune référence explicite à un plan ou à une politique. Toutefois, le Tribunal de Nuremberg emploie le mot «politique» dans l'examen de cet article 6 *c* dans le contexte de la notion d'«attaque» en général. Voir Tribunal militaire international, jugement, 1^{er} octobre 1946, dans *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, débats, 27 août 1946-1^{er} octobre 1946*, t. XXII, p. 529 («La terreur y régnait souvent, elle était organisée et systématique. Une politique de vexations, de répression, de meurtres à l'égard des civils présumés hostiles au Gouvernement fut poursuivie sans scrupules»). On ne trouve pareillement aucune mention d'un plan ou d'une politique dans la définition des crimes contre l'humanité énoncée à l'article II, paragraphe 1 *c*, de la loi n° 10 du Conseil de contrôle. Voir en général Mettraux, «The definition of crimes against humanity and the question of a "policy" element».

²⁷⁵ La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé qu'en matière de crimes contre l'humanité, la condition d'existence d'une politique n'existait pas en droit international coutumier, voir *Kunarac 2002* (note 216 *supra*), par. 98 («Rien, dans le Statut ou le droit international coutumier tel qu'il existait à l'époque

jurisprudence avait imposé cette condition²⁷⁶. Par la suite, toutefois, cet élément politique a été minimisé, la preuve de l'existence du caractère généralisé ou systématique de l'attaque étant jugée suffisante²⁷⁷.

139. Avant le Statut de Rome, les travaux menés par la Commission dans le cadre de ses projets de code tendaient à exiger l'existence d'une politique. Ainsi, dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954, la définition des crimes contre l'humanité était ainsi conçue : « Les actes inhumains, tels que l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou les persécutions, commis contre des éléments de la population civile pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels, par les autorités d'un État ou par des particuliers agissant à l'instigation de ces autorités ou avec leur consentement^{*278}. » La Commission avait décidé d'inclure la notion d'instigation ou de consentement des autorités pour exclure les actes inhumains commis par les particuliers de leur propre initiative sans l'intervention de l'État²⁷⁹. En revanche, la définition de crimes contre l'humanité retenue dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ne prévoyait pas de conditions d'échelle (« caractère généralisé ») ou de systématisme.

140. On ne trouve aucune définition des crimes contre l'humanité dans le projet de statut d'une cour criminelle internationale de 1994. Il y est toutefois fait référence aux incriminations énoncées à l'article 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et à l'article 21 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en première lecture en 1991, lesquelles n'exigent pas l'existence d'une politique d'État²⁸⁰. Cela étant, la notion de politique est néanmoins évoquée dans le commentaire de la Commission : « Les formes particulières du fait illicite [...] sont moins déterminantes pour la définition que les considérations d'échelle et de ligne d'action [politique] délibérée et le fait qu'elles ont pour cible la population civile, en totalité ou en partie²⁸¹. » On relève

des faits allégués, n'exige la preuve de l'existence d'un plan ou d'une politique visant à la perpétration de ces crimes ». Voir, par exemple, Schabas, « State policy as an element of international crimes », p. 954.

²⁷⁶ *Tadić 1997* (voir *supra* la note 108), p. 410, par. 626, et également p. 424 et suiv., par. 644 et 653 à 655 (« l'expression "dirigés contre une population civile" [...] exige [...] que les actes soient commis de manière généralisée [ou] systématique [et] en application d'une politique »).

²⁷⁷ Voir, par exemple, *Kordić 2001* (note 74 *supra*), par. 182 (où la Chambre a estimé que « l'existence d'un plan ou d'une politique devrait davantage être considérée comme indicative du caractère systématique des infractions qualifiées de crimes contre l'humanité »); *Kunarac 2002* (note 216 *supra*), par. 98; *Akayesu* (note 79 *supra*), p. 335 et 337, par. 580; *Kayishema* (note 223 *supra*), p. 897, par. 124 (« Pour qu'un acte de persécution à grande échelle constitue un crime contre l'humanité, il faut que l'existence d'un élément politique soit démontré. L'absence de l'une ou de l'autre des deux conditions que sont le caractère généralisé ou systématique du crime suffit pour entraîner l'exclusion des actes qui ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une politique ou d'un plan plus vaste »).

²⁷⁸ Article 2, paragraphe 11, du projet de code, *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9 (A/2693)*, p. 10 et 11.

²⁷⁹ Commentaire relatif à l'article 2, paragraphe 11, *ibid.*, p. 11.

²⁸⁰ Paragraphe 14 du commentaire relatif à l'article 20 du projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 42.

²⁸¹ *Ibid.*

également un élément de politique dans la définition retenue par le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, aux termes duquel : « On entend par crime contre l'humanité le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe*, l'un des actes ci-après²⁸² [...] ». Ce critère a été inclus par la Commission pour exclure les situations où un individu « commet un acte inhumain de sa propre initiative dans la poursuite de son propre dessein criminel, en l'absence de tout encouragement ou de toute directive de la part soit d'un gouvernement, soit d'un groupe ou d'une organisation²⁸³ ». Autrement dit, le critère politique visait à exclure les crimes « ordinaires » commis par des individus agissant de leur propre initiative et sans lien avec un État ou une organisation²⁸⁴.

141. L'article 7, paragraphe 2 a, du Statut de Rome retient le terme « politique » dans sa définition d'« attaque lancée contre toute population civile ». Par ailleurs, aux termes des Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, « pour qu'il y ait "politique ayant pour but une telle attaque", il faut que l'État ou l'organisation favorise ou encourage activement une telle attaque contre une population civile²⁸⁵ ». Il est également précisé en note dans les Éléments des crimes que, « [d]ans des circonstances exceptionnelles, une telle politique peut prendre la forme d'une abstention délibérée d'agir, par laquelle l'État ou l'organisation entend consciemment encourager une telle attaque²⁸⁶ ». D'autres précédents insistent également sur le fait que l'abstention délibérée d'agir peut caractériser l'existence d'une politique²⁸⁷.

142. Le terme « politique » a été analysé dans plusieurs affaires devant la Cour pénale internationale²⁸⁸. Ainsi, dans la *Décision relative à la demande d'autorisation*, la Chambre préliminaire II de la Cour a considéré que le sens du mot « État » figurant au paragraphe 2 a de l'article 7 du Statut de Rome était « explicite »²⁸⁹. Elle a ajouté qu'une politique adoptée par des organes régionaux, voire locaux, de l'État pourrait remplir la condition relative à l'existence de la politique d'un État²⁹⁰. Dans son

²⁸² Article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49.

²⁸³ Paragraphe 5 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *ibid.*, p. 50. Dans son commentaire relatif à l'existence d'une politique, la Commission explique qu'« [i]l serait extrêmement difficile à un individu agissant seul de commettre les actes inhumains en question, tels que l'article 18 les envisage ».

²⁸⁴ Voir Bassiouni, « Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining — the need for a specialized convention », p. 54 et 55.

²⁸⁵ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 5.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Kupreškić 2000* (voir *supra* la note 47), p. 1760 à 1764, par. 551 à 555 (« approuvée », « tolérée », « approbation ou assentiment explicite ou implicite »); projet de code de 1954 (« consentement »); rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité, S/1994/674, par. 85; Ambos et Wirth, « The current law of crimes against humanity », p. 31 à 34.

²⁸⁸ Voir, par exemple, *Ntaganda* (note 232 *supra*), par. 24; *Katanga 2008* (note 230 *supra*), par. 396; *Bemba* (note 229 *supra*), par. 81.

²⁸⁹ *Décision relative à la demande d'autorisation* (voir *supra* la note 229), par. 89.

²⁹⁰ *Ibid.*

opinion dissidente, le juge Hans-Peter Kaul a considéré que, si les actes du gouvernement central ainsi que de tout autre organe au niveau régional ou local pouvaient être imputables à un État, «s'interroger sur la question de savoir à qui les actes sont imputables ne répond pas à celle de savoir qui peut établir la politique d'un État²⁹¹». Il a néanmoins estimé que, «vu les circonstances propres à l'espèce, une politique p[ouvai]t aussi être adoptée par un organe qui, même s'il se situe au niveau régional, comme c'est le cas du plus haut fonctionnaire ou du gouvernement régional d'une province, possède les moyens d'établir une politique dans son domaine d'action²⁹²».

143. Dans sa décision rendue en 2014 dans l'affaire *Katanga*, la Chambre de première instance II de la Cour pénale internationale a considéré qu'il n'était pas nécessaire que la politique soit officiellement élaborée ou adoptée avant l'attaque et que son existence pouvait être déduite du constat de la répétition d'actes, de l'existence d'activités préparatoires ou encore de mobilisations collectives²⁹³. Elle a estimé par ailleurs que la politique ne devait pas nécessairement être concrète ou précise et pouvait évoluer au fur et à mesure au gré des circonstances²⁹⁴. Elle a souligné que les deux termes «politique» et «systématique» ne devaient pas être considérés comme synonymes, dans la mesure où les assimiler serait contraire à la formulation disjonctive des termes de l'article 7 du Statut (attaque «généralisée» ou «systématique»)²⁹⁵. Elle a retenu au contraire que, si l'adjectif «systématique» permettait de qualifier un schéma fait de comportements répétitifs, le terme «politique» visait davantage à établir que ces comportements étaient envisagés comme une attaque collective contre la population civile²⁹⁶.

144. Dans sa décision confirmant les charges portées contre Laurent Gbagbo, la Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale a affirmé que

dans le contexte du Statut, l'élément de «politique» s'entend du fait pour un État ou une organisation de favoriser ou d'encourager activement une attaque contre une population civile. La Chambre fait observer que ni le Statut ni les Éléments des crimes n'incluent les raisons ou les motivations de la politique au nombre des éléments requis par la définition. Cela étant, déterminer le motif sous-jacent peut se révéler utile pour mettre au jour les caractéristiques communes aux actes et les liens qui unissent ceux-ci. De plus, au vu du Statut et des Éléments des crimes, il est seulement nécessaire de prouver que l'intéressé avait connaissance de l'attaque de manière générale. En effet, les Éléments des crimes précisent que l'élément de connaissance «ne doit pas être

²⁹¹ *Décision relative à la demande d'autorisation* (note 229 *supra*), opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul, par. 43.

²⁹² *Ibid.*, par. 43.

²⁹³ *Katanga 2014* (voir *supra* la note 88), par. 1109; voir également Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Gbagbo*, affaire n° ICC-02/11-01/11, Chambre préliminaire I, décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, 12 juin 2014, par. 211, 212 et 215.

²⁹⁴ *Katanga 2014* (voir *supra* la note 88), par. 1110.

²⁹⁵ *Ibid.*, par. 1112; voir également *ibid.*, par. 1101; *Gbagbo* (note 293 *supra*), par. 208.

²⁹⁶ *Katanga 2014* (voir *supra* la note 88), par. 1113 («Établir une "politique" vise uniquement à démontrer que l'État ou l'organisation entend mener une attaque contre une population civile»); *Gbagbo* (voir *supra* la note 293), par. 216 («la preuve qu'un État ou une organisation a planifié, organisé ou dirigé l'attaque peut être utile pour établir tant l'existence d'une politique que le caractère systématique de l'attaque, mais les deux notions ne doivent pas être amalgamées car elles servent des fins différentes et correspondent à des critères différents au regard des articles 7-1 et 7-2-a du Statut»).

interprété comme exigeant qu'il soit prouvé que l'auteur avait connaissance de toutes les caractéristiques de l'attaque ou des détails précis du plan ou de la politique de l'État ou de l'organisation»²⁹⁷.

Dans l'affaire *Bemba*, après avoir constaté qu'il était établi que les soldats du MLC «lançaient des attaques qui se déroulaient suivant le même modèle», la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale a considéré que l'attaque avait été menée en application de la politique d'une organisation²⁹⁸. Ces décisions sont actuellement abondamment commentées en doctrine²⁹⁹.

C. Acteurs non étatiques

145. Commentant en 1991 le projet de disposition sur les crimes contre l'humanité destiné à ce qui deviendrait en 1996 le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission a déclaré que «le projet d'article ne limite pas les auteurs possibles des crimes [...] aux seuls agents ou représentants d'un État» et «n'exclut pas que de simples particuliers, pourvus d'un pouvoir de fait ou organisés en bandes ou groupes criminels, puissent eux aussi commettre le genre de violations systématiques ou massives des droits de l'homme prévues dans le présent article, hypothèse dans laquelle leurs actes tomberaient sous le coup du projet de code»³⁰⁰. Cependant, la question faisait l'objet d'un débat au sein de la Commission. Le rapport de 1995 de la Commission rend compte de ce débat, où certains membres soutenaient que le code ne devait s'appliquer qu'aux acteurs étatiques, d'autres préférant y inclure les auteurs non étatiques³⁰¹. Comme il a été dit plus haut, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 comprenait une exigence supplémentaire: pour être des crimes contre l'humanité, les actes inhumains devaient être commis «à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe»³⁰². Commentant cette exigence, la Commission a fait observer ce qui suit:

²⁹⁷ *Gbagbo* (voir *supra* la note 293), par. 214.

²⁹⁸ *Bemba* (voir *supra* la note 229), par. 115.

²⁹⁹ Voir, par exemple, Halling, «Push the envelope – watch it bend: removing the policy requirement and extending crimes against humanity»; Schabas, «Prosecuting Dr. Strangelove, Goldfinger, and the Joker at the International Criminal Court: closing the loopholes»; Kress, «On the outer limits of crimes against humanity: the concept of organization within the policy requirement: some reflections on the March 2010 ICC *Kenya* decision»; Mettraux, «The definition of crimes against humanity and the question of a "policy" element»; Jalloh, «Case report: situation in the Republic of Kenya»; Hansen, «The policy requirement in crimes against humanity: lessons from and for the case of Kenya»; Werle et Burghardt, «Do crimes against humanity require the participation of a State or a "State-like" organization?»; Sadat, «Crimes against humanity in the modern age», p. 335 et 336 et 368 à 374; Jalloh, «What makes a crime against humanity a crime against humanity»; Robinson, «The draft convention on crimes against humanity»; Robinson, «Crimes against humanity: a better policy on "policy"».

³⁰⁰ Paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 21 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en première lecture, *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 108.

³⁰¹ *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), p. 26, par. 89 («Certains membres ont soutenu que le code ne devait porter que sur les crimes commis par des agents ou des représentants de l'État ou par des individus agissant avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, tandis que d'autres membres se sont déclarés partisans d'inclure les agissements des individus même en l'absence de liens avec l'État»).

³⁰² Article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49.

Ce sont l'instigation ou les directives soit d'un gouvernement ou d'une organisation ou d'un groupe, que ceux-ci aient ou non un lien avec le gouvernement, qui donnent à l'acte sa dimension et en font un crime contre l'humanité, imputable à des particuliers ou à des agents d'État³⁰³.

146. Dans sa jurisprudence, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a accepté la possibilité que des acteurs non étatiques soient poursuivis pour crimes contre l'humanité. Par exemple, la Chambre de première instance en l'affaire *Tadić* a dit que «le droit relatif aux crimes contre l'humanité a évolué de sorte à tenir compte de forces qui, bien que n'étant pas celles d'un gouvernement légitime, exercent le contrôle *de facto* sur un territoire particulier ou peuvent s'y déplacer librement³⁰⁴». Cette conclusion a été suivie dans l'affaire *Limaj*, où la Chambre de première instance a considéré que les accusés membres de l'Armée de libération du Kosovo (UÇK) pouvaient être poursuivis pour crimes contre l'humanité, déclarant notamment ce qui suit :

Si l'existence d'un plan ou d'une politique n'est pas une condition d'application de l'article 5 [du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie], elle est néanmoins un sérieux indice que les actes en question ne sont pas le simple fait de personnes poursuivant un objectif personnel ou aléatoire mais procèdent d'un degré de coordination et d'organisation tel qu'ils peuvent être qualifiés de crimes contre l'humanité. Il va sans dire qu'une attaque dirigée contre une population civile dénote d'autant plus l'existence d'une politique qu'elle a lieu sur fond d'intervention massive de l'État et qu'une chaîne de commandement officielle est apparente. [...] Toutefois, des problèmes particuliers se posent lorsque c'est une entité au sein de l'État ou un groupe d'opposition armé interne ou étranger qui poursuit une telle politique. Pour se voir reconnaître la compétence requise pour ce faire, l'entité en question doit notamment exercer une autorité *de facto* sur un territoire³⁰⁵.

Enfin, la Chambre de première instance a déterminé que bien que «l'UÇK ait mis en œuvre une politique visant à attaquer les Albanais du Kosovo qu'elle soupçonnait de collaborer avec les autorités serbes, [...] elle n'a pas dirigé d'attaque contre une population civile, fût-elle de souche serbe ou albanaise³⁰⁶».

147. Puisque son paragraphe 2 *a* exige que l'attaque soit lancée «en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation* ayant pour but une telle attaque», l'article 7 envisage expressément que des crimes contre l'humanité puissent être commis par des acteurs non étatiques. La jurisprudence de la Cour pénale internationale donne à penser que le terme «organisation» inclut tout groupe ou organisation ayant la capacité et les ressources nécessaires pour planifier et mener une attaque généralisée ou systématique. Par exemple, la Chambre préliminaire I a déclaré en l'affaire *Katanga* ceci : «Cette politique peut être mise en place par des groupes de personnes dirigeant un territoire donné ou par toute organisation capable de commettre une attaque généralisée ou systématique contre une population civile³⁰⁷.»

³⁰³ Paragraphe 5 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *ibid.*, p. 50.

³⁰⁴ *Tadić* 1997 (voir *supra* la note 108), p. 440, par. 654. Pour un examen plus détaillé de la question des auteurs non étatiques, voir *ibid.*, p. 442, par. 655.

³⁰⁵ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, affaire n° IT-03-66-T, Chambre de première instance II, jugement, 30 novembre 2005, par. 212 et 213.

³⁰⁶ *Ibid.*, par. 228.

³⁰⁷ *Katanga* 2008 (voir *supra* la note 230), par. 396 (se référant à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

148. Dans sa *Décision relative à la demande d'autorisation*, la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale a adopté une position comparable, déclarant que

le caractère structuré d'un groupe et son degré d'organisation ne devraient pas être considérés comme des critères essentiels à cet égard. Il convient plutôt, comme d'autres l'ont fait valoir de manière très convaincante, de déterminer si un groupe a la capacité d'accomplir des actes qui violent les valeurs humaines fondamentales³⁰⁸.

En 2012, la Chambre préliminaire a rappelé que, pour déterminer si un groupe donné peut être considéré comme une organisation au sens de l'article 7 du Statut de Rome,

elle peut prendre en compte un certain nombre d'éléments, notamment : i) si le groupe dispose d'un commandement responsable ou d'une hiérarchie bien établie ; ii) s'il possède, de fait, les moyens de lancer une attaque généralisée ou systématique contre une population civile ; iii) s'il exerce un contrôle sur une partie du territoire d'un État ; iv) s'il a pour but principal de mener des activités criminelles au préjudice de la population civile ; v) s'il exprime, explicitement ou implicitement, l'intention d'attaquer une population civile ; vi) s'il fait partie d'un groupe plus important qui remplit certains ou la totalité des critères susmentionnés³⁰⁹.

149. Dans sa décision de 2010, la majorité a expressément rejeté l'idée que «seules les organisations présentant les caractéristiques d'un État peuvent entrer en ligne de compte» aux fins du paragraphe 2 *a* de l'article 7³¹⁰. Dans son opinion dissidente, le juge Kaul est convenu qu'«on peut donc conclure qu'une "organisation" peut être une entité privée (un acteur *non étatique*) qui ne soit pas un organe d'un État ou n'agisse pas pour le compte d'un État», tout en soutenant que «les "organisations" en question devraient posséder certaines des caractéristiques d'un État»³¹¹.

150. Dans l'affaire *Ntaganda*, les charges ont été confirmées contre un défendeur associé à deux groupes paramilitaires agissant en République démocratique du Congo, l'Union des patriotes congolais (UPC) et les Forces patriotiques pour la libération du Congo (FPLC). En l'espèce, le Procureur a déclaré que «l'UPC/FPLC était une organisation politico-militaire sophistiquée et structurée, s'apparentant au gouvernement d'un pays, par l'intermédiaire de laquelle Bosco Ntaganda pouvait commettre des

et à celle du Tribunal pénal international pour le Rwanda, ainsi qu'au projet de code de 1991 de la Commission adopté en première lecture ; voir également *Bemba* (note 229 *supra*), par. 81.

³⁰⁸ *Décision relative à la demande d'autorisation* (voir *supra* la note 229), par. 90.

³⁰⁹ *Ruto* (note 236 *supra*), par. 185 ; voir également *Décision relative à la demande d'autorisation* (voir *supra* la note 229), par. 93 ; rectificatif à la *Décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome*, affaire n° ICC-02/11-14-Corr., 3 octobre 2011, par. 45 et 46.

³¹⁰ *Décision relative à la demande d'autorisation* (voir *supra* la note 229), par. 90 ; voir également Werle et Burghardt, «Do crimes against humanity require the participation of a State or a "State-like" organization?».

³¹¹ *Décision relative à la demande d'autorisation* (voir *supra* la note 229), opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul, par. 45 et 51. Les caractéristiques retenues par le juge Kaul étaient : «a) une collectivité de personnes ; b) qui a été établie et agit dans un but commun ; c) pendant une période prolongée ; d) disposant d'un commandement responsable ou ayant adopté une certaine forme de structure hiérarchique, notamment, et au moins, un niveau décisionnaire ; e) ayant la capacité d'imposer sa politique à ses membres et de les sanctionner ; et f) ayant la capacité et les moyens d'attaquer toute population civile sur une grande échelle.»

crimes contre l'humanité³¹²». De même, dans l'affaire *Callixte Mbarushimana*, le Procureur a poursuivi un défendeur associé aux Forces démocratiques de libération du Rwanda (FDLR), décrites comme un « groupe armé [ayant] pour objectif de “reconquérir et défendre la souveraineté nationale” du Rwanda³¹³ ». En l'espèce, les juges divergeaient quant à savoir si les FDLR avaient pour politique d'attaquer la population civile mais semblaient d'accord sur le fait que les FDLR en tant que groupe pouvaient tomber sous le coup de l'article 7. Dans l'affaire contre Joseph Kony, concernant la situation en Ouganda, le défendeur est présumé être associé à l'Armée de résistance du Seigneur, « un groupe armé qui aurait mené [...] une insurrection contre le Gouvernement ougandais, l'armée ougandaise³¹⁴ » et « serait [organisé] selon une hiérarchie de type militaire et fonctionnerait comme une armée³¹⁵ ». En ce qui concerne la situation au Kenya, la Chambre préliminaire II a confirmé les charges de crimes contre l'humanité en raison des liens qu'entretenaient les défendeurs avec un « réseau » d'exécutants « composé de hauts responsables politiques [du Mouvement démocratique orange], de représentants des médias, d'anciens membres de la police kényane et de l'armée, d'anciens de la communauté kalenjin ainsi que de chefs locaux³¹⁶ ». De même, les charges ont été confirmées à l'encontre d'autres personnes associées aux « Mungiki et [à de] jeunes sympathisants du Parti de l'unité nationale (PNU) [qui] ont mené des attaques coordonnées » à différents endroits de Nakuru et de Naivasha, « contre des personnes tenues pour des partisans du Mouvement démocratique orange (ODM), identifiées de diverses manières, notamment au moyen de listes et de barrages routiers, par leurs caractéristiques physiques et par la langue »³¹⁷.

D. « En connaissance de cette attaque »

151. Le troisième critère général est que l'auteur du crime doit avoir commis l'acte « en connaissance de l'attaque ». Selon la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et celle du Tribunal pénal international pour le Rwanda, l'auteur du crime doit avoir connaissance de l'attaque menée contre la population civile et du fait que son acte s'inscrit dans le cadre de cette attaque³¹⁸. Cette double considération se retrouve dans les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, qui pour chacun des actes prohibés exige comme dernier élément que « [l']auteur [sache] que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie ». Toutefois,

le dernier élément ne doit pas être interprété comme exigeant qu'il soit prouvé que l'auteur avait connaissance de toutes les caractéristiques de l'attaque ou des détails précis du plan ou de la politique de l'État ou de l'organisation. Dans le cas où une attaque généralisée ou systématique contre une population civile est dans sa phase initiale, l'intention visée dans le dernier élément indique que l'élément psychologique est présent dès lors que l'auteur avait l'intention de mener une telle attaque³¹⁹.

Il n'est pas nécessaire de prouver que l'auteur connaissait les détails de l'attaque³²⁰; cette connaissance peut être déduite de preuves indirectes³²¹. Ainsi, lorsque la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale a conclu en l'affaire *Bemba* que les troupes du MLC savaient que leurs actes s'inscrivaient dans le cadre de l'attaque, elle a estimé que « les méthodes d'attaque mises en œuvre », qui suivaient un schéma clair, permettaient « de déduire que les troupes [...] avaient connaissance de l'attaque³²² ». Dans l'affaire *Katanga*, la Chambre préliminaire I de la Cour a estimé

le fait que l'auteur avait connaissance de l'attaque et qu'il avait conscience que sa participation à cette attaque [pouvait] être inférée de preuves indirectes comme : la place occupée par l'accusé dans la hiérarchie militaire; le fait qu'il assumait un rôle important dans la campagne criminelle dans son ensemble; sa présence sur les lieux des crimes; le fait qu'il fasse mention de la supériorité de son groupe par rapport à l'ennemi; et le contexte historique et politique général dans lequel les actes ont été commis³²³.

152. De plus, les mobiles poussant l'auteur à participer à l'attaque importent peu; il n'est pas exigé qu'il partage le but ou l'objectif de l'attaque³²⁴. Selon la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Kunarac*, la preuve qu'il a agi pour des raisons personnelles pourrait, tout au plus, « indiquer qu'il n'était pas conscient que ses actes faisaient partie de l'attaque, présomption qui n'a rien d'irréfragable³²⁵ ». Pour satisfaire cette exigence, il faut que l'auteur ait su que son acte s'inscrivait dans l'attaque ou qu'il ait eu l'intention de l'y inscrire. Il faut aussi établir que l'auteur a commis l'infraction sous-jacente en mettant directement à profit l'attaque ou que l'infraction sous-jacente commise a pour effet de perpétuer l'attaque³²⁶. Par exemple, dans l'affaire *Kunarac*, les auteurs ont été accusés de diverses formes de violences sexuelles, d'actes de torture et d'esclavage à l'encontre de femmes et de filles musulmanes. La Chambre de première instance du Tribunal s'est dite convaincue que les accusés avaient connaissance de l'attaque car non seulement

³¹⁹ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 5, article 7, Introduction, par. 2.

³²⁰ *Kunarac 2001* (voir *supra* la note 230), par. 434 (l'exigence de connaissance ne signifie pas qu'il est « nécessaire [d'être] informé des détails de l'attaque »).

³²¹ Voir *Tadić 1997* (note 108 *supra*), p. 446, par. 657 (« Donc si la connaissance est requise, elle est approchée sur un plan objectif et elle peut être déduite implicitement des circonstances »); voir également *Kayishema* (voir *supra* la note 223), p. 901, par. 134 (« une connaissance objective ou raisonnée du contexte plus large dans lequel s'inscrit l'attaque » est suffisante); *Blaškić* (voir *supra* la note 222), p. 738, par. 259 (« la connaissance du cadre politique dans lequel l'infraction s'insère peut se déduire de la survenance conjointe d'un certain nombre de faits concrets et principalement [...] de la nature des crimes commis et de leur notoriété »).

³²² *Bemba* (voir *supra* la note 229), par. 126.

³²³ *Katanga 2008* (voir *supra* la note 230), par. 402.

³²⁴ Voir, par exemple, *Kunarac 2002* (note 216 *supra*), par. 103; *Kupreškić 2000* (note 47 *supra*), p. 1766, par. 558.

³²⁵ *Kunarac 2002* (voir *supra* la note 216), par. 103.

³²⁶ Voir, par exemple, *Kunarac 2001* (note 230 *supra*), par. 592.

³¹² *Ntaganda* (voir *supra* la note 232), par. 22.

³¹³ Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, affaire n° ICC-01/04-01/10, Chambre préliminaire I, décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011, par. 2.

³¹⁴ Cour pénale internationale, *Mandat d'arrêt de Joseph Kony délivré le 8 juillet 2005, tel que modifié le 27 septembre 2005*, affaire n° ICC-02/04-01/05, 27 septembre 2005, par. 5.

³¹⁵ *Ibid.*, par. 7.

³¹⁶ *Ruto* (voir *supra* la note 236), par. 182.

³¹⁷ Cour pénale internationale, *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, affaire n° ICC-01/09-02/11, Chambre préliminaire II, décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, 23 janvier 2012, par. 102.

³¹⁸ Voir, par exemple, *Kunarac 2001* (note 230 *supra*), par. 418; *Kayishema* (note 223 *supra*), par. 133.

ils savaient qu'une attaque contre la population civile musulmane était en cours, mais ils avaient perpétué l'attaque en mettant « directement à profit la situation ainsi créée » et « pleinement approuvé l'attaque lancée [...] pour des motifs ethniques »³²⁷.

E. Types d'actes prohibés

153. L'article 7, paragraphe 1 *a* à *k*, du Statut de Rome constitue une liste des infractions sous-jacentes des crimes contre l'humanité. Ces actes prohibés figurent également dans la définition des crimes contre l'humanité à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission en 1996, bien que le libellé soit légèrement différent. On trouve à l'article 7, paragraphe 2 *b* à *i*, du Statut des définitions de ces actes prohibés. Quiconque commet l'un de ces actes peut commettre un crime contre l'humanité; il n'est pas nécessaire de commettre plusieurs actes mais l'acte commis doit s'inscrire « dans le cadre » d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile³²⁸. L'acte sous-jacent ne doit pas nécessairement être commis au plus fort de l'attaque contre la population civile; il suffit qu'il présente un lien suffisant avec celle-ci³²⁹.

154. *Meurtre*. Le paragraphe 1 *a* de l'article 7 du Statut de Rome dispose que le meurtre est un acte prohibé. Selon les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, le meurtre signifie que « l'auteur a tué une ou plusieurs personnes³³⁰ », et le terme « tué » est interchangeable avec l'expression « causé la mort de »³³¹. Le meurtre fait partie des crimes contre l'humanité mentionnés à l'article 6 *c* du Statut du Tribunal militaire international, dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle, dans les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, ainsi que dans les projets de codes des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954 et de 1996 élaborés par la Commission³³².

155. *Extermination*. Le paragraphe 1 *b* de l'article 7 du Statut de Rome dispose que l'extermination est un acte prohibé. Aux termes du paragraphe 2 *b*, on entend notamment par « extermination » « le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ». Selon les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, pour commettre l'acte d'extermination, l'auteur doit avoir « tué une ou plusieurs personnes, notamment en les soumettant à des

conditions d'existence propres à entraîner la destruction d'une partie de la population³³³ », notamment « la privation d'accès à la nourriture ou aux médicaments³³⁴ ». Le meurtre dans le contexte de l'acte d'extermination peut être direct ou indirect et prendre diverses formes³³⁵. Les actes doivent en outre « [constituer] un massacre de membres d'une population civile ou en [faire] partie³³⁶ ». L'extermination comprend comme le génocide un élément de destruction massive mais diffère de celui-ci en ce qu'elle s'applique aux situations où un groupe de personnes sans caractéristiques communes sont tuées ainsi qu'à celles où certains membres d'un groupe sont tués et d'autres épargnés³³⁷. L'extermination fait partie des crimes contre l'humanité mentionnés à l'article 6 *c* du Statut du Tribunal de Nuremberg, dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle, dans les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, et dans les projets de codes de la Commission³³⁸.

156. *Réduction en esclavage*. Le paragraphe 1 *c* de l'article 7 du Statut de Rome dispose que la réduction en esclavage est un acte prohibé, défini au paragraphe 2 *c* comme « le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants ». Aux termes des Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, l'exercice de ces pouvoirs se fait notamment « en achetant, vendant, prêtant ou troquant ladite ou lesdites personnes, ou en leur imposant une privation de liberté similaire³³⁹ ». Il y est en outre précisé qu'

[i]l est entendu qu'une telle privation de liberté peut, dans certaines circonstances, inclure des travaux forcés ou d'autres moyens de réduire une personne à l'état de servitude, tel qu'il est défini dans la Convention supplémentaire de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage³⁴⁰.

La réduction en esclavage fait partie des crimes contre l'humanité mentionnés à l'article 6 *c* du Statut du Tribunal de Nuremberg, dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle, dans les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, et dans les projets de codes de la Commission³⁴¹. L'article 3 *a* du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, définit la « traite des personnes » comme

³³³ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 6, article 7 1) *b*), élément 1.

³³⁴ *Ibid.*, note 9.

³³⁵ *Ibid.*, note 8.

³³⁶ *Ibid.*, p. 6.

³³⁷ Paragraphe 8 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 50.

³³⁸ Article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *ibid.*, p. 49.

³³⁹ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 6, art. 7 1) *c*), élément 1.

³⁴⁰ *Ibid.*, note 11.

³⁴¹ Article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et paragraphe 10 du commentaire y relatif, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49 et 51.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Voir, par exemple, *Tadić 1997* (note 108 *supra*), p. 432, par. 649; *Kumarac 2002* (note 216 *supra*), par. 100.

³²⁹ Voir, par exemple, *Mrkšić* (note 223 *supra*), par. 438; *Tadić 1999* (note 74 *supra*), par. 248; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Mladen Naletilić, alias «TUTA» et Vinko Martinović, alias «STELA»*, affaire n° IT-98-34-T, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, par. 234.

³³⁰ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 5, article 7 1) *a*), élément 1.

³³¹ *Ibid.*, note 7.

³³² Voir article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et paragraphe 7 du commentaire y relatif, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49 et 50.

le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation.

157. *Déportation ou transfert forcé de population.* Le paragraphe 1 *d* de l'article 7 du Statut de Rome dispose que le transfert forcé de population est un acte prohibé, défini au paragraphe 2 *d* comme «le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international». Selon les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, le terme «de force» ne se limite pas à la force physique et peut comprendre la menace de la force ou de la coercition, «telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un climat coercitif³⁴²». On y précise également que l'auteur devait avoir connaissance des circonstances de fait établissant que les personnes concernées étaient légalement présentes dans la région d'où elles ont été déplacées³⁴³, et que l'expression «déporté ou transféré de force» est interchangeable avec «déplacé de force»³⁴⁴. Les «motifs admis en droit international» peuvent être des motifs légitimes de déportation tels que la santé ou le bien-être publics³⁴⁵. La déportation fait partie des crimes contre l'humanité mentionnés à l'article 6 *c* du Statut du Tribunal de Nuremberg, dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle, dans les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, et dans les projets de codes de la Commission³⁴⁶.

158. *Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique.* Le paragraphe 1 *e* de l'article 7 du Statut de Rome dispose que l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique est un acte prohibé. L'auteur de cet acte prohibé dans le Statut doit avoir «emprisonné une ou plusieurs personnes ou autrement soumis ladite ou lesdites personnes à une privation grave de leur liberté physique³⁴⁷» et son comportement doit constituer «une violation de règles fondamentales du droit international³⁴⁸». L'emprisonnement arbitraire est une violation des droits de l'homme reconnus à l'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme³⁴⁹ et à l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁵⁰. L'alinéa *e* s'applique également aux

situations d'emprisonnement systématique ou à grande échelle, telles que les camps de concentration³⁵¹. Selon les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, l'auteur doit avoir eu «connaissance des circonstances de fait établissant la gravité de son comportement³⁵²». L'emprisonnement fait partie des crimes contre l'humanité mentionnés dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle, dans les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, et dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 de la Commission³⁵³.

159. *Torture.* Dans le Statut de Rome, l'article 7, paragraphe 1 *f*, définit la torture comme un acte prohibé. À l'article 7, paragraphe 2 *e*, la torture est «le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles». Dans les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, il est précisé qu'«aucune intention spécifique n'a besoin d'être établie pour ce crime³⁵⁴». Cette définition, qui reprend celle donnée au premier paragraphe de l'article premier de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, supprime l'intention comme condition³⁵⁵. La torture est considérée comme un crime contre l'humanité dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle, les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 de la Commission³⁵⁶.

160. *Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de*

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».

³⁵¹ Paragraphe 14 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 52.

³⁵² Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 7, article 7 1) *e*), élément 3.

³⁵³ Article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et paragraphe 14 du commentaire y relatif, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49 et 52.

³⁵⁴ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 7, note 14.

³⁵⁵ Le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est libellé comme suit : «le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont 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. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles».

³⁵⁶ Article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et paragraphe 9 du commentaire y relatif, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49 et 51.

³⁴² Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 7, note 12.

³⁴³ *Ibid.*, p. 7.

³⁴⁴ *Ibid.*, note 13.

³⁴⁵ Paragraphe 13 du commentaire de l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 52.

³⁴⁶ Article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *ibid.*, p. 49.

³⁴⁷ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 7, article 7 1) *e*), élément 1.

³⁴⁸ *Ibid.*, élément 2.

³⁴⁹ Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948.

³⁵⁰ Paragraphe 14 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 52. Aux termes de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, «[t]out

violenxe sexuelle de gravité comparable. L'article 7, paragraphe 1 g, du Statut de Rome considère le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable comme des actes prohibés, analysés à titre individuel ci-après.

161. *Viol*. Le viol est considéré comme un crime contre l'humanité dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle, les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 de la Commission³⁵⁷. À la suite des informations faisant état de viols commis sur une grande échelle ou de manière systématique dans l'ex-Yougoslavie, l'Assemblée générale a, en 1995, réaffirmé à l'unanimité que le viol constituait un crime contre l'humanité lorsque les autres éléments de l'infraction étaient présents³⁵⁸.

162. Dans les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, le viol est constitué lorsque « [l']auteur a pris possession du corps d'une personne de telle manière qu'il y a eu pénétration, même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps³⁵⁹ ». L'acte a été « commis par la force ou en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement³⁶⁰ ». Il y est précisé qu'une personne peut être incapable de donner un libre consentement si elle souffre d'une « incapacité innée, acquise ou liée à l'âge³⁶¹ ». En outre, il est également constaté dans les Éléments des crimes que le viol en tant que crime contre l'humanité au regard du Statut de Rome est dénué de connotation sexospécifique³⁶². C'est dans les affaires *Katanga* et *Ngudjolo Chui* que ces éléments ont été interprétés en profondeur pour la première fois par la Chambre de première instance II³⁶³.

163. *Esclavage sexuel*. Dans le Statut de Rome, l'article 7, paragraphe 1 g, définit l'esclavage sexuel comme

³⁵⁷ Voir Weiss, « Vergewaltigung und erzwungene Mutterschaft als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Genozid »; et Adams, *Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht*.

³⁵⁸ Résolution 50/192 de l'Assemblée générale, en date du 22 décembre 1995.

³⁵⁹ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 8, article 7 1) g)-1, élément 1.

³⁶⁰ *Ibid.*, élément 2.

³⁶¹ *Ibid.*, note 16.

³⁶² *Ibid.*, note 15.

³⁶³ *Katanga 2014* (voir *supra* la note 88), par. 963 à 972. La Chambre de première instance a conclu que lors d'une attaque contre le village de Bogoro, en février 2003, des combattants des camps de la milice ngiti avaient commis le crime de viol en tant que crime de guerre et crime contre l'humanité. Les deux accusés comparaissant devant le Tribunal ont cependant été acquittés du chef de complicité de viol (et par la suite du crime d'esclavage sexuel). Plus particulièrement, la Chambre de première instance a conclu que rien ne prouvait que les crimes en question faisaient partie d'une intention commune, à savoir l'attaque. Voir également *Katanga 2008* (note 230 *supra*).

un acte prohibé à part entière et non comme une forme de réduction en esclavage (article 7, paragraphe 1 c). Dans les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, l'esclavage sexuel est un acte par lequel « [l']auteur a exercé l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs associés au droit de propriété sur une ou plusieurs personnes, par exemple en achetant, vendant, prêtant ou troquant ladite ou lesdites personnes concernées, ou en leur imposant une privation similaire de liberté³⁶⁴ ». Une telle privation de liberté « peut, dans certaines circonstances, inclure des travaux forcés ou d'autres moyens de réduire une personne à l'état de servitude, tel qu'il est défini dans la Convention supplémentaire de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage³⁶⁵ ». Par ailleurs, « [l']auteur a contraint ladite ou lesdites personnes à accomplir un acte ou plusieurs actes de nature sexuelle³⁶⁶ ». Il est précisé dans les Éléments des crimes que « [v]u la nature complexe de ce crime, il est entendu que sa commission pourrait impliquer plusieurs auteurs ayant une intention criminelle commune³⁶⁷ ». C'est également dans les affaires *Katanga* et *Ngudjolo Chui* que ces éléments ont été interprétés en profondeur pour la première fois par la Chambre de première instance II³⁶⁸.

164. *Prostitution forcée*. Le Statut de Rome aurait inclus le crime de prostitution forcée pour tenir compte de ces situations qui ne sont pas assimilables à l'esclavage³⁶⁹. Dans les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, la prostitution forcée est définie comme un acte par lequel

[l']auteur a amené une ou plusieurs personnes à accomplir un ou plusieurs actes de nature sexuelle par la force ou en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité desdites personnes de donner leur libre consentement³⁷⁰.

En outre, « [l']auteur ou une autre personne a obtenu ou espérait obtenir un avantage pécuniaire ou autre en échange des actes de nature sexuelle ou en relation avec ceux-ci³⁷¹ ». La prostitution forcée est considérée comme un crime contre l'humanité dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996³⁷².

165. *Grossesse forcée*. Dans le Statut de Rome, l'article 7, paragraphe 2 f, définit la grossesse forcée³⁷³

³⁶⁴ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 9, article 7 1) g) 2), élément 1.

³⁶⁵ *Ibid.*, note 18.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 9, art. 7 1) g)-2, élément 2.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 9, note 17.

³⁶⁸ *Katanga 2014* (voir *supra* la note 88), par. 975 à 984. Voir également *Katanga 2008* (note 230 *supra*).

³⁶⁹ Hall *et al.*, « Article 7: Crimes against humanity », p. 212 et 213.

³⁷⁰ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 9, article 7 1) g)-3, élément 1.

³⁷¹ *Ibid.*, élément 2.

³⁷² Article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et paragraphe 16 du commentaire y relatif, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49 et 52.

³⁷³ Voir, en général, Weiss, « Vergewaltigung und erzwungene Mutterschaft als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Genozid ».

comme « la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse³⁷⁴ ».

166. *Stérilisation forcée.* Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, plusieurs accusés ont été reconnus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité pour avoir mené des expériences médicales, y compris des stérilisations, dans les camps de concentration³⁷⁵. Au sens de l'article 6 d du Statut de Rome, la pratique de la stérilisation forcée peut également constituer un génocide si elle est commise avec l'intention requise de détruire, en tout ou en partie, tel ou tel groupe, en tant que « mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ». Dans les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, la stérilisation forcée est un acte par lequel « [l']auteur a privé une ou plusieurs personnes de la capacité biologique de se reproduire³⁷⁶ », étant étendu que ces actes « n'étaient ni justifiés par un traitement médical ou hospitalier des personnes concernées ni effectués avec leur libre consentement³⁷⁷ ». Concernant le premier élément, il est précisé que ne sont pas visées « les mesures de régulation des naissances qui ont un effet non permanent dans la pratique³⁷⁸ ».

167. *Toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable.* Dans l'affaire *Akayesu*, le Tribunal pénal international pour le Rwanda a poursuivi l'accusé pour avoir commis des actes de violence sexuelle constitutifs de crimes contre l'humanité, au motif que ce type de violence entrait dans la catégorie des « actes inhumains »³⁷⁹. Dans le jugement qu'elle a rendu, la Chambre de première instance a défini comme suit les « actes de violence sexuelle » constituant des crimes contre l'humanité :

La Chambre considère la violence sexuelle, qui comprend le viol, comme tout acte sexuel commis sur la personne d'autrui sous l'empire de la coercition. L'acte de violence sexuelle, loin de se limiter à la pénétration physique du corps humain peut comporter des actes qui ne consistent pas dans la pénétration ni même dans des contacts physiques³⁸⁰.

La Chambre a estimé que forcer une femme à se déshabiller et à faire de la gymnastique devant une foule constitue un acte de violence sexuelle entrant dans le champ des actes inhumains³⁸¹. Elle a également fait observer que dans ce contexte la coercition ne doit pas nécessairement se manifester par une démonstration de force physique³⁸². Dans

la définition qu'elle donne des crimes contre l'humanité dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qu'elle a adopté en 1996, la Commission cite d'« autres formes de violence sexuelle » comme acte prohibé³⁸³. Dans les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, cet acte prohibé est défini comme suit : « L'auteur a commis un acte de nature sexuelle sur une ou plusieurs personnes ou a contraint ladite ou lesdites personnes à accomplir un tel acte par la force ou en usant à l'encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité desdites personnes de donner leur libre consentement³⁸⁴. » Cette définition correspond à l'approche adoptée par la Chambre de première instance dans l'affaire *Akayesu* et s'appuie sur une même acception large de la coercition. En outre, les actes doivent être d'une gravité comparable à celle des autres infractions visées à l'article 7, paragraphe 1 g du Statut de Rome³⁸⁵. Il est également précisé dans les Éléments des crimes que l'auteur doit avoir « connaissance des circonstances de fait établissant la gravité de son comportement³⁸⁶ ».

168. *Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable.* Dans le Statut de Rome, l'article 7, paragraphe 1 h, définit comme un acte prohibé la « [p]ersécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé [au paragraphe 1] ou tout crime relevant » de crimes de génocide ou de crimes de guerre. L'article 7, paragraphe 2 g, définit la persécution comme « le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ». Dans les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, il est précisé que le crime de persécution consiste également à prendre pour cible des personnes en raison de leur appartenance à un groupe ou à une collectivité identifiable, ou le groupe ou la collectivité en tant que tel³⁸⁷. La persécution peut prendre de nombreuses formes, dont la caractéristique principale est le déni des droits fondamentaux dont tout individu peut jouir sans distinction³⁸⁸.

³⁸³ Article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et paragraphe 16 du commentaire y relatif, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 49 et 52.

³⁸⁴ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 10, article 7 1) g)-6, élément 1.

³⁸⁵ *Ibid.*, élément 2.

³⁸⁶ *Ibid.*, élément 3. Pour une communication récente sur la position du Procureur de la Cour pénale internationale concernant les crimes de ce type, voir Cour pénale internationale, Bureau du Procureur, *Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste* (2014), disponible à l'adresse suivante : www.icc-cpi.int.

³⁸⁷ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 11, article 7 1) h) [« 1. L'auteur a gravement porté atteinte, en violation du droit international, aux droits fondamentaux d'une ou plusieurs personnes ». 2. L'auteur a pris pour cible la ou les personnes* en raison de leur appartenance à un groupe ou à une collectivité identifiable ou a ciblé le groupe ou la collectivité en tant que tel »].

³⁸⁸ Paragraphe 11 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 51.

³⁷⁴ Les Éléments des crimes n'en disent pas plus sur cette définition.

³⁷⁵ Hall *et al.*, « Article 7: Crimes against humanity », p. 213 et 214, note 255.

³⁷⁶ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 10, article 7 1) g)-5, élément 1.

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ *Ibid.*, note 19.

³⁷⁹ *Akayesu* (voir *supra* la note 79), p. 381, par. 688.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² *Ibid.* (« Les menaces, l'intimidation, le chantage et d'autres formes de violence qui exploitent la peur ou le désarroi peuvent caractériser la coercition, laquelle peut être inhérente à certaines circonstances, par exemple un conflit armé ou la présence militaire d'Interahamwe parmi les réfugiées Tutsies au bureau communal »); voir également *Brima* (note 91 *supra*).

Cette idée fondamentale est présente à l'Article 1, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies, qui garantit le «respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion». Elle est également présente à l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁸⁹. L'article 7, paragraphe 1 *h*, du Statut de Rome renvoie aux actes de persécution dépourvus de l'intention spécifique requise pour constituer un crime de génocide³⁹⁰. La persécution pour des motifs politiques, raciaux ou religieux figure comme crime contre l'humanité dans le Statut du Tribunal de Nuremberg, à l'article 6 *c*, la loi n° 10 du Conseil de contrôle, les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission³⁹¹.

169. L'article 7, paragraphe 1 *h*, du Statut de Rome interdit la persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste. Le Statut de Rome a été le premier instrument juridique international à ériger expressément en crime la persécution pour des motifs d'ordre sexiste³⁹². À l'article 7, paragraphe 3, il est précisé que le terme «sexe» s'entend de «l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens». À l'Organisation des Nations Unies, «le mot "sexe" sert à désigner les caractéristiques physiques et biologiques des hommes et des femmes, tandis que l'expression "identité sexuelle" est utilisée dans les explications des disparités qu'on observe entre les hommes et les femmes en fonction de rôles socio-sociaux³⁹³». Le membre de phrase «suivant le contexte de la société» au paragraphe 3 peut ainsi s'interpréter comme renvoyant à ces rôles et différences socialement construits assignés à l'un et l'autre sexes³⁹⁴. Par conséquent, l'acceptation de «sexe» retenue dans le Statut est plus large³⁹⁵.

170. *Disparitions forcées de personnes*. Dans le Statut de Rome, l'article 7, paragraphe 1 *i*, définit les disparitions forcées comme un acte prohibé. L'article 7, paragraphe 2 *i*, dit que les disparitions forcées de personnes sont

[les] cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le

sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

En 1992, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, considérant que «les disparitions forcées portent atteinte aux valeurs les plus profondes de toute société attachée au respect de la légalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et que leur pratique systématique est de l'ordre du crime contre l'humanité³⁹⁶». L'article 7, paragraphe 2 *i*, reprend presque mot pour mot la définition de la Déclaration³⁹⁷.

171. La disparition forcée relève du crime contre l'humanité dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté en 1996 par la Commission, dont le commentaire s'appuie sur la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées et la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes pour donner une définition de l'acte prohibé³⁹⁸. La Commission a expliqué dans son commentaire que la disparition forcée relevait du crime contre l'humanité «en raison de sa cruauté et de sa gravité extrêmes³⁹⁹». Comme il est indiqué au paragraphe 86 plus haut, en 2006, l'Assemblée générale a adopté la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, dont l'article 5 dispose que «[l]a pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité, tel qu'il est défini dans le droit international applicable, et entraîne les conséquences prévues par ce droit⁴⁰⁰».

172. Dans les Éléments des crimes de la Cour pénale internationale, les éléments constitutifs de la privation de liberté et ceux constitutifs du refus de l'information ne sont pas différenciés mais traités ensemble. Concernant le premier, l'auteur doit avoir «arrêté, détenu ou enlevé une ou plusieurs personnes», ou «refusé de reconnaître que cette ou ces personnes avaient été arrêtées, détenues ou enlevées, ou de révéler le sort qui leur a été réservé ou l'endroit où elles se trouvent»⁴⁰¹. Dans les notes de bas de page, il est précisé qu'avec le terme «détenu» on comprend également «celui qui [...] a maintenu une détention existante» et que, «dans certaines circonstances,

³⁹⁶ Résolution 47/133 de l'Assemblée générale, en date du 18 décembre 1992, quatrième paragraphe du préambule.

³⁹⁷ Dans la Déclaration, les disparitions forcées sont définies comme des situations où des «personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées contre leur volonté ou privées de toute autre manière de leur liberté par des agents du gouvernement, de quelque service ou à quelque niveau que ce soit, par des groupes organisés ou par des particuliers, qui agissent au nom du gouvernement ou avec son appui direct ou indirect, son autorisation ou son assentiment, et qui refusent ensuite de révéler le sort réservé à ces personnes ou l'endroit où elles se trouvent ou d'admettre qu'elles sont privées de liberté, les soustrayant ainsi à la protection de la loi». Ibid., troisième paragraphe du préambule.

³⁹⁸ Paragraphe 15 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 52.

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Voir aussi Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, observations générales sur les disparitions forcées en tant que crime contre l'humanité, dans le rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, A/HRC/13/31, par. 39.

⁴⁰¹ Cour pénale internationale, Éléments des crimes (voir *supra* la note 87), p. 11, article. 7 1) *i*, élément 1 *a*) et *b*).

³⁸⁹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 2 («Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, 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»).

³⁹⁰ Paragraphe 11 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 51.

³⁹¹ Ibid.; voir également Ana Alija Fernández, *La persecución como crimen contra la humanidad*.

³⁹² Oosterveld, «The making of a gender-sensitive International Criminal Court», p. 40; voir Oosterveld, «Gender-based crimes against humanity».

³⁹³ Suite donnée à la quatrième Conférence mondiale sur les femmes, Rapport du Secrétaire général, A/51/322, par. 9.

³⁹⁴ Hall *et al.*, «Article 7: Crimes against humanity», p. 273.

³⁹⁵ Oosterveld, «The making of a gender-sensitive International Criminal Court», p. 40.

l'arrestation ou la détention peuvent avoir été légales⁴⁰². Concernant le deuxième élément, l'arrestation, la détention ou l'enlèvement doivent être suivis ou accompagnés d'un refus d'admettre la privation de liberté ou de donner des informations, ou le refus être « précédé ou accompagné de cette privation de liberté⁴⁰³ ». Concernant le troisième élément, l'auteur sait que « l'arrestation, la détention ou l'enlèvement serait suivis, dans le cours normal des événements, d'un refus », ou que le « refus était précédé ou accompagné d'une privation de liberté⁴⁰⁴ ». Concernant le quatrième élément, « [l']arrestation, la détention ou l'enlèvement a été exécuté par ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment d'un État ou d'une organisation politique⁴⁰⁵ », tandis que, dans le cinquième élément, ce refus doit être autorisé ou appuyé par l'État ou l'organisation politique en question. Concernant le sixième élément, « [l']auteur avait l'intention de soustraire ladite ou lesdites personnes à la protection de la loi pendant une période prolongée⁴⁰⁶ ». Une note de bas de page indique que « [v]u la nature complexe de ce crime, il est entendu que sa commission impliquera normalement plusieurs auteurs ayant une intention criminelle commune⁴⁰⁷ ».

173. *Apartheid*. L'article premier de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid dispose que « [l]es États Parties à la présente Convention déclarent que l'apartheid est un crime contre l'humanité ». L'apartheid est cité comme crime contre l'humanité dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1996 par la Commission sous une dénomination plus générale, « la discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux⁴⁰⁸ ».

174. Dans le Statut de Rome, l'article 7, paragraphe 1 *j*, définit le crime d'apartheid comme un acte prohibé. L'article 7, paragraphe 2 *h*, le définit comme suit : « actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ».

175. *Autres actes inhumains*. À l'article 7, paragraphe 1 *k*, du Statut de Rome, les autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale sont considérés comme des actes prohibés. Dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, la Commission explique l'ajout de l'expression « autres

actes inhumains » par le fait qu'« il était impossible d'établir une liste exhaustive des actes inhumains qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité »⁴⁰⁹. Elle offre deux exemples de types d'actes qui pourraient être qualifiés d'autres actes inhumains constituant des crimes contre l'humanité : la mutilation et les sévices graves⁴¹⁰. Les « autres actes inhumains » sont cités comme crimes contre l'humanité dans le Statut de Nuremberg (art. 6 *c*), la loi n° 10 du Conseil de contrôle et les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda⁴¹¹.

F. Projet d'article 2 : Définition des crimes contre l'humanité

176. La définition des crimes contre l'humanité énoncée à l'article 7 du Statut de Rome est une définition largement acceptée relevant du droit international établi⁴¹². Aux fins du présent projet d'articles, elle devrait donc être utilisée en l'état, sauf en ce qui concerne trois modifications de forme rendues nécessaires par la différence de contexte d'utilisation de la définition. Premièrement, les premiers mots du paragraphe 1 se liront : « Aux fins du présent projet d'articles » et non « Aux fins du présent Statut ». Deuxièmement, on procédera à la même modification au début du paragraphe 3. Troisièmement, le paragraphe 1 *h* de l'article 7 du Statut de Rome érige en infraction la persécution « en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ». De nouveau, compte tenu de la différence de contexte, ce membre de phrase se lira comme suit : « en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou des actes de génocide ou crimes de guerre⁴¹³ ».

177. Compte tenu de ces considérations, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

« Projet d'article 2. Définition des crimes contre l'humanité

« 1. Aux fins du présent projet d'articles, on entend par « crime contre l'humanité » l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

« a) meurtre ;

« b) extermination ;

⁴⁰⁹ Paragraphe 17 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 53.

⁴¹⁰ Ibid.

⁴¹¹ Ibid.

⁴¹² Voir, par exemple, le rapport de la Commission d'enquête du Conseil des droits de l'homme sur les droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée, A/HRC/25/63, par. 21 : « Les questions touchant aux crimes contre l'humanité ont été étudiées sur la base des définitions issues du droit pénal international coutumier et énoncées dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. »

⁴¹³ Il se peut que, le moment venu, le crime d'agression vienne s'ajouter à la compétence de la Cour pénale internationale, auquel cas la Commission pourra revoir ce libellé. Cette question pourrait au minimum être mentionnée dans le commentaire de la Commission qui sera soumis aux États pour examen lors de la négociation et de l'adoption d'une convention sur les crimes contre l'humanité.

⁴⁰² Ibid., notes 25 et 26.

⁴⁰³ Ibid., p. 11.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 12.

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 11, note 23.

⁴⁰⁸ Paragraphe 12 du commentaire relatif à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 51. Plus précisément, le projet de code de 1996 a fait de « la discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux en violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ayant pour résultat de défavoriser gravement une partie de la population » un crime contre l'humanité (ibid.).

«c) réduction en esclavage;

«d) déportation ou transfert forcé de population;

«e) emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international;

«f) torture;

«g) viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable;

«h) persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou des actes de génocide ou crimes de guerre;

«i) disparitions forcées de personnes;

«j) crime d'apartheid;

«k) autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

«2. Aux fins du paragraphe 1:

«a) par "attaque lancée contre une population civile", on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque;

«b) par "extermination", on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population;

«c) par "réduction en esclavage", on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y

compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants;

«d) par "déportation ou transfert forcé de population", on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international;

«e) par "torture", on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles;

«f) par "grossesse forcée", on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse;

«g) par "persécution", on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet;

«h) par "crime d'apartheid", on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime;

«i) par "disparitions forcées de personnes", on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

«3. Aux fins du présent projet d'articles, le terme "sexe" s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.»

CHAPITRE VI

Programme de travail futur

178. On trouvera ci-après une feuille de route provisoire en vue de l'achèvement des travaux sur le présent sujet.

179. Un deuxième rapport, qui sera soumis en 2016, portera vraisemblablement sur l'obligation qu'a un État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les crimes contre l'humanité constituent une infraction

dans son droit interne; l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour établir le titre de compétence sur lequel il se fonde pour exercer sa compétence à l'égard de l'infraction; l'obligation qu'à chaque État partie d'arrêter l'auteur présumé d'une telle infraction sur tout territoire relevant de sa juridiction et d'enquêter sur l'infraction alléguée; l'obligation de renvoyer l'affaire à ses autorités

compétentes aux fins de poursuites, à moins que l'intéressé ne soit extradé vers un autre État ou remis à une juridiction internationale ; et le droit de l'auteur présumé à un traitement équitable, notamment à un procès équitable.

180. Il appartiendra aux membres de la Commission élus pour le quinquennat 2017-2021 de déterminer la suite du programme de travail sur ce sujet. Un troisième rapport pourrait être soumis en 2017, portant sur l'obligation qu'a l'État partie d'enquêter sur une infraction alléguée en l'absence de l'auteur présumé ; les droits et obligations applicables à l'extradition de l'auteur présumé ; et

les droits et obligations applicables à l'entraide judiciaire en rapport avec des procédures pénales concernant la commission présumée de crimes contre l'humanité.

181. Un quatrième rapport, qui serait soumis en 2018, pourrait porter sur toutes les autres questions, telles que le règlement des différends, ainsi que le préambule et les derniers articles de la convention.

182. Si ce calendrier est maintenu, une première lecture de l'ensemble du projet d'articles pourrait être achevée d'ici à 2018 et une deuxième d'ici à 2020.

ANNEXE

Avant-projet d'articles

Projet d'article 1. Prévention et répression des crimes contre l'humanité

1. Tout État partie confirme que les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de paix ou en temps de guerre, sont des actes criminels au regard du droit international, qu'il s'engage à prévenir et à punir.

2. Tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des crimes contre l'humanité soient commis dans tout territoire sous sa juridiction.

3. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier les crimes contre l'humanité.

Projet d'article 2. Définition des crimes contre l'humanité

1. Aux fins du présent projet d'articles, on entend par «crime contre l'humanité» l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

- a) meurtre;
- b) extermination;
- c) réduction en esclavage;
- d) déportation ou transfert forcé de population;
- e) emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international;
- f) torture;
- g) viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable;
- h) persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou des actes de génocide ou des crimes de guerre;
- i) disparitions forcées de personnes;
- j) crime d'apartheid;
- k) autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) par «attaque lancée contre une population civile», on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque;

b) par «extermination», on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population;

c) par «réduction en esclavage», on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants;

d) par «déportation ou transfert forcé de population», on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international;

e) par «torture», on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles;

f) par «grossesse forcée», on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse;

g) par «persécution», on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet;

h) par «crime d'apartheid», on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime;

i) par «disparitions forcées de personnes», on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces

personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent projet d'articles, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA SOIXANTE-SEPTIÈME SESSION

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/676	Application provisoire des traités. Étude du Secrétariat	Reproduit dans le présent volume.
A/CN.4/677	Ordre du jour provisoire de la soixante-septième session	Reprographié. L'ordre du jour adopté est reproduit dans <i>Annuaire... 2015</i> , vol. II (2 ^e partie).
A/CN.4/678	Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session, établi par le Secrétariat	Reprographié.
[A/CN.4/679 et Add.1]	Programme de travail à long terme. Examen de la liste des sujets établie en 1996 à la lumière des faits survenus ultérieurement et Sujets dont la Commission pourrait entreprendre l'étude, compte tenu de l'examen de la liste des sujets établie en 1996 à la lumière des faits survenus ultérieurement. Document de travail établi par le Secrétariat	[Sera reproduit dans <i>Annuaire... 2016</i> , vol. II (1 ^{re} partie).]
A/CN.4/680 [et Corr.1]	Premier rapport sur les crimes contre l'humanité, par M. Sean D. Murphy, Rapporteur spécial	Reproduit dans le présent volume.
A/CN.4/681	Deuxième rapport sur la protection de l'atmosphère, par M. Shinya Murase, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/682	Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/683	Troisième 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.4/684 et Add.1	Nomination à des sièges devenus vacants après élection. Note du Secrétariat	A/CN.4/684, reproduit dans le présent volume ; A/CN.4/684/Add.1, reprographié.
A/CN.4/685	Deuxième rapport sur la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, soumis par M ^{me} Marie G. Jacobsson, Rapporteuse spéciale	Reproduit dans le présent volume.
A/CN.4/686	Quatrième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par M ^{me} Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale	Idem.
A/CN.4/687	Troisième rapport sur l'application provisoire des traités, par M. Juan Manuel Gómez Robledo, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/L.851	Protection de l'atmosphère. Texte et titres des projets de directives 1, 2 et 5, et paragraphes du préambule provisoirement adoptés par le Comité de rédaction les 13, 18, 19 et 20 mai 2015	Reprographié.
A/CN.4/L.852	Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée. Rapport final	Idem.
A/CN.4/L.853	Crimes contre l'humanité. Texte des projets d'article provisoirement adoptés par le Comité de rédaction les 28 et 29 mai et les 1 ^{er} et 2 juin 2015	Idem.
A/CN.4/L.854	Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Texte et titre du projet de conclusion 11 provisoirement adopté par le Comité de rédaction le 4 juin 2015	Idem.
A/CN.4/L.855	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session : chapitre I (Organisation de la session)	Idem. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10)</i> . Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2015</i> , vol. II (2 ^e partie).

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/L.856	Idem: chapitre II (Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-septième session)	Idem.
A/CN.4/L.857	Idem: chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	Idem.
A/CN.4/L.858 et Add.1	Idem: chapitre [V] (Protection de l'atmosphère)	Idem.
A/CN.4/L.859	Idem: chapitre [VI] (Détermination du droit international coutumier)	Idem.
A/CN.4/L.860 et Add.1	Idem: chapitre [VII] (Crimes contre l'humanité)	Idem.
A/CN.4/L.861 et Add.1	Idem: chapitre [VIII] (Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités)	Idem.
A/CN.4/L.862	Idem: chapitre [IX] (Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés)	Idem.
A/CN.4/L.863 et Add.1	Idem: chapitre [X] (Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État)	Idem.
A/CN.4/L.864	Idem: chapitre [XI] (Application provisoire des traités)	Idem.
A/CN.4/L.865	Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Texte des projets d'article provisoirement adoptés par le Comité de rédaction lors de la soixante-septième session	Reprographié.
A/CN.4/L.866	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session: chapitre [IV] (La clause de la nation la plus favorisée)	Idem. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 10 (A/70/10)</i> . Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2015</i> , vol. II (2 ^e partie).
A/CN.4/L.867 et Add.1	Idem: chapitre [XII] (Autres décisions et conclusions de la Commission)	Idem.
A/CN.4/L.868	Rapport du Groupe de planification	Reprographié.
A/CN.4/L.869	Détermination du droit international coutumier. Texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction	Idem.
A/CN.4/L.870	Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. Texte des projets de dispositions introductives et des projets de principe provisoirement adoptés en 2015 par le Comité de rédaction	Idem.
A/CN.4/SR.3244 à SR.3290	Comptes rendus analytiques provisoires des 3244 ^e à 3290 ^e séances	Idem. Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2015</i> , vol. I.

