

ANNUAIRE  
DE LA  
COMMISSION  
DU DROIT  
INTERNATIONAL

2017

*Volume II*  
*Première partie*

*Documents de la*  
*soixante-neuvième session*

---

NATIONS UNIES



ANNUAIRE  
DE LA  
COMMISSION  
DU DROIT  
INTERNATIONAL

2017

*Volume II*  
*Première partie*

*Documents de la*  
*soixante-neuvième 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... 2017*).

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<sup>re</sup> partie) : rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés au cours de la session ;

Volume II (2<sup>e</sup> 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-neuvième 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/2017/Add.1 (Part 1)
----------------------------------

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
-------------------------------

e-ISBN 978-92-1-005888-9
--------------------------

ISSN 0497-9877 e-ISSN 2411-9849
------------------------------------

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Abréviations et sigles .....	iv
Note concernant les citations.....	iv
<b>Application provisoire des traités</b> (point 3 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/707.</i> Étude du Secrétariat.....	1
<b>Protection de l'atmosphère</b> (point 5 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/705.</i> Quatrième rapport sur la protection de l'atmosphère, par M. Shinya Murase, Rapporteur spécial .....	25
<b>Crimes contre l'humanité</b> (point 6 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/704.</i> Troisième rapport sur les crimes contre l'humanité, par M. Sean D. Murphy, Rapporteur spécial .....	63
<b>Jus cogens</b> (point 7 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/706.</i> Deuxième rapport sur le <i>jus cogens</i> , par M. Dire D. Tladi, Rapporteur spécial .....	153
<b>Succession d'États en matière de responsabilité de l'État</b> (point 8 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/708.</i> Premier rapport sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, par M. Pavel Šturma, Rapporteur spécial .....	181
<b>Répertoire des documents de la soixante-neuvième session</b> .....	205

## ABRÉVIATIONS ET SIGLES

CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMI	Organisation maritime internationale
OMS	Organisation mondiale de la Santé
OMT	Organisation mondiale du tourisme
ONUDC	Office des Nations Unies contre la drogue et le crime
OUA	Organisation de l'Unité africaine
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

\*

\* \*

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 ( <a href="http://www.echr.coe.int">www.echr.coe.int</a> ).
<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 ( <a href="http://www.icj-cij.org">www.icj-cij.org</a> ).
<i>C.P.J.I. série A</i>	Cour permanente de Justice internationale, <i>Recueil des arrêts</i> (n <sup>os</sup> 1 à 24, jusqu'en 1930 inclus)
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris)
<i>TIDM Recueil</i>	Tribunal international du droit de la mer, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i> . La jurisprudence du Tribunal est disponible sur son site Web : <a href="http://www.itlos.org">www.itlos.org</a> .

\*

\* \*

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<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 1994.

\*

\* \*

## NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

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

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

\*

\* \*

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

Les adresses de sites Web mentionnées dans le présent document visent à faciliter la tâche du lecteur et sont exactes à la date de publication. L'Organisation des Nations Unies ne peut garantir qu'elles resteront valables et décline toute responsabilité pour le contenu de sites Web externes.



# APPLICATION PROVISOIRE DES TRAITÉS

[Point 3 de l'ordre du jour]

**Document A/CN.4/707**

**Étude du Secrétariat**

[Original: anglais]  
[24 mars 2017]

## TABLE DES MATIÈRES

		<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans la présente étude.....		2
	<i>Paragraphes</i>	
INTRODUCTION.....	1-8	4
<i>Chapitres</i>		
I. BASE JURIDIQUE DE L'APPLICATION PROVISOIRE.....	9-37	5
A. Application provisoire en vertu d'une clause du traité.....	10-21	5
1. Traités bilatéraux.....	11-13	5
2. Traités multilatéraux.....	14-21	6
B. Application provisoire en vertu d'un accord distinct.....	22-37	8
1. Traités bilatéraux.....	23-30	8
2. Traités multilatéraux.....	31-37	10
II. PRISE D'EFFET DE L'APPLICATION PROVISOIRE.....	38-57	11
A. Prise d'effet énoncée dans le traité.....	39-52	11
1. Traités bilatéraux.....	41-44	11
2. Traités multilatéraux.....	45-52	12
B. Prise d'effet subordonnée à un événement.....	53-57	14
1. Traités bilatéraux.....	54-55	14
2. Traités multilatéraux.....	56-57	15
III. PORTÉE DE L'APPLICATION PROVISOIRE.....	58-78	15
A. Clauses relatives à l'application provisoire d'une partie du traité.....	59-69	15
1. Traités bilatéraux.....	60-62	15
2. Traités multilatéraux.....	63-69	16
B. Référence au droit interne ou aux règles de l'organisation.....	70-78	17
1. Traités bilatéraux.....	71-74	17
2. Traités multilatéraux.....	75-78	18
IV. FIN DE L'APPLICATION PROVISOIRE.....	79-102	18
A. Cessation par notification.....	81-87	18
1. Traités bilatéraux.....	82-84	19
2. Traités multilatéraux.....	85-87	20
B. Cessation par voie d'accord.....	88-102	20
1. Traités bilatéraux.....	89-93	20
2. Traités multilatéraux.....	94-102	21
V. OBSERVATIONS.....	103-120	23
A. Base juridique de l'application provisoire.....	105-107	23
B. Prise d'effet de l'application provisoire.....	108-111	24
C. Portée de l'application provisoire.....	112-116	24
D. Fin de l'application provisoire.....	117-120	24



## Instruments multilatéraux cités dans la présente étude

### Sources

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, n° 2889, p. 221.
Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention (Strasbourg, 13 mai 2004)	Ibid., vol. 2677, n° 2889, p. 3.
Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole n° 14 dans l'attente de son entrée en vigueur (Accord de Madrid) [Madrid, 12 mai 2009]	Conseil de l'Europe, <i>Série des Traités du Conseil de l'Europe</i> , n° 194.
Protocole n° 14 <i>bis</i> à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Strasbourg, 27 mai 2009)	Ibid., n° 204.
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.
Statuts de l'Organisation mondiale du tourisme (Mexico, 27 septembre 1970)	Ibid., vol. 985, n° 14403, p. 339.
Amendement à l'article 14 des Statuts de l'Organisation mondiale du tourisme (OMT) [New Delhi, 14 octobre 1983]	Ibid., vol. 2930, n° 14403, p. 21.
Modification au paragraphe 4 des Règles de financement annexées aux Statuts de l'Organisation mondiale du tourisme (OMT) [Osaka, 29 septembre 2001]	Ibid., p. 28.
Accord portant création du Fonds international de développement agricole (Rome, 13 juin 1976)	Ibid., vol. 1059, n° 16041, p. 191.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3.
Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (New York, 28 juillet 1994)	Ibid., vol. 1836, n° 31364, p. 3.
Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (New York, 4 août 1995)	Ibid., vol. 2167, n° 37924, p. 3.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986)	A/CONF.129/15, dans <i>Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales</i> , Vienne, 18 février-21 mars 1986, vol. II, A/CONF.129/16/Add.1 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.5), p. 93.
Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe (Paris, 19 novembre 1990)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2442, n° 44001, p. 3.
Document ayant fait l'objet d'un accord entre les États Parties au Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe en date du 19 novembre 1990 (Vienne, 31 mai 1996)	Ibid., vol. 2980, annexe A, n° 44001, p. 195.
Accord international de 1993 sur le cacao (Genève, 16 juillet 1993)	Ibid., vol. 1766, n° 30692, p. 3.
Accord international de 1994 sur les bois tropicaux (Genève, 26 janvier 1994)	Ibid., vol. 1955, n° 33484, p. 81.
Accord international de 1994 sur le café (Londres, 30 mars 1994)	Ibid., vol. 1827, n° 31252, p. 3. 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 (ibid., vol. 2086, n° 31252, p. 147).
Accord international sur les céréales de 1995 :	
a) Convention sur le commerce des céréales de 1995 (Londres, 7 décembre 1994)	Ibid., vol. 1882, n° 32022, p. 195.
b) Convention relative à l'aide alimentaire de 1995 (Londres, 5 décembre 1994)	Ibid.
c) Convention relative à l'aide alimentaire de 1999 (Londres, 13 avril 1999)	Ibid., vol. 2073, n° 32022, p. 135 ; telle que rectifiée le 22 octobre 1999, ibid., p. 234.

## Sources

Accord international de 1994 sur le caoutchouc naturel (Genève, 17 février 1995)	Ibid., vol. 1964, n° 33546, p. 3.
Traité entre la Fédération de Russie, la République du Bélarus, la République du Kazakhstan et la République kirghize relatif au renforcement de l'intégration dans les domaines économique et humanitaire (Moscou, 29 mars 1996)	Ibid., vol. 2014, n° 34547, p. 15.
Statuts de la Communauté des pays de langue portugaise (Lisbonne, 17 juillet 1996)	Ibid., vol. 2233, n° 39756, p. 207.
Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (New York, 10 septembre 1996)	A/50/1027, annexe.
Accord portant création de l'Institut international des vaccins (New York, 28 octobre 1996)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1979, n° 33836, p. 199.
Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Oslo, 18 septembre 1997)	Ibid., vol. 2056, n° 35597, p. 211.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Statut de Rome) [Rome, 17 juillet 1998]	Ibid., vol. 2187, n° 38544, p. 3.
Accord relatif à l'autorisation pour le transit des ressortissants yougoslaves obligés de quitter le pays (Berlin, 21 mars 2000)	Ibid., vol. 2307, n° 41137, p. 3.
Accord international de 2001 sur le café (Londres, 28 septembre 2000)	Ibid., vol. 2161, n° 37769, p. 309.
Convention portant création de la Fondation « Karanta » pour l'appui aux politiques d'éducation non formelle et comportant en annexe les Statuts de la Fondation (Dakar, 15 décembre 2000)	Ibid., vol. 2341, n° 41941, p. 3.
Accord international de 2001 sur le cacao (Genève, 2 mars 2001)	Ibid., vol. 2229, n° 39640, p. 2.
Traité révisé de Chaguaramas portant création de la Communauté des Caraïbes, y compris le marché et l'économie uniques de la CARICOM (Nassau, 5 juillet 2001)	Ibid., vol. 2259, n° 40269, p. 293.
Protocole sur l'application provisoire du Traité révisé de Chaguaramas (Belize, 4 février 2002)	Ibid., p. 597.
Accord portant création du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques (Belize, 4 février 2002)	Ibid., vol. 2946, n° 51181, p. 145.
Protocole d'application provisoire de l'Accord portant création du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques (Belize, 5 février 2002)	Ibid., vol. 2953, n° 51181, p. 181.
Accord portant création de l'Organisation régionale des normes et de la qualité de la Communauté des Caraïbes (CROSQ) [Belize, 4 février 2002]	Ibid., vol. 2324, n° 41658, p. 413.
Protocole d'application provisoire de l'Accord portant création de l'Organisation régionale des normes et de la qualité de la Communauté des Caraïbes (CROSQ) [Belize, 5 février 2002]	Ibid., vol. 2326, n° 41658, p. 359.
Accord-cadre pour un programme multilatéral environnemental dans le domaine nucléaire en Fédération de Russie (Stockholm, 21 mai 2003)	Ibid., vol. 2265, n° 40358, p. 5.
Protocole concernant les actions en justice, les procédures judiciaires et l'indemnisation à l'Accord-cadre pour un programme multilatéral environnemental dans le domaine nucléaire en Fédération de Russie (Stockholm, 21 mai 2003)	Ibid., p. 41.
Accord sur les modifications à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save et au Protocole à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save sur le régime de la navigation (Ljubljana, 2 avril 2004)	Ibid., vol. 2367, n° 42662, p. 697.
Accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table (Genève, 29 avril 2005)	Ibid., vol. 2684, n° 47662, p. 63.
Accord de partenariat économique stratégique transpacifique (Wellington, 18 juillet 2005)	Ibid., vol. 2592, n° 46151, p. 225.
Accord international de 2006 sur les bois tropicaux (Genève, 27 janvier 2006)	Ibid., vol. 2797, n° 49197, p. 75.
Convention sur les armes à sous-munitions (Dublin, 30 mai 2008)	Ibid., vol. 2688, n° 47713, p. 39.
Accord sur les forces collectives de réaction rapide de l'Organisation du Traité de sécurité collective (Moscou, 14 juin 2009)	Ibid., vol. 2898, n° 50541, p. 277.
Accord international sur le cacao, 2010 (Genève, 25 juin 2010)	Ibid., vol. 2871, n° 50115, p. 3.
Traité sur le commerce des armes (New York, 2 avril 2013)	Ibid., vol. 3013, n° 52373, p. 269.

## Introduction

1. À sa soixante-huitième session, la Commission a prié le Secrétariat de préparer une étude analysant la pratique des États dans le contexte des traités (bilatéraux et multilatéraux) déposés ou enregistrés au cours des vingt dernières années auprès du Secrétaire général et prévoyant leur application provisoire, y compris les formalités conventionnelles y relatives<sup>1</sup>. La présente étude porte sur les traités bilatéraux et multilatéraux enregistrés auprès du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies conformément à l'Article 102 de la Charte des Nations Unies, conclus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1996 et qui ont fait l'objet d'une application provisoire. Elle couvre en outre un certain nombre de traités multilatéraux qui ont été déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies mais ne sont pas encore entrés en vigueur. Les références aux traités bilatéraux ou multilatéraux dans la présente étude concernent uniquement les instruments qui y sont passés en revue.

2. La présente étude analyse les traités pertinents et les formalités conventionnelles y relatives inscrits dans la Collection des Traités des Nations Unies (Collection des Traités) au cours de la période spécifiée. Les traités pertinents et les formalités conventionnelles contenant les termes « application provisoire » et « entrée en vigueur provisoire » ont été recensés<sup>2</sup>. Les termes « application temporaire » ou « application intérimaire » ont parfois été utilisés pour désigner l'application provisoire. Cependant, l'application provisoire est traitée différemment d'autres notions telles que celles de « traité provisoire » et de « traité temporaire ». Les traités provisoires sont conclus pour combler l'écart dans le temps jusqu'à l'entrée en vigueur du traité permanent. Les traités temporaires sont des traités ayant une date d'extinction précise. La variété des termes reflète la diversité de la pratique des États et des organisations internationales en matière d'application provisoire des traités.

3. L'analyse contenue dans la présente étude s'appuie sur plus de 400 traités bilatéraux pertinents. Les traités bilatéraux disponibles dans la Collection des Traités sont uniquement ceux qui ont été enregistrés auprès du Secrétariat. Conformément à l'article 1, paragraphe 2, du règlement destiné à mettre en application l'Article 102 de la Charte des Nations Unies<sup>3</sup>, un traité est enregistré lors de son entrée en vigueur. Dans le règlement, le terme « entrée en vigueur » est interprété dans un sens large et inclut les traités appliqués à titre provisoire<sup>4</sup>. Dans la pratique, cependant, il est fréquent que les traités bilatéraux appliqués à titre provisoire ne soient enregistrés par les parties qu'après leur entrée en vigueur<sup>5</sup>. Il est relevé en

outre que les traités bilatéraux en vigueur n'ont de fait pas tous été enregistrés. Le nombre de traités bilatéraux appliqués à titre provisoire au cours de la période visée dans la présente étude est donc, en réalité, plus élevé que le nombre de traités de cette catégorie disponibles dans la Collection des Traités.

4. La présente étude couvre plus de 40 traités multilatéraux. La Collection des Traités contient uniquement les traités multilatéraux enregistrés auprès du Secrétariat et/ou déposés auprès du Secrétaire général. Les traités multilatéraux ne sont déposés auprès du Secrétaire général que si celui-ci est le dépositaire désigné. Il existe de nombreux traités multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général n'est pas le dépositaire désigné. De plus, les traités multilatéraux ne sont généralement enregistrés qu'après leur entrée en vigueur<sup>6</sup>. Les traités multilatéraux disponibles dans la Collection des Traités sont donc, pour l'essentiel, ceux qui sont en vigueur et enregistrés, et ceux qui sont déposés auprès du Secrétaire général mais qui ne sont pas encore en vigueur. De même que pour les traités bilatéraux, le nombre de traités multilatéraux appliqués à titre provisoire pendant la période visée dans la présente étude est donc, en réalité, plus élevé que le nombre de traités de cette catégorie figurant dans la Collection des Traités.

5. La participation à certains traités multilatéraux est limitée à certaines parties précises. Aux fins de la présente étude, ces traités sont dénommés « traités à participation restreinte ». La présente étude couvre également un certain nombre d'« accords mixtes », conclus par l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et une tierce partie, d'autre part. Bien que les accords mixtes soient généralement enregistrés comme des traités bilatéraux, ils nécessitent la ratification, l'approbation ou l'acceptation de l'Union européenne et de chacun de ses États membres. En conséquence, les accords mixtes partagent certaines caractéristiques structurelles avec les traités bilatéraux et multilatéraux, en particulier les traités multilatéraux à participation restreinte.

6. Le sujet d'un traité peut avoir son importance pour les modalités d'application provisoire. Dans la présente étude, un certain nombre de traités pour la plupart bilatéraux appliqués à titre provisoire portent sur le transport transfrontalier, les flux transfrontaliers de migrants et de main-d'œuvre ainsi que les questions de nationalité, d'immigration et de résidence. Plusieurs traités concernent le libre-échange entre deux États et/ou organisations internationales impliquées ou plus. Les États ont également recours à l'application provisoire pour les questions de collaboration militaire. En outre, la coopération dans le domaine du désarmement et de la non-prolifération a donné lieu à l'application provisoire de traités bilatéraux et multilatéraux. De nombreux traités conclus par des organisations internationales avec des États ou d'autres organisations internationales sont des accords avec le pays hôte ou des accords de siège, qui établissent de nouvelles structures institutionnelles et comportent généralement des dispositions relatives à la capacité juridique de l'organisation au regard du droit interne.

<sup>1</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 240, par. 302.

<sup>2</sup> Pour le passage de l'expression « entrée en vigueur à titre provisoire » à « application à titre provisoire » dans l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/658.

<sup>3</sup> Résolution 97 (I) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1946, modifiée par les résolutions 364 (IV) du 1<sup>er</sup> décembre 1949, 482 (V) du 12 décembre 1950 et 33/141 du 19 décembre 1978.

<sup>4</sup> *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies*, vol. 5, *Articles 92 à 111 de la Charte* [publication des Nations Unies, numéro de vente : 1955.V.2 (vol. V)], « Article 102 », par. 32 à 34.

<sup>5</sup> Les exceptions concernent les traités enregistrés d'office par l'Organisation des Nations Unies.

<sup>6</sup> Les exceptions sont les accords sur les produits de base et certains autres traités multilatéraux à participation restreinte.

7. Parmi les traités multilatéraux étudiés figurent un grand nombre d'accords sur les produits de base. Malgré leurs particularités, ces accords font partie d'une catégorie plus large de traités appliqués à titre provisoire qui établissent des arrangements institutionnels. Les arrangements institutionnels provisoirement opérationnels qui en résultent se distinguent des commissions préparatoires pour la création d'une organisation internationale telles que la Commission préparatoire de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires<sup>7</sup>. Ces commissions préparatoires sont généralement constituées par un accord provisoire qui prend fin lorsque l'acte constitutif permanent de l'organisation entre en vigueur.

8. Le chapitre I de la présente étude analyse la pratique concernant la base juridique de l'application provisoire des traités. Comme il est indiqué à l'article 25, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention

<sup>7</sup> La Commission a été établie le 19 novembre 1996 par une résolution des États signataires du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, réunion des États signataires, résolution portant constitution de la Commission préparatoire de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, CTBT/MSS/RES/1, adopté le 19 novembre 1996).

de Vienne de 1969)<sup>8</sup>, la base juridique de l'application provisoire peut résider dans le traité lui-même ou dans un accord distinct. Le chapitre II examine la pratique relative à la prise d'effet de l'application provisoire, que celle-ci soit déterminée par les dispositions du traité ou par la survenance d'un événement extérieur. Le chapitre III porte sur la pratique relative aux différentes manières de limiter la portée de l'application provisoire, soit à une partie du traité, soit par des références au droit interne des parties et au droit international. Le chapitre IV traite de la pratique relative aux différentes manières de mettre fin à l'application provisoire, par notification ou par accord des parties. Chaque chapitre établit une distinction entre traités bilatéraux et traités multilatéraux. Si l'application provisoire des traités bilatéraux et celle des traités multilatéraux ont des caractéristiques communes, la pratique examinée dans la présente étude fait apparaître des différences importantes entre les deux types de traités. Le chapitre V résume les observations formulées dans les chapitres précédents.

<sup>8</sup> Le même libellé, avec les modifications nécessaires, figure à l'article 25, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986 (pas encore en vigueur au 24 février 2017). Pour un examen de la disposition, voir *Annuaire... 2015*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/676.

## CHAPITRE I

### Base juridique de l'application provisoire

9. L'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 prévoit deux bases juridiques différentes pour l'application provisoire : « Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur : a) si le traité lui-même en dispose ainsi ; ou b) si les États ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière ». La majorité des traités bilatéraux sont appliqués provisoirement sur la base d'une clause du traité. En revanche, il arrive fréquemment que les traités multilatéraux soient appliqués provisoirement sur la base d'un accord distinct. Bien que les traités comportant une clause relative à l'application provisoire n'indiquent qu'exceptionnellement les raisons de l'application provisoire<sup>9</sup>, les accords distincts sont souvent plus explicites à cet égard, se référant au besoin de célérité ou à des difficultés inattendues pour ce qui est de satisfaire aux exigences liées à la ratification au moment de la conclusion du traité principal.

#### A. Application provisoire en vertu d'une clause du traité

10. Dans les traités bilatéraux comme dans les traités multilatéraux, les clauses relatives à l'application provisoire apparaissent généralement dans les clauses finales de l'instrument sous la forme d'une disposition distincte

<sup>9</sup> À titre d'exception, l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne relatif à la construction et à l'entretien d'un pont autoroutier sur le Rhin entre Rheinfelden (Baden-Württemberg) et Rheinfelden (Argovie) [(Berne, 29 janvier 2003), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2545, n° 45405, p. 275] stipule que, « [a]ux fins d'ouvrir le pont à la circulation le plus tôt possible, les dispositions du présent Accord sont appliquées par anticipation » (art. 16).

ou dans la disposition relative à l'entrée en vigueur. Les traités bilatéraux comme multilatéraux utilisent les termes « application provisoire » ou « entrée en vigueur provisoire » pour décrire l'application d'un traité avant son entrée en vigueur. Les exceptions à cet égard sont les accords sur les produits de base, dont certains distinguent entre les déclarations d'application provisoire faites par des États donnés et l'entrée en vigueur provisoire de l'accord. Certains traités emploient d'autres qualificatifs que « provisoire », tels que « temporaire » ou « intérimaire ». Lorsque les traités se réfèrent à l'« entrée en vigueur provisoire », l'expression « entrée en vigueur définitive » peut être employée pour indiquer que le traité est entré en vigueur selon les procédures ordinaires.

#### 1. TRAITÉS BILATÉRAUX

11. La majorité des traités bilatéraux contiennent une clause expresse permettant une application provisoire. Cette clause figure généralement parmi les clauses finales du traité, sous la forme d'une disposition distincte ou sous l'intitulé général « entrée en vigueur ».

12. La terminologie varie en ce qui concerne à la fois les termes « provisoire » et « application ». De nombreuses clauses emploient la terminologie proposée par l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, indiquant que l'accord « s'applique à titre provisoire ». L'un des traités bilatéraux faisait explicitement référence à l'article 25 de la Convention<sup>10</sup>. Parmi les autres libellés

<sup>10</sup> Accord entre le Royaume d'Espagne et l'État du Koweït relatif à la suppression des visas pour les passeports diplomatiques (Séville, 3 octobre 2011), *ibid.*, vol. 2866, n° 50090, p. 211.

figurent «entrée en vigueur provisoire», «mise en œuvre provisoire» et «effet provisoire». Par exemple, l'Accord entre la République argentine et la République du Suriname relatif à l'exemption de visas pour les titulaires de passeports ordinaires<sup>11</sup> indique qu'il «entrera en vigueur à titre provisoire» (art. 8). Le Traité entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein relatif aux taxes environnementales dans la Principauté de Liechtenstein<sup>12</sup> stipule, à l'article 5, qu'il «est appliqué à titre provisoire». De même, l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la Principauté d'Andorre sur le transfert et la gestion des déchets<sup>13</sup> dispose à l'article 13 qu'«il sera appliqué et produira ses effets dans toutes ses dispositions, même à titre provisoire». L'Accord entre le Gouvernement du Royaume d'Espagne et le Gouvernement de la République slovaque en matière d'entraide dans la lutte contre la criminalité organisée<sup>14</sup> «s'appliquera provisoirement» (art. 14, par. 2). Enfin, l'Accord portant création de l'Association de la Russie et de la Biélorussie<sup>15</sup> stipule à l'article 19 qu'il «s'appliquera provisoirement».

13. Certains des traités bilatéraux n'utilisent pas le qualificatif «provisoire», mais parlent à la place d'application «temporaire» ou «intérimaire». Par exemple, dans son texte anglais, l'Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République fédérative de Yougoslavie sur le statut du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme en République fédérative de Yougoslavie<sup>16</sup> précise, au paragraphe 33, que les dispositions de l'accord s'appliquent à titre temporaire (*shall apply on a temporary basis*). L'article 16, paragraphe 2, de l'Accord entre le Gouvernement de la Malaisie et le Programme des Nations Unies pour le développement concernant l'établissement du Centre mondial de services partagés du PNUD<sup>17</sup> stipule dans le texte anglais que l'Accord s'applique sur une base

<sup>11</sup> Accord entre la République argentine et la République du Suriname relatif à l'exemption de visas pour les titulaires de passeports ordinaires (San Salvador, 6 juin 2011), *ibid.*, vol. 2957, n° 51407, p. 213.

<sup>12</sup> Traité entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein relatif aux taxes environnementales dans la Principauté de Liechtenstein (Berne, 29 janvier 2010), *ibid.*, vol. 2761, n° 48680, p. 23.

<sup>13</sup> Accord entre le Royaume d'Espagne et la Principauté d'Andorre sur le transfert et la gestion des déchets (Madrid, 17 octobre 2006), *ibid.*, vol. 2881, n° 50313, p. 165.

<sup>14</sup> Accord entre le Gouvernement du Royaume d'Espagne et le Gouvernement de la République slovaque en matière d'entraide dans la lutte contre la criminalité organisée (Bratislava, 3 mars 1999), *ibid.*, vol. 2098, n° 36475, p. 371.

<sup>15</sup> Accord portant création de l'Association de la Russie et de la Biélorussie (Moscou, 2 avril 1996), *ibid.*, vol. 2120, n° 36926, p. 595.

<sup>16</sup> Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République fédérative de Yougoslavie sur le statut du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme en République fédérative de Yougoslavie (Genève, 6 et 9 novembre 1998), *ibid.*, vol. 2042, n° 35283, p. 23, lettre du Représentant permanent de la République fédérative de Yougoslavie auprès de l'Office des Nations Unies à Genève adressée au Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, par. 33 [pour le texte anglais, voir *United Nations Juridical Yearbook 1998* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.03.V.5), p. 109]; voir aussi le texte anglais de l'Accord entre le Gouvernement de la République du Bélarus et le Gouvernement de l'Irlande relatif aux conditions de récupération de citoyens mineurs de la République du Bélarus en Irlande (Minsk, 23 février 2009), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2679, n° 47597, p. 65, art. 15.

<sup>17</sup> Accord entre le Gouvernement de la Malaisie et le Programme des Nations Unies pour le développement concernant l'établissement du Centre mondial de services partagés du PNUD (Kuala Lumpur, 24 octobre 2011), *ibid.*, vol. 2794, n° 49154, p. 67.

intérimaire (*on an interim basis*). Comme il est indiqué dans l'introduction de la présente étude, ces références à l'application provisoire doivent être distinguées du cas des traités temporaires, qui ont une date d'extinction précise.

## 2. TRAITÉS MULTILATÉRAUX

14. Comme les traités bilatéraux, de nombreux traités multilatéraux contiennent une clause permettant une application provisoire. La clause relative à l'application provisoire figure elle aussi généralement parmi les clauses finales du traité, sous la forme d'une disposition distincte ou dans la disposition relative à l'«entrée en vigueur». À la différence de la pratique suivie pour les traités bilatéraux, les clauses relatives à l'application provisoire dans les traités multilatéraux sont adaptées aux caractéristiques du traité concerné, comme cela est indiqué dans les chapitres suivants.

15. Pour ce qui est de la terminologie, les traités multilatéraux – comme les traités bilatéraux – parlent soit d'«application provisoire», soit d'«entrée en vigueur provisoire». 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 (Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer), en son article 7, dispose qu'il «sera appliqué à titre provisoire jusqu'à son entrée en vigueur». De même, l'Accord sur les modifications à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save et au Protocole à l'Accord-cadre relatif au bassin de la Save sur le régime de la navigation stipule qu'il «s'applique provisoirement» (art. 3, par. 5). L'Accord-cadre pour un programme multilatéral environnemental dans le domaine nucléaire en Fédération de Russie indique, en son article 18, paragraphe 7, qu'il «est d'application, à titre provisoire, dès sa date de signature»<sup>18</sup>. En outre, l'article 21, paragraphe 1, des Statuts de la Communauté des pays de langue portugaise et l'article 8 de la Convention portant création de la Fondation «Karanta» pour l'appui aux politiques d'éducation non formelle et comportant en annexe les Statuts de la Fondation (Convention portant création de la Fondation «Karanta»)<sup>19</sup> prévoient que les instruments en question «entre[ront] en vigueur provisoirement».

16. Il existe une catégorie spéciale de traités prévoyant expressément leur application provisoire, celle des accords sur les produits de base, qui comprennent généralement des clauses relatives à l'«application provisoire», à l'«entrée en vigueur provisoire» ou à l'«acceptation provisoire». Certains utilisent l'une ou l'autre expression tandis que d'autres distinguent entre application provisoire et entrée en vigueur provisoire. Par exemple, l'Accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table comprend l'article 41 sur la notification d'application à titre provisoire et l'article 42 sur l'entrée en vigueur. Ce dernier article dispose ce qui suit au paragraphe 3 :

Si, au 1<sup>er</sup> janvier 2006, les conditions d'entrée en vigueur prévues au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 du présent article ne sont pas remplies, le depositaire invitera les gouvernements qui auront

<sup>18</sup> Le Protocole y relatif, concernant les actions en justice, les procédures judiciaires et l'indemnisation, contient le même libellé en son article 4, paragraphe 8.

<sup>19</sup> Voir aussi l'article 49 des Statuts de la Fondation.

signé définitivement le présent Accord ou l'auront ratifié, accepté ou approuvé, ou qui auront notifié au depositaire qu'ils l'appliqueront à titre provisoire, à décider si le présent Accord entrera en vigueur entre eux à titre provisoire ou définitif<sup>18</sup>, en totalité ou en partie, à la date qu'ils pourront fixer.

L'Accord a été provisoirement en vigueur entre le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et le 25 mai 2007. Pendant cette période, le Conseil oléicole international, par l'intermédiaire d'un président, d'un conseil des membres et d'un secrétariat exécutif, a fonctionné à titre provisoire<sup>20</sup>. Des observations similaires peuvent être faites à propos d'autres accords sur les produits de base<sup>21</sup>.

17. Les accords sur les produits de base appartiennent à une catégorie plus large de traités appliqués provisoirement qui établissent des arrangements institutionnels. Un autre traité multilatéral pertinent à cet égard est l'Accord portant création de l'Organisation régionale des normes et de la qualité de la Communauté des Caraïbes (CROSQ). L'Accord prévoit, à l'article 18 (application provisoire), qu'il «peut être provisoirement appliqué après sa signature par au minimum huit des États membres mentionnés au paragraphe 1 de l'article 3». L'Accord a été provisoirement appliqué le 5 février 2002, conformément à l'article 18, portant ainsi création d'un conseil, d'un certain nombre de commissions spéciales et d'un secrétariat<sup>22</sup>. Il convient toutefois de noter que les parties ont également conclu un protocole d'application provisoire de l'Accord portant création de l'Organisation régionale des normes et de la qualité de la Communauté des Caraïbes (CROSQ), rappelant l'article 18 susmentionné et prévoyant l'application provisoire entre les parties. Le Protocole a été conclu le lendemain de l'adoption de l'Accord.

18. Un arrangement similaire en deux étapes sur l'application provisoire est prévu dans la Convention portant création de la Fondation «Karanta». La Convention, à l'article 8 (entrée en vigueur), dispose qu'elle «entre en vigueur provisoirement dès sa signature par les États membres fondateurs et, définitivement, dès sa ratification par ces mêmes États». L'article 9 de la Convention (dispositions transitoires) ajoute que, «[e]n vue de la mise en place des premiers organes de la Fondation, il sera créé un comité ad hoc de pilotage». Les Statuts de la Fondation «Karanta», qui sont annexés à la Convention, comprennent également une clause sur l'application provisoire, à l'article 49, dont le libellé est identique à celui de l'article 8 susmentionné. Bien que la Convention elle-même ait ainsi établi un comité ad hoc de pilotage chargé de mettre en place les organes préliminaires de la Fondation, les Statuts ont eux aussi été appliqués provisoirement et ont instauré la Fondation et ses divers organes.

19. Les modifications apportées aux actes constitutifs des organisations internationales peuvent également faire l'objet d'une application provisoire. Certains actes constitutifs disposent que les modifications pourraient entrer en vigueur pour tous les États membres si elles étaient

adoptées par une certaine majorité dans l'organe compétent<sup>23</sup>. Toutefois, la plupart des actes constitutifs ne prévoient pas une telle procédure de modification simplifiée, mais imposent plutôt des critères qualitatifs ou quantitatifs élevés pour l'entrée en vigueur des modifications. En conséquence, certaines organisations internationales, par l'intermédiaire de leur organe compétent, ont décidé d'appliquer les modifications à titre provisoire. Par exemple, l'Amendement à l'article 14 des Statuts de l'Organisation mondiale du tourisme (OMT) et la Modification au paragraphe 4 des Règles de financement annexées aux Statuts de l'Organisation mondiale du tourisme (OMT) ont été enregistrées comme étant appliquées à titre provisoire. L'article 33 des Statuts de l'OMT relatif aux amendements ne prévoit pas d'application provisoire et exige l'approbation de deux tiers des membres pour l'entrée en vigueur d'un amendement. Dans sa résolution 365 (XII) [1997], l'Assemblée générale de l'OMT a constaté «à regret que l'amendement à l'article 14 des Statuts qu'elle a[vait] adopté par sa résolution 134 (V) [...] n'a[vait] toujours pas recueilli le nombre d'approbations requis» et a décidé «que cet amendement sera[it] appliqué à titre provisoire dans l'attente de sa ratification». A la suite de l'adoption de la résolution 365 (XII), l'Assemblée générale de l'OMT a également adopté la résolution 422 (XIV) [2001], dans laquelle elle a directement décidé, «exceptionnellement, que les dispositions du nouveau paragraphe 4 des Règles de financement s'applique[raie]nt immédiatement, à titre provisoire, jusqu'à leur entrée en vigueur conformément à l'article 33, paragraphe 3, des Statuts». Bien que la résolution 365 (XII) de l'Assemblée générale de l'OMT puisse être considérée comme un cas d'application provisoire en vertu d'un accord distinct<sup>24</sup>, la résolution 422 (XIV) contenait une clause relative à l'application provisoire dans le texte de la résolution spécifiant l'amendement.

20. Une dynamique similaire à celle des deux modifications apportées aux instruments de l'OMT peut être observée en ce qui concerne le Protocole n° 14 et le Protocole n° 14 bis à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme)<sup>25</sup>. Les parties à la Convention ont adopté le Protocole n° 14 bis «[c]onsidérant la nécessité urgente d'introduire certaines procédures additionnelles dans la Convention afin de maintenir et de renforcer l'efficacité à long terme de son système de contrôle». Le Protocole n° 14 bis a été adopté en 2009 et il est entré en vigueur en 2010. L'article 6 du Protocole autorisait l'application provisoire du Protocole n° 14 bis en attendant son entrée en vigueur, solution qui a été adoptée par sept États. L'inclusion d'une clause expresse relative à l'application provisoire distingue le Protocole n° 14 bis de 2009 du Protocole n° 14 de 2004, qui a été

<sup>20</sup> Voir l'article 3, paragraphe 1, de l'Accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table.

<sup>21</sup> Voir, par exemple, l'article 7 de l'Accord international de 1994 sur le café.

<sup>22</sup> Voir l'article 5 de l'Accord portant création de l'Organisation régionale des normes et de la qualité de la Communauté des Caraïbes (CROSQ), intitulé «Composition du CROSQ».

<sup>23</sup> Voir, par exemple, l'article XX de la Constitution de l'Institut international des vaccins, annexée à l'Accord portant création de l'Institut international des vaccins, et l'article 12 de l'Accord portant création du Fonds international de développement agricole.

<sup>24</sup> L'application provisoire en vertu d'un accord distinct sera examinée plus en détail dans la section B *infra*.

<sup>25</sup> Le Protocole n° 14 bis a cessé d'être en vigueur ou d'être appliqué à titre provisoire le 1<sup>er</sup> juin 2010, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention. Pour plus d'informations, voir le site Web du Bureau des traités du Conseil de l'Europe ([www.coe.int/fr/web/conventions](http://www.coe.int/fr/web/conventions)).

finale appliqué provisoirement en vertu d'un accord distinct adopté en 2009 en raison des difficultés rencontrées pour remplir les conditions d'entrée en vigueur<sup>26</sup>.

21. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Statut de Rome) est un exemple d'acte constitutif qui autorise expressément l'application provisoire d'amendements, en l'occurrence au Règlement de procédure et de preuve de la Cour<sup>27</sup>. L'article 51, paragraphe 3, du Statut de Rome dispose ce qui suit :

Après l'adoption du Règlement de procédure et de preuve, dans les cas urgents où la situation particulière portée devant la Cour n'est pas prévue par le Règlement, les juges peuvent, à la majorité des deux tiers, établir des règles provisoires qui s'appliquent jusqu'à ce que l'Assemblée des États Parties, à sa réunion ordinaire ou extraordinaire suivante, les adopte, les modifie ou les rejette.

Le 10 février 2016, les juges réunis en plénière ont adopté les amendements provisoires apportés à la règle 165 du Règlement de procédure et de preuve, en vertu de l'article 51, paragraphe 3, du Statut de Rome<sup>28</sup>. C'était la première fois que la procédure prévue à l'article 51, paragraphe 3, était utilisée. Les amendements ont ensuite été examinés par le Groupe d'étude sur la gouvernance et le Groupe de travail sur les amendements à l'Assemblée des États Parties. L'Assemblée des États Parties n'a pas pris de décision sur les amendements à sa quinzième session, tenue du 16 au 24 novembre 2016, et a décidé de poursuivre l'examen de la question au sein du Groupe de travail sur les amendements<sup>29</sup>. Au vu de l'absence de décision sur les amendements provisoires, différentes opinions ont été exprimées au sujet de la poursuite de l'application de la règle provisoire par la Cour pénale internationale. Certains ont affirmé que la Cour ne devait pas appliquer la règle provisoire tant que celle-ci était en cours d'examen par le Groupe de travail sur les amendements<sup>30</sup>. D'autres ont fait valoir qu'une majorité des délégations était favorable à l'adoption des amendements et « qu'il appart[ena]it seulement à la Cour de décider de la manière dont elle met[tait] en œuvre les dispositions la concernant du Règlement de procédure et de preuve<sup>31</sup> ».

## B. Application provisoire en vertu d'un accord distinct

22. Les accords distincts sur l'application provisoire des traités bilatéraux et multilatéraux sont conclus à deux

<sup>26</sup> Voir *infra* la section B.2.

<sup>27</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3, à la page 187.

<sup>28</sup> Voir le rapport du Groupe thématique I du Groupe d'étude sur la gouvernance sur les modifications provisoires apportées à la règle 165 du Règlement de procédure et de preuve (ICC-ASP/15/7) et le rapport du Groupe de travail sur les amendements (ICC-ASP/15/24).

<sup>29</sup> Cour pénale internationale, résolution ICC-ASP/15/Res.5 de l'Assemblée des États Parties sur le renforcement de la Cour pénale internationale et de l'Assemblée des États Parties, en date du 24 novembre 2016, annexe I, par. 19, dans *Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, quinzième session, La Haye, 16-24 novembre 2016* [ICC-ASP/15/20 (vol. I)], troisième partie.

<sup>30</sup> *Ibid.*, annexe V, déclaration du Kenya concernant le rapport du Groupe de travail sur les amendements formulée lors de la septième séance plénière de l'Assemblée, le 22 novembre 2016, par. 5.

<sup>31</sup> *Ibid.*, annexe VI, déclaration de la Belgique concernant le rapport du Groupe de travail sur les amendements formulée lors de la septième séance plénière de l'Assemblée, le 22 novembre 2016, par. 3.

moments différents : a) au moment de la conclusion du traité principal qui ne comprend pas de clause sur l'application provisoire ; et b) après la conclusion du traité principal. Cette distinction est particulièrement évidente dans le cas des traités multilatéraux, pour lesquels il est généralement plus difficile de satisfaire aux exigences d'entrée en vigueur. Les traités multilatéraux soulèvent une difficulté supplémentaire, liée au fait que les États qui n'ont pas négocié le traité pourraient y adhérer ultérieurement. La question se pose alors de savoir si ces États seraient également considérés comme des « États ayant participé à la négociation » au sens de l'article 25, paragraphe 1 b, de la Convention de Vienne de 1969.

### 1. TRAITÉS BILATÉRAUX

23. Peu de traités bilatéraux ont été appliqués provisoirement en vertu d'un accord distinct. La terminologie de ces accords distincts est la même que celle utilisée dans les traités bilatéraux qui contiennent une clause relative à l'application provisoire.

24. Comme cela est indiqué plus haut, on peut distinguer deux catégories d'accords distincts sur l'application provisoire de traités bilatéraux, en fonction du moment où ces accords distincts sont conclus : a) au moment de la conclusion du traité principal, les parties concluent un autre traité qui prévoit l'application provisoire du traité principal (dans le cas des traités bilatéraux, le traité principal peut ensuite être annexé au traité distinct sur l'application provisoire) ; ou b) les parties conviennent par la suite, selon une autre modalité, d'appliquer provisoirement le traité, ce qui n'est pas nécessairement explicité au moment de l'enregistrement.

25. Un exemple de la première catégorie est l'Accord relatif à la fiscalité des revenus de l'épargne et à son application provisoire entre l'Allemagne et les Pays-Bas<sup>32</sup>. Dans cet accord, les deux États sont convenus d'appliquer provisoirement l'Accord entre le Royaume des Pays-Bas pour ce qui est d'Aruba et la République fédérale d'Allemagne relatif à l'échange automatique d'informations concernant les revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, tel qu'il figure à l'appendice de la lettre de l'Allemagne. Ce dernier ne comprend pas de clause relative à l'application provisoire.

26. L'exemple ci-dessus contraste avec l'Amendement à l'Accord relatif aux services aériens entre le Royaume des Pays-Bas et l'État du Qatar<sup>33</sup>. L'Amendement a été annexé à un échange de notes entre les parties, qui constitue, « entre les deux gouvernements, un accord en la matière qui, conformément au paragraphe 2 de l'article XV de l'Accord, s'appliquera à titre provisoire ». L'article XV (amendement), paragraphe 2, de l'Accord est ainsi libellé :

<sup>32</sup> Accord relatif à la fiscalité des revenus de l'épargne et à son application provisoire (Bruxelles, 26 mai 2004, et La Haye, 9 novembre 2004), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2821, n° 49430, p. 3. Les Pays-Bas ont conclu un certain nombre de traités similaires au cours de la période considérée.

<sup>33</sup> Accord entre le Royaume des Pays-Bas et l'État du Qatar relatif aux services aériens entre leurs territoires respectifs et au-delà (La Haye, 6 décembre 1980), *ibid.*, vol. 2265, n° 40360, p. 77, et Amendement à l'Accord relatif aux services aériens entre le Royaume des Pays-Bas et l'État du Qatar (La Haye, 11 septembre 1998, et Londres, 30 octobre 2000), *ibid.*, p. 507.

Toute modification apportée au présent Accord pendant les consultations dont il est question au paragraphe 1 ci-dessus doit être convenue par écrit entre les Parties contractantes et déploie ses effets à titre provisoire à la date ainsi convenue, en attendant que chaque Partie contractante adresse à l'autre, par la voie diplomatique, une notification écrite attestant de l'accomplissement des formalités constitutionnelles prescrites dans chaque pays respectivement.

Les parties ont ainsi appliqué une clause spéciale sur l'application provisoire, contenue dans l'Accord, aux amendements. Si l'échange de notes constituait l'accord relatif à l'application provisoire, cet accord était en fin de compte fondé sur la clause relative à l'application provisoire contenue dans le traité initial.

27. D'une manière plus générale, certaines clauses relatives à la modification des traités bilatéraux peuvent faire référence aux dispositions sur l'entrée en vigueur, lesquelles comprennent à leur tour une clause sur l'application provisoire. Un exemple en est l'Accord entre le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et le Gouvernement de la République de l'Ouganda relatif à l'établissement d'un bureau en Ouganda<sup>34</sup>, qui stipule à l'article XXII, paragraphe 3, que «[l]e présent Accord peut être modifié par consentement mutuel des Parties et entrera en vigueur aux conditions définies au paragraphe 1 ci-dessus». Le paragraphe 1 dispose ce qui suit :

Le présent Accord s'appliquera provisoirement à compter de la date de sa signature par les deux Parties. Il entrera en vigueur à la date de réception par le [Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme] d'un avis du Gouvernement de l'Ouganda confirmant que toutes les formalités légales requises pour l'entrée en vigueur de l'Accord ont été accomplies.

Dans ce contexte, la question est de savoir si un tel renvoi impliquerait que les «conditions définies au paragraphe 1» englobent la possibilité d'une application provisoire. D'autres accords n'incluent pas un tel renvoi. L'Accord entre l'Organisation des Nations Unies (Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés) et l'Ukraine relatif à l'établissement d'une délégation du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés en Ukraine<sup>35</sup> stipule, à l'article XVII, paragraphe 4, que «[l]es modifications se feront par voie d'accord écrit». En conséquence, l'Accord a été modifié par un protocole distinct, à savoir le Protocole d'amendements au paragraphe 2 de l'article 4 de l'Accord entre le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et le Gouvernement de l'Ukraine<sup>36</sup>, qui prévoit l'application provisoire des amendements.

28. Un amendement à un traité peut également étendre l'application provisoire de ce traité. Dans l'Échange de notes constituant un accord entre le Royaume de

Belgique et le Royaume des Pays-Bas portant prolongation de l'Accord du 13 février 1995 concernant le statut des officiers de liaison belges attachés à l'Unité Drogues Europol à La Haye<sup>37</sup>, les parties sont convenues que ledit Accord du 13 février 1995 «qui, préalablement à son entrée en vigueur, [était] appliqué] à titre provisoire, [serait] prorogé] pour une durée indéterminée à compter du 1<sup>er</sup> mars 1996». L'Accord du 13 février 1995<sup>38</sup> avait été conclu pour une durée initiale d'un an, avec possibilité de prorogation. Un cas similaire est l'Échange de notes constituant un accord prorogeant l'Accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Espagne relatif aux stations de repérage<sup>39</sup>, qui a été «appliqué provisoirement à partir du 29 janvier 1997». L'Accord relatif aux stations de repérage<sup>40</sup> ne contenait pas de clause relative à l'application provisoire et avait été initialement conclu pour une période de dix ans puis prorogé par une série d'échanges de notes.

29. Parmi les exemples de la deuxième catégorie d'application provisoire par accord distinct ultérieur, mentionnée plus haut, figurent les instruments suivants : l'Accord entre le Royaume des Pays-Bas et les États-Unis d'Amérique relatif au statut du personnel des États-Unis dans la partie caribéenne du Royaume<sup>41</sup> ; l'Accord de coopération entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Gouvernement de la République azerbaïdjanaise en vue de combattre le terrorisme, le trafic illicite de stupéfiants, de substances psychotropes et de leurs précurseurs, et le crime organisé<sup>42</sup> ; et l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la République du Kazakhstan relatif à la création du Bureau sous-régional pour l'Asie du Nord et l'Asie centrale de la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique des Nations Unies<sup>43</sup>. Bien que ces traités ne donnent aucune indication concernant leur application provisoire, ils ont été enregistrés comme étant appliqués provisoirement. Si les États et les organisations internationales peuvent enregistrer un traité appliqué provisoirement en vertu de

<sup>37</sup> Échange de notes constituant un accord entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas portant prolongation de l'Accord du 13 février 1995 concernant le statut des officiers de liaison belges attachés à l'Unité Drogues Europol à La Haye (Bruxelles, 28 et 29 février 1996), *ibid.*, vol. 2090, n° 36268, p. 253.

<sup>38</sup> Échange de notes constituant un accord entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas concernant le statut des officiers de liaison belges attachés à l'Unité Drogues Europol à La Haye (Bruxelles, 9 et 13 février 1995), *ibid.*, vol. 2089, n° 36268, p. 139.

<sup>39</sup> Échange de notes constituant un accord prorogeant l'Accord [entre les États-Unis d'Amérique et l'Espagne relatif aux stations de repérage] (Madrid, 17 et 24 janvier 1997), *ibid.*, vol. 2006, n° 7427, p. 508.

<sup>40</sup> Échange de notes constituant un accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Espagne relatif aux stations de repérage (Madrid, 29 janvier 1964), *ibid.*, vol. 511, n° 7427, p. 61.

<sup>41</sup> Accord entre le Royaume des Pays-Bas et les États-Unis d'Amérique relatif au statut du personnel des États-Unis dans la partie caribéenne du Royaume (Washington, 19 octobre 2012), *ibid.*, vol. 2967, n° 51578, p. 79.

<sup>42</sup> Accord de coopération entre le Gouvernement de la République de Lettonie et le Gouvernement de la République azerbaïdjanaise en vue de combattre le terrorisme, le trafic illicite de stupéfiants, de substances psychotropes et de leurs précurseurs, et le crime organisé (Baku, 3 octobre 2005), *ibid.*, vol. 2461, n° 44230, p. 205.

<sup>43</sup> Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la République du Kazakhstan relatif à la création du Bureau sous-régional pour l'Asie du Nord et l'Asie centrale de la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique des Nations Unies (Astana, 4 mai 2011), *ibid.*, vol. 2761, n° 48688, p. 339.

<sup>34</sup> Accord entre le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et le Gouvernement de la République de l'Ouganda relatif à l'établissement d'un bureau en Ouganda (Gulu, 9 janvier 2006), *ibid.*, vol. 2517, n° 44969, p. 285.

<sup>35</sup> Accord entre l'Organisation des Nations Unies (Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés) et l'Ukraine relatif à l'établissement d'une délégation du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés en Ukraine (Kiev, 23 septembre 1996), *ibid.*, vol. 1935, n° 33151, p. 245.

<sup>36</sup> Protocole d'amendements au paragraphe 2 de l'article 4 de l'Accord entre le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et le Gouvernement de l'Ukraine (Kiev, 23 septembre 1998), *ibid.*, vol. 2035, n° 33151, p. 288.



l'Article 102 de la Charte des Nations Unies, comme cela est indiqué dans l'introduction de la présente étude, les traités sont souvent enregistrés en tant que tels au moment de leur entrée en vigueur uniquement<sup>44</sup>.

30. Un cas particulier d'application provisoire en vertu d'un accord distinct est l'Accord de coopération technique entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Croatie<sup>45</sup>. Bien que l'Accord contienne une clause relative à l'application provisoire à l'article 7, l'article 5 prévoit l'application provisoire de l'«Accord entre la République de Croatie et le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) du 12 mars 1996, à l'exception des dispositions spéciales de l'article 9». L'Accord dispose ensuite ce qui suit : «Étant donné que ce dernier Accord a été signé pour la République de Croatie le 12 mars 1996 mais n'est jamais entré en vigueur, il est entendu entre les Parties au présent Accord que ledit Accord sera appliqué provisoirement jusqu'à son entrée en vigueur<sup>46</sup>». Autrement dit, l'Allemagne et la Croatie sont convenues d'appliquer provisoirement un accord auquel seule la Croatie était partie et qui n'était jamais entré en vigueur.

## 2. TRAITÉS MULTILATÉRAUX

31. Un certain nombre de traités multilatéraux qui ne comportent pas de clause relative à l'application provisoire sont appliqués provisoirement en vertu d'un accord distinct conclu par les États ou entités qui les ont négociés. Comme dans le cas des traités bilatéraux, on peut distinguer deux catégories d'accords distincts sur l'application provisoire de traités multilatéraux en fonction du moment où ces accords distincts ont été conclus : *a*) les États ou organisations internationales conviennent d'appliquer provisoirement le traité au moment où l'accord principal est conclu ; ou *b*) ils conviennent d'appliquer provisoirement le traité en vertu d'un accord ultérieur.

32. Parmi les exemples de la première catégorie figure l'Accord portant création du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques, qui a été adopté le 4 février 2002. Cet accord ne prévoyait pas une application provisoire, mais a été appliqué conformément au Protocole d'application provisoire de l'Accord portant création du centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques conclu le 5 février 2002 pour «assurer le fonctionnement du Centre de la Communauté des Caraïbes sur les changements climatiques dans les meilleurs délais» (preamble). Un cas comparable est celui du Traité révisé de Chaguaramas portant création de la Communauté des Caraïbes, y compris le marché et l'économie uniques de la CARICOM, qui a été appliqué provisoirement conformément au Protocole sur l'application provisoire du Traité révisé de Chaguaramas.

33. Le Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme relève de la deuxième catégorie d'application provisoire en vertu d'un accord distinct. Le

<sup>44</sup> Voir *supra* l'introduction.

<sup>45</sup> Accord de coopération technique entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Croatie (Zagreb, 15 janvier 1999), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2306, n° 41129, p. 439.

<sup>46</sup> Traduction non officielle de l'original allemand.

Protocole n° 14 a été provisoirement appliqué conformément à l'Accord sur l'application provisoire de certaines dispositions du Protocole n° 14 dans l'attente de son entrée en vigueur (Accord de Madrid)<sup>47</sup>. Le Protocole n° 14 a été adopté en 2004, et ratifié par la plupart, mais non la totalité, des parties à la Convention européenne des droits de l'homme. Pour rendre le Protocole n° 14 provisoirement applicable, les États membres du Conseil de l'Europe ont adopté l'Accord de Madrid. Un certain nombre d'États, qui avaient tous ratifié auparavant le Protocole n° 14, l'ont provisoirement appliqué avant son entrée en vigueur en 2010. La référence à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 dans le chapeau de l'Accord de Madrid et dans la déclaration sur l'application provisoire faite par les Pays-Bas souligne que l'application provisoire n'était pas initialement prévue. Les Pays-Bas ont déclaré que «l'accord [de Madrid] susmentionné satisfai[sai]t pleinement aux exigences de l'article 25, paragraphe 1 *b*, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, relatif à l'application provisoire de traités ne contenant pas de disposition spécifique aux fins de ladite application<sup>48</sup>». En raison de l'entrée en vigueur retardée du Protocole n° 14, les États membres ont également adopté le Protocole n° 14 *bis* peu de temps après l'Accord de Madrid. Le Protocole n° 14 *bis* comprenait une clause relative à l'application provisoire<sup>49</sup>.

34. Les accords sur les produits de base constituent un cas particulier d'application provisoire en vertu d'un accord distinct. Bien que ces accords prévoient généralement une application et/ou une entrée en vigueur à titre provisoire, ils peuvent également inclure une disposition telle que l'article 42, paragraphe 3, de l'Accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table, qui stipule ce qui suit :

Si, au 1<sup>er</sup> janvier 2006, les conditions d'entrée en vigueur prévues au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 du présent article ne sont pas remplies, le dépositaire invitera les gouvernements qui auront signé définitivement le présent Accord ou l'auront ratifié, accepté ou approuvé, ou qui auront notifié au dépositaire qu'ils l'appliqueront à titre provisoire, à décider si le présent Accord entrera en vigueur entre eux à titre provisoire ou définitif, en totalité ou en partie, à la date qu'ils pourront fixer.

Cette disposition donne ainsi aux gouvernements la possibilité de mettre provisoirement en vigueur l'Accord par une décision collective. L'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux, l'Accord international de 1993 sur le cacao et l'Accord international sur le cacao de 2010 ont été mis en vigueur provisoirement en vertu d'une telle décision. De telles décisions collectives doivent être distinguées d'une décision prise par l'organe d'une organisation internationale d'appliquer à titre provisoire un traité conclu avec une tierce partie<sup>50</sup>.

35. Comme beaucoup d'accords sur les produits de base ont une durée limitée, ils prévoient leur

<sup>47</sup> Pour les déclarations sur l'application provisoire faites par l'Albanie, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Estonie, le Liechtenstein, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Suisse, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2677, n° 2889, p. 30.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>49</sup> Voir *supra* la section A.2.

<sup>50</sup> Voir les exemples relatifs à la pratique de l'Union européenne dans *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/699 et Add.1, annexe.

prorogation par adoption d'une décision de l'organe compétent. Aux termes de son article 46, paragraphe 1, l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux « restera en vigueur pendant une période de quatre ans à compter de la date de son entrée en vigueur à moins que le Conseil ne décide, par un vote spécial, de le proroger, de le renégocier ou d'y mettre fin conformément aux dispositions du présent article ». À la différence des autres accords mentionnés ci-dessus, l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux n'est entré en vigueur qu'à titre provisoire le 1<sup>er</sup> janvier 1997. Le 30 mai 2000<sup>51</sup> et le 4 novembre 2002<sup>52</sup>, le Conseil a décidé de proroger l'Accord pour une période de trois ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2001 et du 1<sup>er</sup> janvier 2004, respectivement. Il a donc prorogé un accord qui était en vigueur à titre provisoire. La prorogation de l'Accord international de 1993 sur le cacao constitue un exemple comparable.

36. De même que l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux, l'Accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table stipule, à l'article 47, paragraphe 1, qu'il « restera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2014, à moins que le Conseil oléicole international, par l'intermédiaire du Conseil des Membres, ne décide de le proroger, de le reconduire, de le renouveler ou d'y mettre fin auparavant conformément aux dispositions du présent article ». Le 28 novembre 2014, le Conseil oléicole international a adopté une décision qui est entrée en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015, prorogeant l'Accord pour

<sup>51</sup> Décision 4 (XXVIII) du Conseil international des bois tropicaux, en date du 30 mai 2000, sur la prorogation de l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux.

<sup>52</sup> Décision 9 (XXXIII) du Conseil international des bois tropicaux, en date du 4 novembre 2002, sur la prorogation de l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux.

une période d'un an<sup>53</sup>. À la différence de l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux, toutefois, l'Accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table est entré en vigueur définitivement le 25 mai 2007, conformément à l'article 42. Au moment de la décision sur la prorogation de l'Accord, Israël avait déclaré une application provisoire et n'a jamais ratifié l'Accord. On pourrait donc faire valoir que la décision du Conseil oléicole international constituait un accord prolongeant l'application provisoire de l'Accord de 2005 à l'égard d'un État.

37. La question de savoir si l'expression « États ayant participé à la négociation » qui figure à l'article 25, paragraphe 1 *b*, de la Convention de Vienne de 1969 empêcherait des États adhérents de conclure un accord sur l'application provisoire ne peut pas être tranchée clairement sur la base des traités multilatéraux pris en considération dans la présente étude. Ainsi qu'il est indiqué aux paragraphes précédents, certains accords sur les produits de base n'entrent jamais en vigueur définitivement. Lorsque les États ou d'autres entités prorogent un accord qui n'est entré en vigueur qu'à titre provisoire, cette décision s'applique également aux États qui ont adhéré à l'accord sur les produits de base. Par exemple, plusieurs États ont adhéré à l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux (Guatemala, Mexique, Nigéria, Pologne, Suriname, Trinité-et-Tobago et Vanuatu), qui a été prorogé plusieurs fois. Il est aussi intéressant de noter que, au cours de la période considérée, le Monténégro, devenu indépendant en 2006, a succédé au Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme. En conséquence, le Monténégro a eu la possibilité d'appliquer à titre provisoire certaines dispositions du Protocole n° 14 conformément à l'Accord de Madrid – possibilité dont il ne s'est néanmoins pas prévalu.

<sup>53</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 3034, n° 47662, p. 303.

## CHAPITRE II

### Prise d'effet de l'application provisoire

38. Tant les traités bilatéraux que les traités multilatéraux prévoient des conditions spécifiques dans lesquelles la prise d'effet de l'application provisoire peut avoir lieu. Cette prise d'effet peut être subordonnée à certaines modalités énoncées dans le traité ou – moins fréquemment – au fait qu'un événement externe tel que l'adoption d'une loi ou l'entrée en vigueur d'un autre traité se produit. Certains traités peuvent également associer les modalités qu'ils énoncent et la condition qu'un événement externe se produise.

#### A. Prise d'effet énoncée dans le traité

39. L'application provisoire prend généralement effet de trois façons différentes : *a*) à la signature ; *b*) à une certaine date (y compris l'effet rétroactif de l'application provisoire) ; ou *c*) à la notification. Contrairement aux traités bilatéraux, les traités multilatéraux peuvent également prévoir une quatrième possibilité, à savoir *d*) la prise d'effet de l'application provisoire au moyen d'une décision d'un organe établi par le traité.

40. En ce qui concerne l'option *c*, la notification de l'application provisoire d'un traité bilatéral prend généralement la forme d'une note ou lettre de confirmation. Dans les traités multilatéraux, les parties notifient au dépositaire leur intention d'appliquer l'accord à titre provisoire. Les traités multilatéraux peuvent en outre préciser quand il est possible de procéder à pareille notification. Si une notification d'application à titre provisoire peut être faite à la signature ou à tout moment ultérieur, ladite application reste possible même après l'entrée en vigueur du traité. Si cette notification ne peut être faite que lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, la possibilité d'une application provisoire est exclue après l'entrée en vigueur de l'accord.

#### 1. TRAITÉS BILATÉRAUX

41. La signature des parties est une condition commune de l'application à titre provisoire des traités bilatéraux. Cette application peut prendre effet à la date de la signature ou peu après. Les formulations employées

sont notamment les suivantes : «entre en vigueur à titre provisoire à la date de sa signature», «s'applique temporairement à compter de la date de signature», «est mis en œuvre et prend effet dans toutes ses dispositions, bien que provisoirement, à compter du jour où il est signé», «il sera appliqué et prendra effet dans tous ses termes nonobstant son caractère provisoire à compter du jour de sa signature», «s'applique temporairement à compter du jour de sa signature» et «s'applique provisoirement après que trente (30) jours se sont écoulés après la date de sa signature».

42. Certains traités bilatéraux mentionnent aussi une date, autre que celle de la signature, à compter de laquelle le traité sera appliqué à titre provisoire. Les formules suivantes sont les plus communes : «s'applique à titre provisoire à compter du 1<sup>er</sup> avril 2010», «s'applique à titre provisoire avec effet au 1<sup>er</sup> mai 2003» et «applique à titre provisoire le présent Accord à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1996 s'il ne peut entrer en vigueur avant cette date».

43. L'application à titre provisoire de nombreux traités bilatéraux dépend également des notifications réciproques des parties aux traités. Les formulations suivantes sont employées : «sera appliqué à titre provisoire à compter de la date du présent échange de notes», «l'application à titre provisoire prend effet dix jours à compter de la date du présent échange de notes», «sera appliqué à titre provisoire à compter de la date de réception de la présente réponse affirmative», «sera appliqué à titre provisoire à compter de la date de la réponse du Ministère» et «sera appliqué à titre provisoire à compter de la date de la présente note».

44. Certains traités bilatéraux prévoient une variante de l'application provisoire commençant à une certaine date, à savoir une application provisoire avec effet rétroactif. L'Accord entre les autorités compétentes du Royaume de Belgique et de la République d'Autriche concernant le remboursement des frais dans le domaine de la sécurité sociale<sup>54</sup> a été appliqué à titre provisoire le 3 décembre 2001 par signature, définitivement le 1<sup>er</sup> août 2003 par notification et avec effet rétroactif à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1994, conformément à son article 5. L'article 5, paragraphe 1, de l'Accord se lit comme suit :

Les États contractants se notifieront mutuellement par écrit et par la voie diplomatique l'accomplissement des formalités constitutionnelles requises pour l'entrée en vigueur du présent Accord. L'Accord entrera en vigueur le premier jour du troisième mois qui suit la date de réception de la dernière de ces notifications, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 1994. Dans l'attente de son entrée en vigueur, le présent Accord sera appliqué à titre provisoire à la date de sa signature, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 1994.

De même, l'Échange de notes constituant un accord renouvelant l'Accord relatif au statut des forces du personnel militaire et équipement pour les forces entre le Royaume des Pays-Bas et l'État du Qatar<sup>55</sup> comporte la disposition suivante :

<sup>54</sup> Accord entre les autorités compétentes du Royaume de Belgique et de la République d'Autriche concernant le remboursement des frais dans le domaine de la sécurité sociale (Bruxelles, 3 décembre 2001), *ibid.*, vol. 2235, n° 39769, p. 3.

<sup>55</sup> Échange de notes constituant un accord renouvelant l'Accord relatif au statut des forces du personnel militaire et équipement pour les forces entre le Royaume des Pays-Bas et l'État du Qatar (Koweït, 3 et 19 mars 2003), *ibid.*, vol. 2386, n° 39128, p. 343.

Si cette proposition est acceptable pour l'État du Qatar, l'ambassade propose que la présente note et la réponse affirmative constituent ensemble un accord entre le Royaume des Pays-Bas et l'État du Qatar, qui sera appliqué provisoirement dans l'attente de l'approbation du Parlement aux Pays-Bas à compter de la date de réponse de l'État du Qatar. Si cette date est postérieure au 7 septembre 2005, le présent Accord aura un effet rétroactif à compter de cette dernière date.

L'Accord a été appliqué provisoirement le 6 août 2005 et est entré en vigueur le 18 décembre 2005, conformément aux dispositions desdites notes.

## 2. TRAITÉS MULTILATÉRAUX

45. Les traités multilatéraux contiennent les mêmes modalités que les traités bilatéraux en ce qui concerne la prise d'effet de l'application provisoire : *a)* à la signature ; *b)* à une certaine date ; ou *c)* à la notification du dépositaire. Si les modalités peuvent être les mêmes, la prévalence de chacune d'elles dans les traités multilatéraux pris en considération dans la présente étude est différente. Comme il est indiqué plus haut, les clauses relatives à l'application provisoire qui figurent dans les traités multilatéraux sont souvent plus spécifiquement adaptées aux traités en question et peuvent associer différentes modalités. Autre particularité des traités multilatéraux, leurs modifications peuvent être appliquées à titre provisoire *d)* au moyen d'une décision d'une organisation internationale.

46. Les traités multilatéraux à participation restreinte prévoient souvent une application provisoire par signature. L'article 26 du Traité entre la Fédération de Russie, la République du Bélarus, la République du Kazakhstan et la République kirghize relatif au renforcement de l'intégration dans les domaines économique et humanitaire, par exemple, est libellé comme suit :

Le présent Traité produit provisoirement ses effets à partir de la date de sa signature et entre en vigueur à compter de la date de la transmission au dépositaire – à savoir la Fédération de Russie – des notifications confirmant que les formalités requises pour l'entrée en application du Traité ont été accomplies par les Parties.

On trouve des clauses similaires dans les Statuts de la Communauté des pays de langue portugaise, l'Accord relatif à l'autorisation pour le transit des ressortissants yougoslaves obligés de quitter le pays, et la Convention portant création de la Fondation «Karanta». Comme il est noté plus haut, certains de ces traités portent sur des mécanismes institutionnels qui ont été établis sur la base de la signature des parties à la négociation. L'Accord sur les forces collectives de réaction rapide de l'Organisation du Traité de sécurité collective est un exemple de traité multilatéral conclu et appliqué à titre provisoire dans le cadre d'une organisation internationale. En outre, certains des accords mixtes conclus par l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et un tiers, d'autre part, prévoient également une application provisoire à la signature<sup>56</sup>. Ainsi qu'il est indiqué dans l'introduction de la présente étude, ces accords mixtes ont des caractéristiques structurelles relevant tant des traités bilatéraux que

<sup>56</sup> Voir, par exemple, le Protocole à l'Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part, concernant un accord-cadre entre l'Union européenne et l'Ukraine relatif aux principes généraux pour la participation de l'Ukraine aux programmes de l'Union (Bruxelles, 22 novembre 2010), *ibid.*, vol. 2913, n° 35736, p. 7, art. 10.

des traités multilatéraux, en particulier des traités multilatéraux à participation restreinte<sup>57</sup>.

47. Un certain nombre d'accords sur les produits de base prévoient une entrée en vigueur à titre provisoire à compter d'une certaine date. Par exemple, l'Accord international de 1994 sur le café dispose, à l'article 40 (entrée en vigueur), paragraphe 2, ce qui suit :

Le présent Accord peut entrer en vigueur provisoirement le 1<sup>er</sup> octobre 1994. A 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.

L'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux prévoit également une date d'entrée en vigueur à titre provisoire, mais l'associe à des conditions de fond. L'article 41 (entrée en vigueur), paragraphe 2, indique ainsi ce qui suit :

Si le présent Accord n'est pas entré en vigueur à titre définitif le 1<sup>er</sup> février 1995, il entrera en vigueur à titre provisoire à cette date ou à toute date se situant dans les six mois qui suivent, si 10 gouvernements de pays producteurs détenant au moins 50 % du total des voix attribuées conformément à l'annexe A du présent Accord et 14 gouvernements de pays consommateurs détenant au moins 65 % du total des voix attribuées conformément à l'annexe B du présent Accord ont signé définitivement l'Accord ou l'ont ratifié, accepté ou approuvé conformément au paragraphe 2 de l'article 38 ou ont notifié au dépositaire conformément à l'article 40 qu'ils appliqueront le présent Accord à titre provisoire.

48. La notification est le moyen le plus commun de donner effet à l'application provisoire. Ainsi en va-t-il, notamment, de l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, qui prévoit en son article 41, paragraphe 1, ce qui suit :

Le présent Accord est appliqué à titre provisoire par tout État ou entité qui consent à son application provisoire en adressant au dépositaire une notification écrite à cet effet. Cette application provisoire prend effet à compter de la date de réception de la notification.

Aucune des parties actuelles à l'Accord ne s'est prévalu de cette possibilité avant son entrée en vigueur le 11 décembre 2001<sup>58</sup>. En comparaison, plusieurs États membres du Conseil de l'Europe ont notifié l'application provisoire des dispositions pertinentes du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme conformément à l'Accord de Madrid<sup>59</sup>. L'alinéa *b* de l'Accord de Madrid dispose que

toute Haute Partie Contractante peut déclarer à tout moment *en adressant une notification au Secrétaire général du Conseil de l'Europe\** qu'elle accepte, à son égard, l'application provisoire des parties susmentionnées du Protocole n° 14. Une telle déclaration d'acceptation prendra effet le premier jour du mois suivant la date de sa réception par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe ; les parties susmentionnées

<sup>57</sup> Voir *supra* l'introduction.

<sup>58</sup> Voir aussi le paragraphe 4 de la résolution 50/24 de l'Assemblée générale en date du 5 décembre 1995.

<sup>59</sup> Voir *supra* la note 47.

du Protocole n° 14 ne s'appliqueront pas à l'égard des Parties n'ayant pas fait une telle déclaration d'acceptation.

Il est intéressant de noter que l'alinéa *b* dispose expressément que les parties du Protocole n° 14 appliquées provisoirement ne s'appliqueront pas à l'égard des parties n'ayant pas accepté cette application provisoire.

49. Alors que l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs et l'Accord de Madrid autorisent une application provisoire à tout moment avant l'entrée en vigueur, un certain nombre d'autres traités multilatéraux précisent le moment auquel l'application provisoire peut être notifiée. L'article 18 (application à titre provisoire) de la Convention sur les armes à sous-munitions prévoit ce qui suit :

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.

La même formule est employée à l'article 18 de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction. En conséquence, jusqu'à leur entrée en vigueur, la Convention sur les armes à sous-munitions et la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction ont été appliquées à titre provisoire par les États qui avaient fait une telle déclaration. La possibilité de notifier une application provisoire après l'entrée en vigueur a été exclue car une telle application ne peut être notifiée qu'au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion. Après l'entrée en vigueur, pareille notification serait sans effet parce que la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion ont pour conséquence que l'État devient partie à la convention avec effet immédiat.

50. Certains traités multilatéraux sont appliqués provisoirement sur le fondement d'une déclaration faite au moment de la signature. L'article 23 (application à titre provisoire) du Traité sur le commerce des armes dispose ainsi ce qui suit :

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.

Contrairement à ce que prévoient la Convention sur les armes à sous-munitions et la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, un État qui a signé le Traité sur le commerce des armes mais ne l'a pas encore ratifié, accepté ou approuvé ou n'y a pas encore adhéré continuera à appliquer provisoirement le Traité même si celui-ci est entré en vigueur pour les États qui ont notifié la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion. En conséquence, le Traité entrera en vigueur pour certains États, mais continuera à être appliqué provisoirement par d'autres. Dans ce contexte,

il convient de noter que presque tous les États qui ont déclaré une application provisoire du Traité l'ont fait lors du dépôt de leurs instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion<sup>60</sup>. Lorsque le Traité est entré en vigueur le 24 décembre 2014, tous les États qui avaient déclaré une application provisoire en vertu de l'article 23 avaient également déposé des instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

51. Les mécanismes institutionnels tels que les organisations internationales ont notamment pour caractéristique que l'application provisoire peut être le résultat de la décision d'un de leurs organes. Comme indiqué plus haut, l'Assemblée générale de l'OMT a adopté deux amendements à ses Statuts, qui ont été appliqués à titre provisoire<sup>61</sup>. Cette application provisoire a pris effet au moment de l'adoption de la résolution pertinente. L'adoption d'une résolution est le moyen le plus simple et direct de donner effet à l'application provisoire.

52. Les différentes manières dont l'application provisoire peut prendre effet sont bien illustrées par l'Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, dans lequel figurent plusieurs des conditions susmentionnées. L'article 7 (application à titre provisoire), paragraphe 1, se lit comme suit :

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.

Le texte introductif des alinéas indique une date précise pour la prise d'effet de l'application à titre provisoire. L'alinéa *a* est comparable à l'application à titre provisoire d'amendements par décision d'une organisation internationale, l'alinéa *b* prévoit une application à titre provisoire par signature, l'alinéa *c* permet une application à titre provisoire par notification du dépositaire, et l'alinéa *d* prévoit une application à titre provisoire par adhésion.

## B. Prise d'effet subordonnée à un événement

53. Si la prise d'effet de l'application à titre provisoire est pour l'essentiel déterminée par des clauses figurant dans le traité, elle peut aussi être subordonnée à l'existence de facteurs ou d'événements externes tels que l'adoption d'une loi ou d'un règlement ou l'entrée en vigueur d'un traité. C'est surtout dans les traités bilatéraux que l'on

<sup>60</sup> Les seules exceptions sont l'Espagne et la Serbie, qui ont notifié l'application provisoire du Traité sur le commerce des armes au moment de la signature, le 3 juin 2013 et le 12 août 2013, et ont déposé leurs instruments de ratification le 2 avril 2014 et le 5 décembre 2014, respectivement.

<sup>61</sup> Voir *supra* le chapitre I, section A.2.

recourt à de telles conditions, qui mettent en lumière le caractère souple de l'application provisoire.

### 1. TRAITÉS BILATÉRAUX

54. La prise d'effet de l'application à titre provisoire d'un traité bilatéral peut être subordonnée aux règles d'une organisation internationale dont les parties sont membres<sup>62</sup>. L'Accord sous forme d'échange de lettres relatif à la fiscalité des revenus de l'épargne et à son application à titre provisoire, entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni<sup>63</sup>, propose que

le Royaume des Pays-Bas et Guernesey appliquent cet Accord à titre provisoire, dans le cadre de [leurs] exigences constitutionnelles internes respectives, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005 ou de la date d'application de la Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, la date la plus tardive étant retenue.

La prise d'effet de l'application provisoire de l'Accord pourrait donc dépendre du droit des Communautés européennes.

55. La prise d'effet de l'application provisoire peut aussi être déterminée par un autre traité en vigueur entre les parties au traité qui est appliqué à titre provisoire. L'Échange de notes entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein concernant la répartition des produits de la taxe sur le CO<sub>2</sub> et le remboursement de la taxe sur le CO<sub>2</sub> aux entreprises relevant de la loi liechtensteinoise sur les échanges de droits<sup>64</sup> prévoit ce qui suit :

Cet accord est appliqué provisoirement à partir de la date de l'application provisoire du Traité du 29 janvier 2010 entre la Principauté de Liechtenstein et la Confédération suisse relatif aux taxes environnementales dans la Principauté de Liechtenstein et de l'Accord relatif au Traité. Il entre en vigueur en même temps que le Traité.

Le Traité entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein relatif aux taxes environnementales dans la Principauté de Liechtenstein<sup>65</sup>, du 29 janvier 2010, prévoit à l'article 5 qu'il «est appliqué à titre provisoire à partir du 1<sup>er</sup> février 2010». Dans le même ordre d'idées, dans l'Échange de notes constituant un accord entre le Royaume des Pays-Bas et la Suisse relatif aux privilèges et immunités des officiers de liaison suisses auprès d'Europol à La Haye<sup>66</sup>, il est prévu que l'accord

<sup>62</sup> Pour une définition de l'expression «règles de l'organisation», voir l'article 2, alinéa *b*, des articles sur la responsabilité des organisations internationales, 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<sup>e</sup> partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88.

<sup>63</sup> Accord sous forme d'échange de lettres relatif à la fiscalité des revenus de l'épargne et à son application à titre provisoire, entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni (Bruxelles et Saint-Pierre-Port, 19 novembre 2004), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2865, n° 50061, p. 73. Les Pays-Bas ont repris cette formulation dans plusieurs autres accords.

<sup>64</sup> Échange de notes entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein concernant la répartition des produits de la taxe sur le CO<sub>2</sub> et le remboursement de la taxe sur le CO<sub>2</sub> aux entreprises relevant de la loi liechtensteinoise sur les échanges de droits (Berne, 29 janvier 2010), *ibid.*, vol. 2763, n° 48680, p. 274.

<sup>65</sup> Traité entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein relatif aux taxes environnementales dans la Principauté de Liechtenstein (Berne, 29 janvier 2010), *ibid.*, vol. 2761, n° 48680, p. 23.

<sup>66</sup> Échange de notes constituant un accord entre le Royaume des Pays-Bas et la Suisse relatif aux privilèges et immunités des officiers de liaison suisses auprès d'Europol à La Haye (La Haye, 11 janvier et 19 avril 2006), *ibid.*, vol. 2967, n° 51575, p. 15.

« s'appliquera provisoirement à partir de la date de réception de ladite réponse affirmative par l'ambassade, mais pas avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord entre la Confédération suisse et l'Office européen de police du 24 septembre 2004 ».

## 2. TRAITÉS MULTILATÉRAUX

56. La prise d'effet de l'application des traités multilatéraux n'est en général pas subordonnée au fait qu'un événement particulier se produit. Les accords sur les produits de base, qui prévoient généralement des conditions à plusieurs dimensions pour l'entrée en vigueur à titre provisoire et/ou définitif, constituent une exception. L'article 42, paragraphe 3, de l'Accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table prévoit ce qui suit :

Si, au 1<sup>er</sup> janvier 2006, les conditions d'entrée en vigueur prévues au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 du présent article ne sont pas remplies, le dépositaire invitera les gouvernements qui auront signé définitivement le présent Accord ou l'auront ratifié, accepté ou approuvé, ou qui auront notifié au dépositaire qu'ils l'appliqueront à titre provisoire, à décider si le présent Accord entrera en vigueur entre eux à titre provisoire ou définitif, en totalité ou en partie, à la date qu'ils pourront fixer.

On trouve des clauses similaires dans d'autres accords sur les produits de base. Ces clauses peuvent prévoir que l'entrée en vigueur à titre provisoire dépend de la décision des gouvernements concernés.

57. Certains accords sur les produits de base sont subordonnés l'un à l'autre. L'article XXIV (entrée en vigueur) de la Convention relative à l'aide alimentaire de 1999 prévoit que cette convention entrera en vigueur à titre provisoire ou définitif sous réserve que la Convention sur le commerce des céréales de 1995 soit en vigueur.

## CHAPITRE III

### Portée de l'application provisoire

58. Un nombre non négligeable de traités ou d'accords distincts sur l'application provisoire restreignent la portée de cette application. La portée de l'application provisoire peut être limitée par des dispositions expresses sur l'application à titre provisoire d'une partie du traité, ou par des références au droit interne des parties ou au droit international. Les traités bilatéraux comme les traités multilatéraux prévoient de telles limitations. Cependant, on trouve des clauses relatives à l'application provisoire d'une partie du traité plus souvent dans des traités multilatéraux que dans des traités bilatéraux. La portée de l'application provisoire des traités bilatéraux est plus souvent limitée par référence au droit interne ou au droit international.

#### A. Clauses relatives à l'application provisoire d'une partie du traité

59. L'article 25, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969 prévoit la possibilité d'une application provisoire d'une partie du traité, ce qui confirme que les États ou organisations internationales ayant participé à la négociation peuvent limiter la mesure dans laquelle le traité est appliqué à titre provisoire. On trouve des clauses relatives à l'application provisoire d'une partie du traité tant dans les traités bilatéraux que dans les traités multilatéraux. L'application provisoire d'une partie d'un traité est prescrite de deux façons : *a*) en identifiant expressément la ou les dispositions qui doivent être appliquées à titre provisoire ; ou *b*) en précisant la ou les dispositions qui ne peuvent pas être appliquées à titre provisoire.

#### 1. TRAITÉS BILATÉRAUX

60. Un certain nombre de traités bilatéraux pris en considération dans la présente étude permettent une application à titre provisoire d'une partie seulement de leurs dispositions. L'Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la Principauté de Monaco sur le paiement des prestations sociales néerlandaises à Monaco<sup>67</sup> précise quel article doit

être appliqué à titre provisoire. L'article 13, paragraphe 2, énonce ce qui suit :

Le présent Accord entrera en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suivra la date de la dernière notification étant entendu que les Pays-Bas appliqueront l'article 4 provisoirement à partir du premier jour du deuxième mois suivant la date de la signature.

61. Au contraire, l'Accord entre le Gouvernement fédéral autrichien et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne concernant la coopération des autorités policières et des administrations douanières dans la région frontalière<sup>68</sup> précise quel article ne doit pas être appliqué à titre provisoire. Comme il est indiqué à l'article 18 :

1) Le présent Accord, à l'exception du paragraphe 1 de l'article 11, entrera en vigueur à titre temporaire à partir du premier jour du deuxième mois après que les Parties contractantes se seront mutuellement notifié que les conditions internes régissant l'entrée en vigueur de l'Accord, à l'exception du paragraphe 1 de l'article 11, ont été remplies.

2) Le présent Accord entrera en vigueur le premier jour du deuxième mois après que les Parties contractantes se seront mutuellement notifié que les conditions internes régissant l'entrée en vigueur de l'Accord, y compris le paragraphe 1 de l'article 11, ont été remplies.

62. Parmi les traités bilatéraux appliqués à titre provisoire par accord distinct, l'Accord de coopération technique entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Croatie susmentionné prévoit, à l'article 5, une application à titre provisoire de l'« Accord entre la République de Croatie et le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) du 12 mars 1996, à l'exception des dispositions spéciales de l'article 9 ». Comme il est indiqué plus haut (par. 30), l'Accord entre la Croatie et le PNUD a été signé pour la Croatie le 12 mars 1996, mais n'est jamais entré en vigueur. La Croatie et l'Allemagne sont convenues de l'appliquer à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur.

<sup>67</sup> Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la Principauté de Monaco sur le paiement des prestations sociales néerlandaises à Monaco (Monaco, 29 novembre 2001), *ibid.*, vol. 2205, n° 39160, p. 541.

<sup>68</sup> Accord entre le Gouvernement fédéral autrichien et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne concernant la coopération des autorités policières et des administrations douanières dans la région frontalière (Vienne, 16 décembre 1997), *ibid.*, vol. 2170, n° 38115, p. 573.

## 2. TRAITÉS MULTILATÉRAUX

63. Plusieurs traités multilatéraux pris en considération dans la présente étude prévoient la possibilité d'une application provisoire d'une partie de l'accord. Comme les traités bilatéraux, les traités multilatéraux indiquent quelles dispositions doivent être appliquées à titre provisoire, ou au contraire quelles dispositions ne doivent pas l'être.

64. La Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction prévoit ce qui suit en son 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.

On trouve à l'article 1, paragraphe 1, de la Convention un certain nombre d'obligations générales concernant l'emploi, la production, l'acquisition et le transfert de mines antipersonnel ou l'assistance à ces activités interdites. L'article 18 de la Convention sur les armes à sous-munitions et l'article 23 du Traité sur le commerce des armes contiennent des dispositions rédigées de manière similaire sur l'application à titre provisoire de l'article 1 de la Convention sur les armes à sous-munitions et des articles 6 et 7 du Traité sur le commerce des armes. À l'instar de l'article 1 de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, l'article 1 de la Convention sur les armes à sous-munitions traite des obligations générales faites aux parties de ne jamais employer, mettre au point, produire, acquérir, stocker, conserver ou transférer des armes à sous-munitions ou prêter assistance à des personnes menant des activités interdites par la Convention. L'article 6 du Traité sur le commerce des armes porte sur l'interdiction faite aux États parties de n'autoriser aucun transfert d'armes classiques visées par le Traité, et l'article 7, sur l'exportation et l'évaluation des demandes d'exportation en ce qui concerne les armes dont l'exportation n'est pas interdite par le Traité.

65. Le Document ayant fait l'objet d'un accord entre les États Parties au Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe prévoit ce qui suit dans sa section VI, paragraphe 1 :

Le présent Document entre en vigueur dès que le dépositaire reçoit de tous les États Parties une notification confirmant leur approbation. Les paragraphes 2 et 3 de la section II et les sections IV et V du présent Document sont ainsi provisoirement appliqués à compter du 31 mai 1996 jusqu'au 15 décembre 1996.

Outre cette clause générale sur l'application provisoire, les différentes parties dont il est décidé qu'elles seront appliquées à titre provisoire font référence aux mesures à prendre « dès l'application provisoire » du Document.

66. L'Accord de Madrid est un autre exemple d'application à titre provisoire d'une partie d'un traité. Bien que le titre de cet accord indique déjà qu'il porte sur l'application provisoire d'une partie du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme, l'alinéa a précise que

les parties pertinentes du Protocole n° 14 sont l'article 4 (le deuxième paragraphe ajouté à l'article 24 de la Convention), l'article 6 (dans la mesure où il concerne la formation du juge unique), l'article 7 (dispositions sur la compétence des juges uniques) et l'article 8 (dispositions sur la compétence des comités), appliquées conjointement.

L'Accord de Madrid prévoit en outre que « les parties susmentionnées du Protocole n° 14 s'appliqueront aux requêtes individuelles introduites contre [la Haute Partie Contractante], y compris celles pendantes devant la Cour à cette même date ». Il dispose également que ces parties du Protocole ne s'appliqueront pas à une requête individuelle introduite contre deux hautes parties contractantes ou plus, à moins que le Protocole n° 14 *bis* soit en vigueur ou appliqué provisoirement à l'égard de toutes ces parties. Le Protocole n° 14 *bis* portait sur des amendements aux articles 25 (greffe, référendaires et rapporteurs), 27 (formations de juge unique, comités, chambres et Grande Chambre) et 28 (compétence des juges uniques et des comités).

67. Le Protocole sur l'application provisoire du Traité révisé de Chaguaramas prévoit expressément quelles dispositions du Traité ne doivent pas être appliquées à titre provisoire. L'article I est libellé comme suit :

Les États parties au présent Protocole ont accepté d'appliquer provisoirement le Traité révisé de Chaguaramas, signé à Nassau, les Bahamas, le 5 juillet 2001, exceptés les articles 211 à 222 relatifs à la Cour de justice des Caraïbes, en attendant son entrée en vigueur définitive conformément à l'article 234.

68. L'Accord de partenariat économique stratégique transpacifique fournit un exemple d'application provisoire d'une partie du traité qui s'applique uniquement à une partie à l'Accord. L'article 20.5 (Brunéi Darussalam) de l'Accord dispose ce qui suit :

1. En vertu des paragraphes 2 à 6, le présent Accord sera appliqué provisoirement pour le Brunéi Darussalam à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 ou trente jours après le dépôt d'un instrument d'application provisoire du présent Accord, la date la plus récente étant retenue.

2. L'application provisoire visée au paragraphe 1 ne s'applique pas au chapitre 11 (Marchés publics) ni au chapitre 12 (Commerce des services).

Alors que le Brunéi Darussalam a notifié son application provisoire en vertu de l'article 20.5 de l'Accord le 10 juillet 2006, les autres parties à l'Accord – le Chili, la Nouvelle-Zélande et Singapour – ont ratifié l'Accord conformément à l'article 20.4 relatif à l'« entrée en vigueur ». Cette situation est comparable à celle des traités qui sont entrés en vigueur pour certaines parties mais continuent d'être appliqués à titre provisoire par d'autres.

69. Les accords sur les produits de base ne prévoient a priori pas l'application à titre provisoire d'une partie de leurs dispositions. Toutefois, si l'accord n'est pas entré en vigueur à une certaine date, certains instruments donnent aux gouvernements la possibilité de « décider si le présent Accord entrera en vigueur entre eux à titre provisoire ou définitif, *en totalité ou en partie*\*, à la date qu'ils pourront fixer<sup>69</sup> ». Une telle décision peut donc donner lieu à l'entrée en vigueur provisoire d'une partie seulement de l'accord.

<sup>69</sup> Article 42, paragraphe 3, de l'Accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table.

## B. Référence au droit interne ou aux règles de l'organisation

70. En sus de clauses expresses sur l'application à titre provisoire d'une partie du traité, la portée de l'application provisoire peut également être restreinte par des références au droit interne des parties ou aux règles d'une organisation internationale qui est partie à l'accord en question. De telles restrictions sont plus vagues que les clauses relatives à l'application provisoire d'une partie du traité, qui distinguent en général des dispositions particulières. Elles sont plus fréquentes dans les traités bilatéraux que dans les traités multilatéraux.

### 1. TRAITÉS BILATÉRAUX

71. De nombreux traités bilatéraux subordonnent l'étendue de l'application à titre provisoire au droit interne des parties à l'accord, ce qui peut donner lieu à l'application à titre provisoire d'une partie seulement de l'accord. Cela est évident dans la formulation ci-après, figurant dans l'Accord entre le Royaume d'Espagne et la République d'El Salvador relatif aux transports aériens<sup>70</sup>, dont l'article XXIV, paragraphe 1, dispose ce qui suit :

Les Parties contractantes appliquent, à titre provisoire, les dispositions du présent Accord, dès sa signature, *pour autant\** qu'il ne contrevienne pas à la législation de l'une ou l'autre des Parties.

Une telle clause restrictive peut être interprétée comme n'obligeant pas les parties à adopter de nouvelles lois pour mettre en œuvre le traité en attendant son entrée en vigueur.

72. Les traités bilatéraux renvoient au droit interne de diverses manières. La Convention entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne relative aux conditions générales pour le 1 Corps (germano-néerlandais) et pour les unités et les établissements connexes du Corps<sup>71</sup> fait référence, à l'article 15, paragraphe 2, à l'application provisoire « conformément à la législation nationale de la Partie contractante concernée ». L'Accord entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume d'Espagne relatif à la coopération scientifique et technologique en matière de sécurité intérieure<sup>72</sup> prévoit, à l'article 21, paragraphe 1, l'application provisoire « par les deux Parties, conformément à leur législation nationale ». L'Accord germano-suisse sur le séjour de forces armées<sup>73</sup> indique qu'il sera appliqué à titre provisoire « conformément au

<sup>70</sup> Accord entre le Royaume d'Espagne et la République d'El Salvador relatif aux transports aériens (Madrid, 10 mars 1997), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2023, n° 34927, p. 341.

<sup>71</sup> Convention entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne relative aux conditions générales pour le 1 Corps (germano-néerlandais) et pour les unités et les établissements connexes du Corps (Bergen, 6 octobre 1997), *ibid.*, vol. 2332, n° 41811, p. 213.

<sup>72</sup> Accord entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume d'Espagne relatif à la coopération scientifique et technologique en matière de sécurité intérieure (Madrid, 30 juin 2011), *ibid.*, vol. 2951, n° 51275, p. 3.

<sup>73</sup> Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne concernant le séjour temporaire de membres des forces armées de la Confédération suisse et de membres des forces armées de la République fédérale d'Allemagne sur le territoire national de l'autre État, aux fins de participation à des projets d'exercices et d'instruction ainsi que de leur réalisation (Accord germano-suisse sur le séjour de forces armées) [Berne, 7 juin 2010], *ibid.*, vol. 2715, n° 48086, p. 247.

droit interne de chaque État» (art. 13, par. 1). L'Accord de coopération technique et financière entre le Gouvernement du Royaume du Danemark et le Gouvernement de l'Ukraine<sup>74</sup> envisage, à l'article X, paragraphe 2, la possibilité d'une application à titre provisoire de l'Accord « dans la mesure où il n'est pas en contradiction avec la législation existante de l'une ou l'autre Partie ». De plus, l'Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Conseil des ministres de Serbie-et-Monténégro relatif à la coopération technique<sup>75</sup> dispose que l'Accord est appliqué provisoirement « dans le respect du droit national concerné » (art. 7, par. 3). Il est intéressant de noter que l'Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République du Kazakhstan relatif au transit de matériel de défense et de personnel à travers le territoire de la République du Kazakhstan au sujet des contributions des Forces armées de la République fédérale d'Allemagne vers la stabilisation et la reconstruction de la République islamique d'Afghanistan<sup>76</sup> dispose qu'il sera d'application provisoire « conformément aux dispositions légales en vigueur en République du Kazakhstan » (art. 12, par. 2), c'est-à-dire d'une des parties seulement.

73. Le plus souvent, il est fait référence au droit interne en général. Le droit constitutionnel n'est dans la plupart des cas pas mentionné expressément. Cette observation est importante, car certaines constitutions pourraient interdire l'application provisoire. Seuls quelques accords entre les Pays-Bas et d'autres États relatifs à la fiscalité des revenus de l'épargne contiennent de telles références. Dans leur Accord sous forme d'échange de lettres relatif à la fiscalité des revenus de l'épargne et à son application à titre provisoire avec le Royaume-Uni à l'égard de Jersey, par exemple, les Pays-Bas ont proposé que « le Royaume des Pays-Bas et Jersey appliquent cet accord à titre provisoire, dans le cadre de [leurs] exigences constitutionnelles internes respectives<sup>77</sup> ».

74. Les accords de siège conclus entre les organisations internationales et les États peuvent aussi contenir des références aux règles de l'organisation concernée de manière plus générale. Après avoir prévu une application à titre provisoire en son article XVII, paragraphe 1, l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies (Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés) et l'Ukraine relatif à l'établissement d'une délégation du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés en Ukraine indique au paragraphe 3 de la même disposition que

<sup>74</sup> Accord de coopération technique et financière entre le Gouvernement du Royaume du Danemark et le Gouvernement de l'Ukraine (Copenhague, 9 novembre 2006), *ibid.*, vol. 2538, n° 45251, p. 89.

<sup>75</sup> Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Conseil des ministres de Serbie-et-Monténégro relatif à la coopération technique (Belgrade, 13 octobre 2004), *ibid.*, vol. 2424, n° 43752, p. 167.

<sup>76</sup> Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République du Kazakhstan relatif au transit de matériel de défense et de personnel à travers le territoire de la République du Kazakhstan au sujet des contributions des Forces armées de la République fédérale d'Allemagne vers la stabilisation et la reconstruction de la République islamique d'Afghanistan (Berlin, 1<sup>er</sup> février 2007), *ibid.*, vol. 2531, n° 45187, p. 83.

<sup>77</sup> Accord sous forme d'échange de lettres relatif à la fiscalité des revenus de l'épargne et à son application à titre provisoire (Bruxelles et Saint-Hélier, 19 novembre 2004), *ibid.*, vol. 2865, n° 50062, p. 115.



[t]oute question pour laquelle aucune disposition n'est prévue dans le présent Accord sera réglée par les Parties conformément aux résolutions et décisions pertinentes des organes compétents de l'Organisation des Nations Unies.

On retrouve les mêmes dispositions dans un certain nombre d'autres accords conclus entre le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, le PNUD et l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel et les États hôtes respectifs. Ces clauses n'ont pas trait spécifiquement à l'application provisoire, mais peuvent être pertinentes lorsque des questions concernant l'applicabilité de l'accord se posent.

## 2. TRAITÉS MULTILATÉRAUX

75. Un certain nombre de traités multilatéraux font référence au droit interne des parties au traité. L'Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer constitue un exemple à cet égard. L'article 7, paragraphe 2, stipule ainsi ce qui suit :

Tous ces États et entités appliquent l'Accord à titre provisoire conformément à leurs lois et règlements nationaux ou internes à compter du 16 novembre 1994 ou de la date, si celle-ci est postérieure, de la signature, de la notification, du consentement ou de l'adhésion.

On trouve le même type de référence notamment dans l'Accord sur les forces collectives de réaction rapide de l'Organisation du Traité de sécurité collective, lequel « sera appliqué provisoirement à partir de la date de sa signature, à la condition qu'il ne soit pas contraire à la législation nationale des Parties » (art. 17).

76. L'Accord de partenariat économique stratégique transpacifique dispose, en son article 20.5, paragraphe 3, relatif à l'application à titre provisoire de l'Accord par le Brunéi Darussalam, ce qui suit :

Les obligations visées au chapitre 9 (Politique de concurrence) seront uniquement applicables au Brunéi Darussalam *s'il prévoit une loi relative à la concurrence et établit une autorité de concurrence\**. Nonobstant la disposition susmentionnée, le Brunéi Darussalam sera tenu de se conformer aux principes de l'[Association de coopération économique Asie-Pacifique] visant à favoriser la réforme de la politique et du droit de la concurrence.

Cette obligation de subordonner l'application provisoire d'une partie de l'Accord à l'adoption d'une politique de concurrence et à l'établissement d'une autorité de concurrence est intéressante parce que les références au droit interne sont généralement destinées à dispenser les parties d'adopter une législation relative à l'application lorsque le traité entre en vigueur.

77. Les références au droit interne des parties sont courantes dans les accords sur les produits de base. L'article 26 (application à titre provisoire) de la Convention sur le commerce des céréales de 1995 prévoit ainsi ceci : « 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. » On trouve des formulations similaires à l'article XXII *c* (signature et ratification) et à l'article XXIII *c* (adhésion) de la Convention relative à l'aide alimentaire de 1999, à l'article 40 (entrée en vigueur), paragraphes 2 et 3, de l'Accord international de 1994 sur le café, à l'article 38 (notification d'application à titre provisoire) de l'Accord international de 2006 sur les bois tropicaux, et à l'article 45 (entrée en vigueur) de l'Accord international de 2001 sur le café.

78. Certains accords sur les produits de base font aussi référence aux procédures constitutionnelles. L'Accord international de 1994 sur le caoutchouc naturel prévoit, en son article 60 (notification d'application à titre provisoire), paragraphe 2, qu'« 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 ». On trouve des libellés similaires à l'article 55 (notification d'application à titre provisoire), paragraphe 1, de l'Accord international de 1993 sur le cacao, à l'article 57 (notification d'application à titre provisoire), paragraphe 1, de l'Accord international de 2001 sur le cacao, et à l'article 56 (notification d'application à titre provisoire), paragraphe 1, de l'Accord international sur le cacao de 2010.

## CHAPITRE IV

### Fin de l'application provisoire

79. Comme cela ressort implicitement de l'article 25, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969, l'application provisoire d'un traité prend fin avec l'entrée en vigueur de celui-ci. L'article 25, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969 prévoit en outre deux moyens de mettre fin à l'application provisoire d'un traité : *a*) la notification par un État de son intention de ne pas devenir partie au traité ; et *b*) tout autre accord entre les États ayant participé à la négociation. Tandis que l'option *a* permet à un État de mettre fin à l'application provisoire d'un traité de sa propre initiative (et à tout moment), l'option *b* suppose une forme d'accord entre les États ayant participé à la négociation.

80. S'agissant de ces deux moyens possibles, il importe de faire la distinction entre la fin de l'application à titre

provisoire pour un État déterminé et la fin de l'application provisoire du traité. Tandis que dans un contexte bilatéral, la notification – l'option *a* – met fin à l'application provisoire du traité, dans un contexte multilatéral, cette notification met fin à l'application provisoire à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui en est à l'origine. En fonction de la forme d'accord conclu entre les États ayant participé à la négociation en ce qui concerne la fin de l'application provisoire, il est possible de faire une observation comparable à propos de l'option *b*, comme cela sera examiné ci-après.

#### A. Cessation par notification

81. Peu de traités visent la possibilité de mettre fin à l'application provisoire au moyen d'une notification

conformément à l'article 25, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969. On peut donc tenter de savoir si d'autres clauses pertinentes seraient applicables à la cessation de l'application provisoire. Cela présente d'autant plus d'intérêt que l'application provisoire des traités tant bilatéraux que multilatéraux pourrait avoir des conséquences importantes sur les mesures prises pour mettre en œuvre le traité durant l'application provisoire, comme le lancement de projets de coopération ou l'établissement d'arrangements institutionnels.

## 1. TRAITÉS BILATÉRAUX

82. Quelques-uns des traités bilatéraux analysés contiennent des dispositions expresses sur la cessation de l'application provisoire par une notification. Le Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas relatif à la mise en œuvre de contrôles de la circulation aérienne par la République fédérale d'Allemagne au-dessus du territoire néerlandais et relatif à l'impact des opérations civiles de l'aéroport Niederrhein sur le territoire du Royaume des Pays-Bas<sup>78</sup> contient une disposition qui correspond au libellé de la Convention de Vienne de 1969. L'article pertinent (art. 16, par. 3) se lit comme suit :

Le présent Traité sera appliqué à titre provisoire avec effet au 1<sup>er</sup> mai 2003. Il sera mis fin à son application provisoire si l'une des Parties contractantes déclare son intention de ne pas devenir une Partie contractante.

L'Accord entre l'Espagne et le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures<sup>79</sup> contient la disposition suivante :

L'application provisoire du présent Accord prendra fin si l'Espagne, par l'entremise de son Ambassadeur à Londres, notifie au Fonds, avant le 11 mai 2001, que toutes les formalités susmentionnées [exigées par le droit espagnol pour la conclusion de l'Accord] ont été accomplies ou l'informe avant cette date, par l'entremise de son Ambassadeur à Londres, que lesdites formalités ne seront pas accomplies.

L'Accord de coopération entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République des Îles Marshall relatif à la répression de la prolifération par mer des armes de destruction massive, de leurs vecteurs et des matériels connexes<sup>80</sup> contient le libellé suivant à l'article 17 :

2. Application provisoire. Les Parties appliquent provisoirement le présent Accord dès la date de sa signature. Chaque Partie peut à tout moment suspendre l'application provisoire du présent Accord. Chaque Partie informe immédiatement l'autre de toute contrainte ou limitation de l'application provisoire du présent Accord et de tout changement de ces contraintes ou limitations, et ce, dès la suspension de l'application provisoire.

<sup>78</sup> Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Royaume des Pays-Bas relatif à la mise en œuvre de contrôles de la circulation aérienne par la République fédérale d'Allemagne au-dessus du territoire néerlandais et relatif à l'impact des opérations civiles de l'aéroport Niederrhein sur le territoire du Royaume des Pays-Bas (Berlin, 29 avril 2003), *ibid.*, vol. 2389, n° 43165, p. 117.

<sup>79</sup> Accord entre l'Espagne et le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Londres, 2 juin 2000), *ibid.*, vol. 2161, n° 37756, p. 45.

<sup>80</sup> Accord de coopération entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République des Îles Marshall relatif à la répression de la prolifération par mer des armes de destruction massive, de leurs vecteurs et des matériels connexes (Honolulu, 13 août 2004), *ibid.*, vol. 2962, n° 51490, p. 339.

3. Dénonciation. Le présent Accord peut être dénoncé par l'une ou l'autre Partie par notification adressée à l'autre Partie par la voie diplomatique. La dénonciation prend effet un an après la date de cette notification.

Conformément au paragraphe 2, l'application provisoire peut être « suspendue » à tout moment par une notification. Par contre, la dénonciation de l'accord prendrait effet un an seulement après la date de la notification requise.

83. L'approche adoptée dans l'accord conclu entre les États-Unis et les Îles Marshall est conforme à l'article 25, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969. Cependant, la suspension immédiate pourrait entraîner des conséquences préjudiciables, puisque la mise en œuvre de l'accord pourrait avoir déjà commencé. S'agissant de la fin de l'application provisoire par une notification, l'Accord de coopération scientifique et technologique entre la Communauté européenne et le Royaume hachémite de Jordanie<sup>81</sup> prévoit, en son article 7, ce qui suit :

2. Le présent accord entre en vigueur lorsque les parties se seront notifiées l'aboutissement des procédures internes nécessaires à sa conclusion. En attendant qu'elles aient mené à terme lesdites procédures, les parties appliquent le présent accord à titre provisoire dès sa signature. *Il est mutuellement convenu qu'au cas où une partie notifierait à l'autre partie qu'elle n'entend pas conclure l'accord, les projets et activités lancés pendant cette durée d'application provisoire et toujours en cours au moment de la notification susvisée sont poursuivis jusqu'à leur achèvement dans les conditions énoncées dans le présent accord\*.*

3. Chacune des parties peut dénoncer le présent accord à tout moment, moyennant un préavis de six mois. Les projets et les activités en cours au moment de la dénonciation du présent accord sont poursuivis jusqu'à leur achèvement dans les conditions énoncées dans le présent accord.

4. Le présent accord demeure en vigueur après la période initiale jusqu'à ce que l'une des parties notifie [à] l'autre par écrit [...] son intention de le dénoncer. Dans ce cas, le présent accord cesse d'être en vigueur six mois après la réception de cette notification.

Un nombre considérable de traités bilatéraux visés dans la présente étude portent sur la coopération scientifique, technologique ou économique, ou sur d'autres domaines liés à des arrangements institutionnels. Le fait que des effets très importants peuvent découler de l'application provisoire de tels traités soulève la question des relations entre les conditions figurant dans les clauses de dénonciation ordinaires et la possibilité de mettre fin à l'application provisoire au moyen de la notification prévue par l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969.

84. Une période d'application provisoire devrait peut-être aussi être prise en considération lors de l'application d'une clause énonçant les conditions de dénonciation du traité en tant que tel. L'Accord entre le Royaume d'Espagne et l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord représentée par le Grand Quartier général des Puissances alliées en Europe sur les conditions spéciales applicables à l'établissement et au fonctionnement sur le territoire espagnol de quartiers généraux militaires internationaux<sup>82</sup>,

<sup>81</sup> Accord de coopération scientifique et technologique entre la Communauté européenne et le Royaume hachémite de Jordanie (Bruxelles, 30 novembre 2009), *ibid.*, vol. 2907, n° 50651, p. 51.

<sup>82</sup> Accord entre le Royaume d'Espagne et l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord représentée par le Grand Quartier général des Puissances alliées en Europe sur les conditions spéciales applicables à l'établissement et au fonctionnement sur le territoire espagnol de quartiers généraux militaires internationaux (Madrid, 28 février 2000), *ibid.*, vol. 2156, n° 37662, p. 139.

dont l'article 25, paragraphe 1, prévoit qu'il s'appliquera provisoirement, énoncé au paragraphe 3 du même article ce qui suit :

Le présent Accord complémentaire pourra être dénoncé par l'une ou l'autre des Parties contractantes après deux ans et cessera d'être en vigueur un an après réception de la notification par l'autre Partie.

La question qui se pose est celle de savoir si la durée de l'application provisoire est comprise dans la période de deux ans visée dans ce paragraphe.

## 2. TRAITÉS MULTILATÉRAUX

85. S'agissant des traités multilatéraux, l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs comporte une disposition autorisant la cessation par voie de notification inspirée du libellé de l'article 25, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969. L'article 41, paragraphe 2, se lit ainsi :

L'application provisoire par un État ou une entité prend fin à la date de l'entrée en vigueur du présent Accord à l'égard de cet État ou cette entité ou lorsque ledit État ou ladite entité notifie par écrit au dépositaire son intention de mettre fin à l'application provisoire.

Aucune des parties à l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs n'a utilisé la possibilité d'appliquer l'Accord à titre provisoire en vertu de l'article 41, paragraphe 1.

86. Vu que peu de traités multilatéraux prévoient expressément la cessation de l'application provisoire par une notification, on peut se demander si des dispositions autorisant les parties à se retirer d'accords multilatéraux pourraient être pertinentes. La pratique relative aux accords sur les produits de base montre qu'il est possible de mettre fin à l'application provisoire par un retrait de l'accord. L'article 44 de l'Accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table se lit ainsi :

1. Tout Membre peut se retirer du présent Accord à tout moment après l'entrée en vigueur de celui-ci, en notifiant son retrait par écrit au dépositaire. Ce Membre informe simultanément le Conseil oléicole international, par écrit, de la décision qu'il a prise.

2. Le retrait effectué en vertu du présent article prend effet quatre-vingt-dix jours après que le dépositaire en a reçu notification.

L'Accord est entré en vigueur à titre provisoire le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et à titre définitif le 25 mai 2007, conformément à l'article 42. Après son entrée en vigueur, deux États (la Serbie et la République arabe syrienne) ont dénoncé l'Accord<sup>83</sup>. Lorsqu'ils l'ont dénoncé, ces États avaient appliqué l'Accord à titre provisoire seulement.

<sup>83</sup> Ibid., vol. 2711, n° 47662, p. 328 (Serbie); et ibid., vol. 3072, n° 47662, p. 269 (République arabe syrienne).

87. Des considérations analogues à celles relatives aux accords sur les produits de base valent aussi pour les modifications appliquées provisoirement par des organisations internationales. Les modifications provisoires apportées à la règle 165 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale cesseront d'être en vigueur à l'égard d'un État qui se retire du Statut de Rome. Un retrait effectué conformément à l'article 127, paragraphe 1, du Statut de Rome prendrait effet un an après la date à laquelle la notification a été reçue, à moins que celle-ci prévoie une date postérieure, et mettrait fin à l'application à titre provisoire des modifications respectives<sup>84</sup>.

## B. Cessation par voie d'accord

88. L'article 25, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969 autorise les États et organisations internationales à mettre fin à l'application provisoire de leur propre initiative, mais il peut aussi être mis fin à l'application provisoire par l'accord des parties. Le plus souvent, l'application provisoire prend fin par l'entrée en vigueur du traité comme le prévoient les clauses finales de celui-ci (a). La cessation de l'application provisoire peut aussi b) dépendre de l'entrée en vigueur d'un traité autre que celui qui est appliqué à titre provisoire, c) intervenir à une date déterminée, d) résulter du remplacement d'un traité par un autre, ou e) résulter d'un accord visant à mettre fin au traité avant son entrée en vigueur. Dans le cas des traités multilatéraux, il est également envisageable que f) les membres d'une organisation internationale conviennent d'exclure un autre membre alors que l'instrument constitutif est encore appliqué à titre provisoire. Bien que l'entrée en vigueur repose en définitive sur un accord des États ou des organisations internationales ayant participé à la négociation, ce cas de figure peut être distingué des autres éventualités parce qu'il aboutira à la poursuite de l'application du traité.

### 1. TRAITÉS BILATÉRAUX

89. Comme cela est expressément prévu dans plusieurs traités bilatéraux, l'application à titre provisoire prend fin lors de l'entrée en vigueur du traité. L'Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Slovaquie concernant l'inclusion dans les réserves de l'Office slovaque des réserves minimum en pétrole et dérivés de pétrole slovène des provisions du pétrole et des dérivés de pétrole stocké en Allemagne pour la Slovaquie<sup>85</sup> se lit ainsi, à l'article 8 : « L'Accord s'applique provisoirement à partir de la date de signature jusqu'à son entrée en vigueur. » De même, l'Échange de notes constituant un accord entre le Royaume d'Espagne et la République de Colombie sur la gratuité de visas<sup>86</sup> comporte le passage suivant :

<sup>84</sup> Pour plus d'informations concernant les retraits du Statut de Rome, voir le site Web de la Collection des Traités, dans « Dépositaire », puis « État des traités », chap. XVIII (questions pénales), 10 (Statut de Rome de la Cour pénale internationale), à l'adresse <https://treaties.un.org>.

<sup>85</sup> Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République de Slovaquie concernant l'inclusion dans les réserves de l'Office slovaque des réserves minimum en pétrole et dérivés de pétrole slovène des provisions du pétrole et des dérivés de pétrole stocké en Allemagne pour la Slovaquie (Laibach, 18 décembre 2000), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, n° 38039, p. 287.

<sup>86</sup> Échange de notes constituant un accord entre le Royaume d'Espagne et la République de Colombie sur la gratuité de visas (Bogotá, 21 et 27 décembre 2001), ibid., vol. 2253, n° 20662, p. 328.

Pour l'Espagne, le présent Accord aura statut temporaire jusqu'à ce que l'Espagne indique par une note l'accomplissement de ses formalités internes. Pour la Colombie, l'entrée en vigueur du présent Accord n'exige aucune action supplémentaire, étant donné qu'il porte sur le maintien de l'application du contenu de l'échange de notes de 1961. Le présent Accord sera en vigueur pendant une durée indéfinie et peut être dénoncé par notification préalable de deux mois émanant de l'une ou l'autre des Parties contractantes.

90. La plupart des traités bilatéraux disposent que le traité s'applique à titre provisoire «en attendant son entrée en vigueur», «en attendant sa ratification», «en attendant l'accomplissement des formalités nécessaires à son entrée en vigueur», «en attendant l'aboutissement de ces procédures internes et l'entrée en vigueur de la présente Convention», «en attendant que les Gouvernements s'informent par écrit de l'accomplissement des formalités constitutionnelles requises dans leurs pays respectifs», «jusqu'à l'accomplissement de toutes les procédures mentionnées au paragraphe 1 du présent article» ou «jusqu'à son entrée en vigueur».

91. Si l'entrée en vigueur dépend généralement de l'accomplissement de certaines formalités prévues par le droit ou les règles internes des parties, elle pourrait aussi être subordonnée à des facteurs externes. Ainsi, l'entrée en vigueur et, partant, la fin de l'application provisoire pourraient dépendre de l'entrée en vigueur d'un accord autre que celui qui est appliqué à titre provisoire, ou d'un autre événement. L'Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Tribunal international du droit de la mer relatif à l'occupation et à l'utilisation des locaux du Tribunal international du droit de la mer dans la Ville libre et hanséatique de Hambourg<sup>87</sup> se lit ainsi, à l'article 11 :

1. Le présent Accord peut être amendé par voie d'accord entre le Gouvernement et le Tribunal, à tout moment sur demande de l'une des Parties.

2. Le présent Accord, une fois signé par les Parties, entre en vigueur le même jour que l'Accord de siège. Il est appliqué à titre provisoire à partir de la date de sa signature.

Le Mémoire d'accord entre le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement iraquien relatif à l'application de la résolution 986 (1995) du Conseil de sécurité<sup>88</sup> dispose, dans la section X, ce qui suit :

50. Une fois signé, le présent Mémoire entrera en vigueur le jour où prendront effet les paragraphes 1 et 2 de la résolution; il restera en vigueur jusqu'à l'expiration du délai de 180 jours visé au paragraphe 3 de la résolution.

51. En attendant l'entrée en vigueur du présent Mémoire, l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement iraquien lui reconnaissent des effets provisoires.

Les paragraphes 1 et 2 de la résolution 986 (1995) du Conseil de sécurité concernaient l'autorisation donnée aux États de permettre l'importation d'Iraq de pétrole et

de produits pétroliers. Dès que ces paragraphes ont pris effet, l'application à titre provisoire a donc pris fin.

92. Plusieurs traités bilatéraux prévoient également expressément ou implicitement la cessation de l'application provisoire indépendamment de l'entrée en vigueur de l'accord. Par exemple, l'application provisoire peut prendre fin si un traité qui est appliqué à titre provisoire est remplacé par un autre traité. L'Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la République de Croatie relatif aux services aériens<sup>89</sup>, appliqué à titre provisoire, prévoit à l'article 20 qu'«[e]n cas d'entrée en vigueur d'un traité multilatéral, reconnu par les deux Parties contractantes, concernant un des points qui font l'objet du présent Accord, les dispositions dudit traité ont préséance sur les dispositions correspondantes du présent Accord». S'il est vrai que l'Accord est entré en vigueur à titre définitif quelques mois après le début de l'application provisoire, l'article 20 envisage cependant un scénario possible, celui où le remplacement du traité pourrait mettre fin à son application provisoire. Il faut noter à cet égard que plusieurs accords relatifs aux services aériens qui comportent une clause sur l'application provisoire prévoient aussi que le remplacement du traité précède à lieu lorsque le nouveau traité entre en vigueur<sup>90</sup>. Il pourrait en résulter une situation dans laquelle le nouveau traité est appliqué à titre provisoire tandis que le traité précédent est encore en vigueur.

93. L'application provisoire pourrait être limitée à la durée d'un événement particulier. Dans l'Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Royaume d'Espagne concernant l'organisation de la Réunion du Groupe d'experts intitulée «Réalisation – participation civile de la société dans la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées», devant se tenir à Madrid, du 27 au 29 novembre 2007<sup>91</sup>, il était précisé que

[c]et accord continuerait de s'appliquer à titre provisoire, à moins qu'il ne soit déjà en vigueur, pendant la durée de la Réunion et toute période supplémentaire qui pourrait être nécessaire à l'achèvement de ses travaux et au règlement de toutes questions découlant de l'Accord.

Tout en réservant la possibilité que l'entrée en vigueur mette fin à l'application provisoire, l'Accord envisageait qu'il soit mis fin à celle-ci par le règlement de toute question qui y était visée.

## 2. TRAITÉS MULTILATÉRAUX

94. Plusieurs traités multilatéraux comportent des dispositions prévoyant la possibilité de mettre fin à l'application

<sup>89</sup> Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la République de Croatie relatif aux services aériens (Zagreb, 30 avril 1996), *ibid.*, vol. 1999, n° 34244, p. 267.

<sup>90</sup> Voir, par exemple, Accord entre le Royaume des Pays-Bas au titre des Antilles néerlandaises et les États-Unis d'Amérique relatif au transport aérien entre les Antilles néerlandaises et les États-Unis d'Amérique (Washington, 14 juillet 1998), *ibid.*, vol. 2066, n° 35760, p. 437.

<sup>91</sup> Échange de lettres constituant un accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Royaume d'Espagne concernant l'organisation de la Réunion du Groupe d'experts intitulée «Réalisation – participation civile de la société dans la mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées», devant se tenir à Madrid, du 27 au 29 novembre 2007 (New York, 15 et 23 novembre 2007), *ibid.*, vol. 2486, n° 44621, p. 5.

<sup>87</sup> Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Tribunal international du droit de la mer relatif à l'occupation et à l'utilisation des locaux du Tribunal international du droit de la mer dans la Ville libre et hanséatique de Hambourg (Berlin, 18 octobre 2000), *ibid.*, vol. 2464, n° 44268, p. 87.

<sup>88</sup> Mémoire d'accord entre le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement iraquien relatif à l'application de la résolution 986 (1995) du Conseil de sécurité (New York, 20 mai 1996), *ibid.*, vol. 1926, n° 32851, p. 9.

provisoire par un accord des parties de différentes manières. Comme dans le cas des traités bilatéraux, cet accord concerne généralement les conditions d'entrée en vigueur du traité multilatéral.

95. L'Accord de Madrid prévoit, à l'alinéa *d*, que «[c]ette déclaration [d'acceptation de l'application provisoire] cessera d'être effective au moment de l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 *bis* [à la Convention européenne des droits de l'homme] à l'égard de la Haute Partie Contractante concernée». Il est dit à l'article 6 du Protocole n° 14 *bis* que ce dernier entrera en vigueur lorsque «trois Hautes Parties contractantes à la Convention auront exprimé leur consentement à être liées par le Protocole conformément aux dispositions de l'article 5». Il est en outre indiqué à l'alinéa *e* de l'Accord de Madrid que «l'application provisoire des dispositions du Protocole n° 14 mentionnées ci-dessus prendra fin dès l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 ou si les Hautes Parties contractantes en conviennent ainsi d'une autre manière». Selon l'article 19 du Protocole n° 14, l'entrée en vigueur de celui-ci interviendra lorsque «toutes les Parties à la Convention auront exprimé leur consentement à être liées par le Protocole, conformément aux dispositions de l'article 18». Étant donné que le Protocole n° 14 *bis* subordonnait son entrée en vigueur à une condition moins stricte, c'est l'entrée en vigueur dudit Protocole n° 14 *bis* qui a mis fin à l'application provisoire du Protocole n° 14 conformément à l'Accord de Madrid. À ce moment-là, l'Ukraine avait fait une déclaration d'acceptation de l'application provisoire sans exprimer son consentement à être liée. La question est donc de savoir si l'accord continuait de s'appliquer provisoirement à l'égard de l'Ukraine à la suite de l'entrée en vigueur susvisée. Le Protocole n° 14 *bis* a lui-même cessé d'être en vigueur ou d'être appliqué à titre provisoire dès le 1<sup>er</sup> juin 2010, date de l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 à la Convention.

96. À l'instar de l'Accord de Madrid, l'Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoit ce qui suit, à l'article 7, paragraphe 3 :

L'application à titre provisoire du présent Accord cessera le jour où celui-ci entrera en vigueur. Dans tous les cas, l'application à titre provisoire prendra fin le 16 novembre 1998 si à cette date la condition énoncée à l'article 6, paragraphe 1, selon laquelle au moins sept des États visés au paragraphe 1, lettre *a* de la résolution II (dont au moins cinq doivent être des États développés) doivent avoir établi leur consentement à être liés par le présent Accord, n'est pas satisfaite.

En vertu de cette clause, l'application provisoire peut prendre fin lorsque l'Accord entre en vigueur dans les conditions énoncées à l'article 6 de celui-ci, c'est-à-dire lorsque 40 États au moins auront établi leur consentement à être liés conformément aux articles 4 et 5. L'Accord est entré en vigueur à titre définitif le 28 juillet 1996. À cette date, plusieurs États appliquaient l'Accord à titre provisoire sans avoir exprimé leur consentement à être liés. Comme dans le cas de l'application provisoire du Protocole n° 14 *bis* par l'Ukraine, on peut se demander si l'Accord continuait d'être appliqué à titre provisoire par ces États jusqu'à ce qu'ils aient établi leur consentement à être liés. Le fait que l'article 7, paragraphe 3, dispose également que l'application à titre provisoire prendrait

fin le 16 novembre 1998 conduirait à se prononcer contre cette hypothèse. Cela est également confirmé par le paragraphe 12 *b* de l'annexe à l'Accord, relative aux coûts pour les États parties et aux arrangements institutionnels, où il est dit ceci :

Lors de l'entrée en vigueur du présent Accord, les États et entités visés à l'article 3 dudit Accord qui l'appliqueraient à titre provisoire conformément à l'article 7 et vis-à-vis desquels il n'est pas en vigueur peuvent demeurer membres de l'Autorité à titre provisoire jusqu'à l'entrée en vigueur de l'Accord à leur égard, conformément aux alinéas suivants.

Il est ensuite dit à l'alinéa *b* que

[s]i le présent Accord entre en vigueur après le 15 novembre 1996, lesdits États et entités peuvent demander au Conseil à demeurer membres de l'Autorité à titre provisoire pour une ou plusieurs périodes *ne s'étendant pas au-delà du 16 novembre 1998\**.

Après l'entrée en vigueur, les États et autres entités pouvaient demeurer provisoirement membres de l'Autorité jusqu'au 16 novembre 1998, c'est-à-dire la date limite de l'application provisoire énoncée à l'article 7, paragraphe 3, de l'Accord.

97. En fixant une date butoir pour l'application provisoire, l'article 7, paragraphe 3, de l'Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer présente un autre moyen de mettre fin à l'application provisoire indépendamment de l'entrée en vigueur. Le Document ayant fait l'objet d'un accord entre les États Parties au Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe fixe aussi une date de cessation de l'application provisoire, mais prévoit en outre un réexamen par les parties. La section VI, paragraphe 1, dispose ce qui suit :

Le présent Document entre en vigueur dès que le dépositaire reçoit de tous les États Parties une notification confirmant leur approbation. Les paragraphes 2 et 3 de la section II et les sections IV et V du présent Document sont ainsi provisoirement appliqués à compter du 31 mai 1996 jusqu'au 15 décembre 1996. Si le présent Document n'entre pas en vigueur le 15 décembre 1996, il est alors réexaminé par les États Parties.

On trouve une formule similaire associant une date de cessation de l'application provisoire et un réexamen par les parties dans l'Accord de partenariat économique stratégique transpacifique. Comme il a déjà été expliqué, l'Accord de partenariat a été appliqué à titre provisoire de façon partielle et par l'une des parties, le Brunéi Darussalam. L'article 20.5 se lit ainsi :

[...]

4. La Commission doit décider si elle accepte les annexes pour le Brunéi Darussalam du chapitre 11 (Marchés publics) et du chapitre 12 (Commerce des services) au plus tard deux ans après l'entrée en vigueur du présent Accord conformément à l'article 20.4, alinéa 1 ou 2, à moins que la Commission ne convienne d'une date ultérieure.

5. Sur décision de la Commission d'accepter les annexes visées au paragraphe 4, le Brunéi Darussalam devra déposer un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation dans les deux mois suivant la décision de la Commission. Le présent Accord entrera en vigueur pour le Brunéi Darussalam trente jours après le dépôt dudit instrument.

6. Sauf décision contraire de la Commission, si les conditions du paragraphe 4 ou 5 ne sont pas remplies, le présent Accord ne sera plus appliqué provisoirement au Brunéi Darussalam.

L'Accord de partenariat est entré en vigueur pour le Brunéi Darussalam le 29 juillet 2009, ce qui a mis fin à l'application provisoire<sup>92</sup>.

98. On peut faire une distinction entre les traités qui prévoient expressément une date butoir pour l'application provisoire et les traités qui sont conclus pour une durée déterminée. Ainsi qu'il a déjà été noté, de tels traités temporaires peuvent être appliqués à titre provisoire, mais ils comportent généralement une clause qui limite expressément leur durée. Un exemple caractéristique de tels traités est constitué par les accords sur les produits de base. L'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux se lit ainsi, à l'article 46, paragraphe 1 :

Le présent Accord restera en vigueur pendant une période de quatre ans à compter de la date de son entrée en vigueur à moins que le Conseil ne décide, par un vote spécial, de le proroger, de le renégocier ou d'y mettre fin conformément aux dispositions du présent article.

Ainsi qu'il a été expliqué plus haut, l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux n'est pas entré en vigueur à titre définitif, mais il a été prorogé plusieurs fois par le Conseil, ce qui a empêché qu'il soit automatiquement mis fin à l'application provisoire<sup>93</sup>.

99. L'article 46, paragraphe 4, de l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux dispose en outre que si un nouvel accord est négocié et entre en vigueur alors que l'Accord de 1994 est en cours de prorogation, ce dernier accord, tel qu'il a été prorogé, prend fin au moment de l'entrée en vigueur du nouvel accord. Le 27 janvier 2006, la Conférence des Nations Unies pour la négociation d'un accord destiné à succéder à l'Accord international de 1994 sur les bois tropicaux a adopté le nouvel Accord international de 2006 sur les bois tropicaux, qui est entré en vigueur à titre définitif le 7 décembre 2011<sup>94</sup>. Il s'agit là d'un cas où un traité en remplace un autre, ce qui met fin à l'application provisoire de celui-ci.

<sup>92</sup> Voir Nouvelle-Zélande, *Treaty Series* 2006, n° 9, disponible à l'adresse suivante : [www.treaties.mfat.govt.nz/search/details/t/3599](http://www.treaties.mfat.govt.nz/search/details/t/3599).

<sup>93</sup> Voir *supra* le chapitre I, section B.2.

<sup>94</sup> Voir le site Web de la Collection des Traités, dans «Dépositaire», puis «État des traités», chap. XIX (produits primaires), 46 (Accord international de 2006 sur les bois tropicaux), à l'adresse <https://treaties.un.org>.

100. Il est dit en outre à l'article 46, paragraphe 5, de l'Accord de 1994 que «[l]e Conseil peut à tout moment, par un vote spécial, décider de mettre fin au présent Accord avec effet à la date de son choix». La décision de mettre fin à l'Accord lui-même appliqué à titre provisoire mettrait fin à son application provisoire. Dans certains cas, les parties à un traité multilatéral ont aussi la possibilité de mettre fin à l'application provisoire de la modification apportée à un traité. En vertu de l'article 51, paragraphe 3, du Statut de Rome, par exemple, l'Assemblée des États Parties a le pouvoir de rejeter les modifications provisoires précitées qui ont été apportées à la règle 165 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, ce qui mettrait fin à leur application provisoire.

101. La décision de mettre fin à un traité appliqué à titre provisoire ou à une modification appliquée provisoirement produit effet à l'égard de toutes les parties, mais l'application provisoire pourrait aussi cesser à l'égard d'un seul État. Tel serait le cas si l'organe compétent d'une organisation internationale décidait d'exclure un membre de l'organisation. La plupart des accords sur les produits de base et des instruments constitutifs d'organisations internationales autorisent l'exclusion d'un membre<sup>95</sup>.

102. Lorsqu'elles ratifient, acceptent, approuvent un accord sur les produits de base ou y adhèrent, les parties peuvent aussi le faire avec effet rétroactif à la date de l'application provisoire de l'accord. Par exemple, sur les 29 parties ayant déclaré accepter de mettre en vigueur à titre provisoire l'Accord international de 1993 sur le cacao, 18 ont par la suite ratifié l'Accord. Neuf États l'ont ratifié avec effet rétroactif à la date de la déclaration d'application à titre provisoire. D'autres ratifications avec effet rétroactif ont concerné l'Accord international de 2006 sur les bois tropicaux, l'Accord international de 2001 sur le café, la Convention relative à l'aide alimentaire de 1999 et l'Accord international de 1994 sur le café. On peut penser que ces ratifications avec effet rétroactif vont au-delà de la simple cessation de l'application provisoire.

<sup>95</sup> Voir, par exemple, l'article 45 de l'Accord international de 2005 sur l'huile d'olive et les olives de table.

## CHAPITRE V

### Observations

103. En se fondant sur les traités bilatéraux et multilatéraux analysés dans la présente étude, on peut constater que l'application provisoire des traités constitue un moyen souple dont disposent les États et les organisations internationales pour moduler leurs relations conventionnelles. Cette souplesse se manifeste dans la terminologie employée, le type d'accord relatif à l'application provisoire et les conditions de celle-ci. S'il est vrai que les traités bilatéraux et multilatéraux présentent de nombreuses caractéristiques communes en ce qui concerne l'application provisoire, la présente étude montre qu'il existe d'importantes différences entre ces deux types de traités. À cet égard, les traités multilatéraux à participation restreinte sont généralement plus

comparables aux traités bilatéraux qu'aux traités multilatéraux à participation ouverte.

104. Les similarités et différences dans l'application provisoire de traités bilatéraux et multilatéraux sont exposées plus en détail ci-après.

#### A. Base juridique de l'application provisoire

105. La plupart des traités bilatéraux et des traités multilatéraux emploient l'une des deux formules «application provisoire» ou «entrée en vigueur à titre provisoire» pour décrire l'application d'un traité avant son entrée en vigueur. La terminologie employée dans les traités

bilatéraux varie considérablement. Dans certains cas, notamment dans les accords sur les produits de base, il est fait une distinction entre l'application provisoire par certains États ou organisations internationales et l'entrée en vigueur à titre provisoire de l'accord dans son ensemble.

106. Dans la majorité des cas, les traités bilatéraux sont appliqués en vertu d'une clause relative à l'application provisoire figurant dans le traité qui en fait l'objet. L'application à titre provisoire en vertu d'un accord distinct concerne plus souvent les traités multilatéraux, ce qui peut s'expliquer en partie par les conditions d'ordres qualitatif et quantitatif qui doivent être remplies pour l'entrée en vigueur de tels traités.

107. La conclusion d'accords distincts sur l'application provisoire de traités multilatéraux a lieu soit *a)* au moment de l'adoption du traité initial, soit *b)* ultérieurement.

### **B. Prise d'effet de l'application provisoire**

108. Les traités bilatéraux et multilatéraux prévoient que l'application provisoire prend effet suivant une ou plusieurs des modalités ci-après : *a)* dès la signature ; *b)* à une date déterminée ; ou *c)* après notification. L'adoption d'une décision par une organisation internationale constitue une quatrième possibilité (option *d)* pour donner effet à l'application provisoire en ce qui concerne spécifiquement les traités multilatéraux, qui peuvent être appliqués à titre provisoire avec effet immédiat.

109. Les traités multilatéraux à participation restreinte sont plus susceptibles d'être appliqués à titre provisoire dès leur signature (option *a)*.

110. Si le moyen retenu est la notification (option *c)*, il peut être en outre précisé dans les traités multilatéraux que la déclaration à cet effet peut intervenir à deux moments différents au moins : *i)* notification de l'application provisoire lors de la signature ou à tout moment ; ou *ii)* notification de l'application provisoire lors de la ratification, de l'approbation, de l'acceptation ou de l'adhésion. Dans ce dernier cas, l'application à titre provisoire ne sera possible que durant la période précédant l'entrée en vigueur du traité multilatéral.

111. Les traités, en particulier les traités multilatéraux, peuvent définir plusieurs conditions, applicables ensemble ou séparément, pour que l'application provisoire prenne effet.

### **C. Portée de l'application provisoire**

112. La portée de l'application provisoire des traités bilatéraux et multilatéraux peut être limitée par une clause prévoyant l'application provisoire d'une partie du traité, ou faisant référence au droit interne ou aux règles de l'organisation.

113. Peu de traités prévoient l'application à titre provisoire d'une partie du traité. Ce cas de figure est plus courant dans les traités multilatéraux que dans les traités bilatéraux.

114. Les clauses prévoyant l'application à titre provisoire d'une partie du traité peuvent : *a)* préciser les dispositions du traité qui ne sont pas appliquées à titre provisoire ; ou *b)* préciser quelles dispositions sont concernées par l'application provisoire.

115. Certains traités, comme les accords sur les produits de base, autorisent l'entrée en vigueur à titre provisoire d'une partie du traité en vertu d'une décision des États et/ou des organisations internationales qui ont déclaré leur consentement à être liés ou leur application à titre provisoire du traité.

116. Des références au droit interne, aux règles d'une organisation internationale ou au droit international en vue de limiter la portée de l'application à titre provisoire figurent plus fréquemment dans les traités bilatéraux que dans les traités multilatéraux.

### **D. Fin de l'application provisoire**

117. Pour ce qui est des traités bilatéraux et multilatéraux qui visent la cessation de l'application provisoire, peu d'entre eux prévoient expressément que celle-ci prend fin par une notification de l'intention de ne pas devenir partie au traité.

118. Il peut être mis fin à l'application provisoire d'un traité multilatéral par le retrait d'un État ou d'une organisation internationale pour qui le traité n'est pas encore en vigueur.

119. L'entrée en vigueur du traité est le moyen le plus courant de mettre fin à l'application provisoire par un autre accord des parties (option *a)*. En conséquence, la cessation de l'application provisoire dépend souvent des différentes conditions auxquelles est subordonnée l'entrée en vigueur du traité.

120. Il peut aussi être mis fin à l'application à titre provisoire par d'autres formes d'accords sans lien avec l'entrée en vigueur du traité considéré, comme les suivants : *b)* l'entrée en vigueur d'un traité autre que celui qui est appliqué à titre provisoire ; *c)* la fixation d'une date limite pour l'application provisoire ; *d)* la conclusion par les parties au traité qui est appliqué à titre provisoire d'un nouveau traité qui remplace le précédent ; *e)* la décision des parties de mettre fin au traité qui est appliqué à titre provisoire ; et *f)* la décision des parties à un arrangement institutionnel multilatéral d'exclure un État ou une organisation internationale alors que l'instrument constitutif est encore appliqué à titre provisoire.

# PROTECTION DE L'ATMOSPHÈRE

[Point 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/705\*

## Quatrième rapport sur la protection de l'atmosphère, par M. Shinya Murase, Rapporteur spécial\*\*

[Original: anglais]  
[31 janvier 2017]

### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	26
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	28
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-7 32
A. Débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante et onzième session.....	2-6 32
B. Objet du présent rapport.....	7 34
<i>Chapitres</i>	
I. PRINCIPES DIRECTEURS DE L'APPLICATION CONCURRENTE.....	8-21 34
A. Fragmentation et application concurrente.....	8-13 34
B. Soutien mutuel.....	14-21 35
II. DROIT RELATIF À LA PROTECTION DE L'ATMOSPHÈRE ET DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL OU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT.....	22-45 37
A. Droit commercial international.....	23-30 37
1. Organisation mondiale du commerce et Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.....	23-25 37
2. Accords de libre-échange.....	26 38
3. Accords multilatéraux sur l'environnement.....	27 39
4. Règlement des différends.....	28-30 39
B. Droit international de l'investissement.....	31-45 40
1. Pratique conventionnelle.....	32-39 41
2. Affaires d'arbitrage.....	40-45 43
III. DROIT RELATIF À LA PROTECTION DE L'ATMOSPHÈRE ET DROIT DE LA MER.....	46-48 46
A. Liens entre la mer et l'atmosphère.....	46-49 46
B. Application concurrente du droit de la mer et du droit relatif à la protection de l'atmosphère.....	50-65 47
1. Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et autres instruments.....	50-62 47
2. Décisions de justice.....	63-64 51
C. Élévation du niveau de la mer et son incidence.....	65-67 52

\* Incorporant le document A/CN.4/705/Corr.1.

\*\* Le Rapporteur spécial tient à remercier les professeurs et chercheurs ci-après pour le précieux concours qu'ils lui ont prêté: Charles Wharton, ancien maître de conférences à la faculté de droit de l'Université Renmin; Yuka Fukunaga, de l'Université Waseda; Yubing Shi, de l'Université de Xiamen; Masayuki Hiromi, chercheur post-doctorant à la faculté de droit de l'Université Sophia; Deng Hua, doctorant à la faculté de droit de l'Université Renmin; Zhang Maoli, étudiant de troisième cycle à l'Université de jeunesse d'études politiques de Chine; et Zhou You, Juris Master de l'Université de Beijing. D'autres étudiants lui ont également apporté une aide précieuse, parmi lesquels les étudiants de troisième cycle de l'Université de jeunesse d'études politiques de Chine suivants: Qi Quanmei, Li Yubo, Zhang Yixi, Wang Jing, Wang Kun, Liu Yue et Chen Yue, ainsi que Wang Leifan, doctorant à la faculté de droit de l'Université Renmin. Le Rapporteur spécial remercie vivement le Vice-Président Lin Wei, le Doyen Wu Yong, le Vice-Doyen Wang Lijun et les professeurs Qin Yihe et Chen Xiaohua, qui ont contribué à ce que ses recherches à l'Université de jeunesse d'études politiques de Chine soient fructueuses, et Zhu Wenqi, professeur à la faculté de droit de l'Université Renmin, pour son soutien et ses encouragements permanents pendant la réalisation de ce projet.



<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
IV. DROIT RELATIF À LA PROTECTION DE L'ATMOSPHÈRE ET DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME .....	68-92	53
A. Traités et autres instruments .....	70-72	53
B. Jurisprudence des tribunaux internationaux et des organes conventionnels .....	73-80	54
1. Comité des droits de l'homme .....	74	54
2. Cour européenne des droits de l'homme .....	75-77	55
3. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples .....	78	56
4. Commission interaméricaine des droits de l'homme .....	79-80	56
C. Droits substantiels .....	81-83	57
D. Personnes vulnérables .....	84-86	58
E. Générations futures .....	87-88	58
F. Problèmes de procédure : application extrajuridictionnelle .....	89-92	59
V. CONCLUSION .....	93-94	61

### Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	<i>Sources</i>
Convention portant création de l'Organisation maritime internationale (Genève, 6 mars 1948)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 289, n° 4214, p. 3, et vol. 1276, p. 468.
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.
Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Protocole n° 1) [Paris, 20 mars 1952]	Ibid.
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.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, n° 14531, p. 3.
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.
Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San Salvador) [San Salvador, 17 novembre 1988]	Organisation des États américains, <i>Treaty Series</i> , n° 69 (OEA/Ser.A/44).
Convention sur le Règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer (Londres, 20 octobre 1972)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1050, n° 15824, p. 17.
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 internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires (Londres, 2 novembre 1973), telle que modifiée par le Protocole de 1978 (Londres, 17 février 1978)	Ibid., vol. 1341, n° 22484, p. 3.
Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (Londres, 1 <sup>er</sup> novembre 1974)	Ibid., vol. 1184, n° 18961, p. 3.
Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution (Barcelone, 16 février 1976)	Ibid., vol. 1102, n° 16908, p. 27.
Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique (Athènes, 17 mai 1980) tel que modifié (Syracuse, 7 mars 1996)	Ibid., vol. 1328, n° 22281, p. 105. Pour les amendements de 1996, voir <i>ibid.</i> , vol. 2943, n° 22281, p. 43.

## Sources

- Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution (Koweït, 24 avril 1978) Ibid., vol. 1140, n° 17898, p. 133.
- Protocole pour la protection du milieu marin contre la pollution d'origine tellurique (Koweït, 21 février 1990) Ibid., vol. 2399, annexe A, n° 17898, p. 3.
- Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979) Ibid., vol. 1302, n° 21623, p. 217.
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981) Ibid., vol. 1520, n° 26363, p. 217.
- Convention relative à la protection du milieu marin et du littoral du Pacifique Sud-Est (Lima, 12 novembre 1981) Ibid., vol. 1648, n° 28325, p. 3.
- Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution d'origine tellurique (Quito, 22 juillet 1983) Ibid., n° 28327, p. 73.
- 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<sup>e</sup> éd., 2009.
- Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1673, n° 28911, p. 57.
- Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989) Ibid., vol. 1577, n° 27531, p. 3.
- Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique (Helsinki, 9 avril 1992) Ibid., vol. 2099, n° 36495, p. 195.
- 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 (Protocole de Kyoto) [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 pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Paris, 22 septembre 1992) Ibid., vol. 2354, n° 42279, p. 67.
- Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) [Mexico, Ottawa et Washington, 17 décembre 1992] Disponible à l'adresse suivante : [www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fra).
- Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (Mexico, Ottawa et Washington, 8, 9, 12 et 14 septembre 1993) Disponible sur le site Web de la Commission de coopération environnementale : [www.cec.org/fr](http://www.cec.org/fr).
- Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 15 avril 1994) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867 à 1869, n° 31874.
- Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (annexe 1A) Ibid., vol. 1867, n° 31874, p. 192.
- Traité sur la Charte de l'énergie (Lisbonne, 17 décembre 1994) Ibid., vol. 2080, n° 36116, p. 95.
- Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs (Vienne, 5 septembre 1997) Ibid., vol. 2153, n° 37605, p. 303.
- Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (Rotterdam, 10 septembre 1998) Ibid., vol. 2244, n° 39973, p. 337.
- Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (Stockholm, 22 mai 2001) Ibid., vol. 2256, n° 40214, p. 119.
- Convention relative aux droits des personnes handicapées (New York, 13 décembre 2006) Ibid., vol. 2515, n° 44910, p. 3.

## Sources

- Convention de Minamata sur le mercure (Kumamoto, 10 octobre 2013)
- Accord de Paris (Paris, 12 décembre 2015)
- Ibid., n° 54669 (le numéro de volume reste à déterminer). Disponible sur le site Web : <https://treaties.un.org>.
- Rapport de la Conférence des Parties sur sa vingt et unième session, tenue à Paris du 30 novembre au 13 décembre 2015, additif : décisions adoptées par la Conférence des Parties (FCCC/CP/2015/10/Add.1), décision 1/CP.21, annexe. Voir aussi Nations Unies, *Recueil des Traités*, n° 54113 (le numéro de volume reste à déterminer). Disponible sur le site Web : <https://treaties.un.org>.

## Ouvrages cités dans le présent rapport

- ABATE, Randall S. (dir. publ.)  
*Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law: U.S. and International Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- AHMAD, Tanveer  
«Environmental law: emissions», dans Paul Stephen Dempsey et Ram S. Jakhu, dir. publ., *Routledge Handbook of Public Aviation Law*, Londres, Routledge, 2017, p. 195 à 251.
- ALLEN, Ted  
«The Philippine children's case: recognizing legal standing for future generations», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), p. 713 à 741.
- ANTON, Donald K.  
«“Treaty congestion” in contemporary international environmental law», dans Shawkat Alam *et al.*, dir. publ., *Routledge Handbook of International Environmental Law*, New York, Routledge, 2013, pp. 651 à 665.
- BAE, Jon  
«Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization: contradiction of political body adjudication», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4 (2013), p. 65 à 81.
- BARSH, Russel Lawrence  
«Indigenous peoples», dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir. publ., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 829 à 852.
- BARTELS, Lorand  
«The WTO legality of the application of the EU's Emission Trading System to aviation», *EJIL*, vol. 23 (2012), p. 429 à 467.
- BAUGHEN, Simon  
«Expropriation and environmental regulation: the lessons of NAFTA chapter eleven», *Journal of Environmental Law*, vol. 18 (2006), p. 207 à 228.
- BEHARRY, Christina L., et Melinda E. KURITZKY  
«Going green: managing the environment through international investment arbitration», *American University International Law Review*, vol. 30 (2015), p. 383 à 429.
- BLUMM, Michael C., et Mary Christina WOOD  
*The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2<sup>e</sup> éd., Durham (Caroline du Nord), Carolina Academic Press, 2015.
- BODANSKY, Daniel, *et al.*  
«Oceans», dans Günther Handl, dir. publ., *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 2, Londres, Graham & Trotman, 1991, p. 125 à 141.
- BOESCH, Donald F., *et al.*  
*Marine Pollution in the United States*, Arlington, Pew Oceans Commission, 2001.
- BONNITCHA, Jonathan  
*Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- BOSELMANN, Klaus  
*Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015.
- BOYLE, Alan  
«Marine pollution under the law of the sea convention», *American Journal of International Law*, vol. 79 (1985), p. 347 à 372.  
«Relationship between international environmental law and other branches of international law», dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir. publ., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 125 à 146.  
«Human rights and the environment: where next?», *EJIL*, vol. 23 (2012), p. 613 à 642.  
«Law of the sea perspectives on climate change», dans David Freestone, dir. publ., *The 1982 Law of the Sea Convention at 30: Successes, Challenges and New Agendas*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2013, p. 157 à 164.
- BRÉVIÈRE, Emilie H. G., *et al.*  
«Surface ocean-lower atmosphere study: scientific synthesis and contribution to Earth system science», *Anthropocene*, vol. 12 (2015), p. 54 à 68.
- BROWN WEISS, Edith  
*In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, Tokyo, Presses de l'Université des Nations Unies, 1989.  
«International environmental law: contemporary issues and the emergence of a new world order», *Georgetown Law Journal*, vol. 81 (1993), p. 675 à 710.
- BRUCE, Maxwell  
«Institutional aspects of a charter of the rights of future generations», dans Emmanuel Agius *et al.*, dir. publ., *Our Responsibilities Towards Future Generations*, Malte, UNESCO et Fondation pour les études internationales de l'Université de Malte, 1990, p. 127 à 131.

- BUHAUG, Øyvind, *et al.*  
*Second IMO GHG Study 2009*, Londres, OMI, 2009.
- CAI, Wenju, *et al.*  
 «Increasing frequency of extreme El Niño events due to greenhouse warming», *Nature Climate Change*, vol. 4 (2014), p. 111 à 116.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.  
 «The contribution of international human rights law to environmental protection, with special reference to global environmental change», dans Edith Brown Weiss, dir. publ., *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions*, Tokyo, Presses de l'Université des Nations Unies, 1992, p. 244 à 314.
- CHURCHILL, R. R.  
 «Environmental rights in existing human rights treaties», dans Alan E. Boyle et Michael R. Anderson, dir. publ., *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 89 à 108.
- COGHILL, Ken, Charles SAMPFORD et Tim SMITH (dir. publ.)  
*Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust*, Londres, Routledge, 2012.
- CONDON, Madison  
 «The integration of environmental law into international investment treaties and trade agreements: negotiation process and the legalization of commitments», *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 33 (2015), p. 102 à 152.
- CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT  
*Investment Policy Framework for Sustainable Development*, document UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5 (2015).  
*Rapport sur l'investissement dans le monde 2016 – Nationalité des investisseurs: enjeux et politiques*, document UNCTAD/WIR/2016.
- COOLEY, Sarah R., et Jeremy T. MATHIS  
 «Addressing ocean acidification as part of sustainable ocean development», *Ocean Yearbook*, vol. 27 (2013), p. 29 à 47.
- COOMANS, Fons  
 «The *Ogoni* case before the African Commission on Human and Peoples' Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (2003), p. 749 à 760.
- CORNELL, S., A. RANDELL et T. JICKELLS  
 «Atmospheric inputs of dissolved organic nitrogen to the oceans», *Nature*, vol. 376 (1995), p. 243 à 246.
- CORTEN, Olivier, et Pierre KLEIN (dir. publ.)  
*The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- COUMOU, Dim, et Stefan RAHMSTORF  
 «A decade of weather extremes», *Nature Climate Change*, vol. 2 (2012), p. 491 à 496.
- CURRIE, Duncan E. J., et Kateryna WOWK  
 «Climate change and CO2 in the oceans and global oceans governance», *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3 (2009), p. 387 à 404.
- DAGBANJA, Dominic N.  
 «The conflict of legal norms and interests in international investment law: towards the constitutional-general international law imperatives theory», *Transnational Legal Theory*, vol. 6 (2015), p. 518 à 560.
- DAI, Aiguo  
 «Increasing drought under global warming in observations and models», *Nature Climate Change*, vol. 3 (2013), p. 52 à 58.
- DE LA ROSA JAIMES, Verónica  
 «Climate change and human rights litigation in Europe and the Americas», *Seattle Journal of Environmental Law*, vol. 5 (2015), p. 165 à 196.
- DESGAGNÉ, Richard  
 «Integrating environmental values into the European Convention on Human Rights», *American Journal of International Law*, vol. 89 (1995), p. 263 à 294.
- DIMITRIJEVIC, Vojin  
 «Customary law as an instrument for the protection of human rights», document de travail n° 7, Milan, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale (ISPI), 2006.
- DIVISION DES AFFAIRES MARITIMES ET DU DROIT DE LA MER  
*Le droit de la mer: obligations des États Parties aux termes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et des instruments complémentaires* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.5).
- DUCE, Robert A., James N. GALLOWAY et Peter S. LISS  
 «Les impacts des dépôts atmosphériques dans l'océan sur les écosystèmes marins et le climat», *Bulletin de l'Organisation météorologique mondiale*, vol. 58 (2009), p. 61 à 66.
- DUCE, Robert A., *et al.*  
 «The atmospheric input of trace species to the world ocean», *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5 (1991), p. 193 à 259.  
 «Impacts of atmospheric anthropogenic nitrogen on the open ocean», *Science*, vol. 320 (2008), p. 893 à 897.
- DUPUY, Pierre-Marie, et Jorge E. VIÑUALES  
*International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- DUPUY, Pierre-Marie, et Jorge E. VIÑUALES (dir. publ.)  
*Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- EYRING, Veronika, *et al.*  
 «Transport impacts on atmosphere and climate: shipping», *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), p. 4735 à 4771.
- FAUCHALD, Ole Kristian  
 «International investment law and environmental protection», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 17 (2006), p. 3 à 47.
- FEDOROV, A.V., et S.G. PHILANDER  
 «Is El Niño changing?», *Science*, vol. 288, n° 5473 (2000), p. 1997 à 2002.
- FITZMAURICE, Malgosia  
*Contemporary Issues in International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009.
- FRANCIONI, Francesco  
 «Principle 1: human beings and the environment», dans Jorge E. Viñuales, dir. publ., *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 93 à 106.
- FRANCK, Thomas M.  
 «Word made law: the decision of the ICJ in the *Nuclear Test* cases», *American Journal of International Law*, vol. 69 (1975), p. 612 à 620.
- GOMULA, Joanna  
 «Environmental disputes in the WTO», dans Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong et Panos Merkouris, dir. publ., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 401 à 425.

- GORDON, Kathryn, et Joachim POHL  
«Environmental concerns in international investment agreements: a survey», *Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, n° 2011/1, OCDE, 2011.
- GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE  
*Climate Change Action Plan 2016-2020*, Washington, 2016. Disponible sur le site Web du Groupe ([www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)).
- GROUPE D'EXPERTS INTERGOUVERNEMENTAL SUR L'ÉVOLUTION DU CLIMAT  
*Climate Change 2013: The Physical Science Basis – Working Group I Contribution to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.  
«Changements climatiques 2014: rapport de synthèse – résumé à l'intention des décideurs», disponible à l'adresse suivante: [www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/AR5\\_SYR\\_FINAL\\_SPM\\_fr.pdf](http://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/AR5_SYR_FINAL_SPM_fr.pdf).
- GROUPE MIXTE D'EXPERTS CHARGÉ D'ÉTUDIER LES ASPECTS SCIENTIFIQUES DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN  
*The Atmospheric Input of Chemicals to the Ocean*, Reports and Studies, n° 84, 2012.
- HARRISON, James  
«Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping», University of Edinburgh School of Law, *Research Paper Series*, n° 2012/12.
- HAYASHI, Moritaka  
«Sea-level rise and the law of the sea: future options», dans Davor Vidas et Peter Johan Schei, dir. publ., *The World Ocean in Globalisation: Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, p. 187 à 206.
- HENCKELS, Caroline  
*Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- HIGGINS, Rosalyn  
«Human rights: some questions of integrity», *Modern Law Review*, vol. 52 (1989), p. 1 à 21.
- JENKS, Wilfred  
«Conflict of law-making treaties», *British Year Book of International Law*, vol. 30 (1953), p. 401 à 453.
- JESUS, José Luís  
«Rocks, new-born islands, sea level rise and maritime space», dans Jochen Frowein et al., dir. publ., *Negotiating For Peace – Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin, Springer, 2003, p. 579 à 604.
- JICKELS, Tim, et C. Mark MOORE  
«The importance of atmospheric deposition for ocean productivity», *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, vol. 46 (2015), p. 481 à 501.
- KINGSBURY, Benedict  
«Indigenous peoples», dans Rüdiger Wolfrum, dir. publ., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 5, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 116 à 133.
- KRAUS, Eric B., et Joost A. BUSINGER  
*Atmosphere-Ocean Interaction*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 1994.
- LAU, William K. M., et Duane E. WALISER  
*Intraseasonal Variability in the Atmosphere-Ocean Climate System*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin/Heidelberg, Springer, 2012.
- LAWRENCE, Peter M.  
«International legal regulation for protection of the ozone layer: some problems of implementation», *Journal of Environmental Law*, vol. 2 (1990), p. 17 à 52.
- LELIEVELD, J., et al.  
«The contribution of outdoor air pollution sources to premature mortality on a global scale», *Nature*, vol. 525 (2015), p. 367 à 371.
- 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.
- LIXINSKI, Lucas  
«Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law», *EJIL*, vol. 21 (2010), p. 585 à 604.
- LODE, Birgit, Philipp SCHÖNBERGER et Patrick TOUSSAINT  
«Clean air for all by 2030? Air quality in the 2030 Agenda and in international law», *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 25 (2016), p. 27 à 38.
- MACDONALD, R. S. J., et Barbara HOUGH  
«The *Nuclear Tests* case revisited», *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), p. 337 à 357.
- MACKENZIE, Ruth, et al.  
*Guide explicatif du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*, Centre du droit de l'environnement de l'Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources, Droit et politique de l'environnement, n° 46, Gland (Suisse) et Cambridge (Royaume-Uni), Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources, 2003.
- MANN, Howard, et al.  
*Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD): guide du négociateur*, Winnipeg, Institut international du développement durable, 2006.
- McLACHLAN, Campbell  
«The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), p. 279 à 320.
- McRAE, Donald M.  
«GATT article XX and the WTO Appellate Body», dans Marco Bronkers et Reinhard Quick, dir. publ., *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 219 à 236.
- McWHINNEY, Edward  
«International law-making and the judicial process: the world court and the French *Nuclear Tests* case», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 3 (1975), p. 9 à 46.
- MELTZER, Joshua  
«Climate change and trade – The EU Aviation Directive and the WTO», *Journal of International Economic Law*, vol. 15 (2012), p. 111 à 156.
- MICHAELS, Ralf, et Joost PAUWELYN  
«Conflict of norms or conflict of laws: different techniques in the fragmentation of public international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22 (2012), p. 349 à 376.
- MIN, Seung-Ki, et al.  
«Human contribution to more-intense precipitation extremes», *Nature*, vol. 470 (2011), p. 378 à 381.
- MUCHLINSKI, Peter  
«Negotiating new generation international investment agreements», dans Steffen Hindelang et Markus Krajewski, dir. publ., *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 41 à 64.

MURASE, Shinya

«Unilateral measures and the WTO dispute settlement», dans Simon S.C. Tay et Daniel C. Esty, dir. publ., *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*, Singapour, Times Academic Press, 1996, p. 137 à 144.

«Perspectives from international economic law on transnational environmental issues», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 253 (1996), p. 283 à 431, reproduit dans Shinya Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Tokyo, Sophia University Press, 2011, p. 1 à 127.

«Unilateral measures and the concept of opposability in international law», dans Kalliopi Koufa, dir. publ., *Thesaurus Acroasium*, vol. 28, *Might and Right in International Relations*, Thessalonique, Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki et Sakkoulas Publications, 1999, p. 397 à 454.

«Conflict of international regimes: trade and the environment», dans Shinya Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Tokyo, Sophia University Press, 2011, p. 130 à 166.

«Scientific knowledge and the progressive development of international law: with reference to the ILC topic on the protection of the atmosphere», dans James Crawford *et al.*, dir. publ., *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses – Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2017.

MURASE, Shinya, *et al.*

«Compliance with international standards: environmental case studies», dans *Proceedings of the 89th Annual Meeting of the American Society of International Law: Structures of World Order*, Washington, American Society of International Law, 1995, p. 206 à 224.

NORDQUIST, Myron H., *et al.* (dir. publ.)

*United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. 4, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ

*Protecting Health from Climate Change: Connecting Science, Policy and People*, Genève, 2009.

«Burden of disease from the joint effects of household and ambient air pollution for 2012», Genève, 2014.

*Ambient Air Pollution: A Global Assessment of Exposure and Burden of Disease*, Genève, 2016.

PAUWELYN, Joost

*Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

PAVONI, Riccardo

«Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making: a watershed for the “WTO-and-competing-regimes” debate?», *EJIL*, vol. 21 (2010), p. 649 à 679.

PIERA VALDÉS, Alejandro

*Greenhouse Gas Emissions from International Aviation: Legal and Policy Challenges*, La Haye, Eleven International Publishing, 2015.

PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR L'ENVIRONNEMENT

*Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to Environment: National Decisions*, vol. I, Nairobi, Programme des Nations Unies pour l'environnement/Programme des Nations Unies pour le développement, 1998.

PROSPERO, Joseph M.

«The atmospheric transport of particles to the ocean», dans Venugopalan Ittekkot *et al.*, dir. publ., *Particle Flux in the Ocean*, SCOPE, vol. 57, San Francisco, John Wiley & Sons, 1996, p. 19 à 53.

RAZZAQUE, Jona

«Application of public trust doctrine in Indian environmental cases», *Journal of Environmental Law*, vol. 13 (2001), p. 221 à 234.

REDGWELL, Catherine

*Intergenerational Trusts and Environmental Protection*, Manchester, Manchester University Press, 1999.

«Principles and emerging norms in international law: intra- and inter-generational equity», dans Cinnamon P. Carlarne, Kevin R. Gray et Richard G. Tarasofsky, dir. publ., *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 185 à 201.

REINISCH, August

«Expropriation», dans Peter Muchlinski, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir. publ., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 407 à 458.

RIGHI, Mattia, Johannes HENDRICKS et Robert SAUSEN

«The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 – Part 1: land transport and shipping», *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), p. 633 à 651.

RUIZ FABRI, Hélène

«Jeux dans la fragmentation: la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles», *Revue générale de droit international public*, vol. 111 (2007), p. 43 à 87.

SANDS, Philippe

«Treaty, custom and the cross-fertilization of international law», *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1998), p. 85 à 106.

SANDS, Philippe, et Jacqueline PEEL

*Principles of International Environmental Law*, 3<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

SCHOENBAUM, Thomas J.

«Free international trade and protection of the environment: irreconcilable conflict?», *American Journal of International Law*, vol. 86 (1992), p. 700 à 727.

SCHOENBAUM, Thomas J., et Michael K. YOUNG

*International Environmental Law: Cases, Materials, and Problems*, 2<sup>e</sup> éd., New Providence, LexisNexis, 2014.

SCHOFIELD, Clive

«Shifting limits? Sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims», *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3 (2009), p. 405 à 416.

SHEFFIELD, Justin, Eric F. WOOD, et Michael L. RODERICK

«Little change in global drought over the past 60 years», *Nature*, vol. 491 (2012), p. 435 à 440.

SHELTON, Dinah

«What happened in Rio to human rights?», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), p. 75 à 93.

«Human rights and the environment: substantive rights», dans Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong et Panos Merkouris, dir. publ., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 265 à 283.

SHI, Yubing

«The challenge of reducing greenhouse gas emissions from international shipping: assessing the International Maritime Organization's regulatory response», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 23 (2012), p. 131 à 167.

«Greenhouse gas emissions from international shipping: the response from China's shipping industry to the regulatory initiatives of the International Maritime Organization», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29 (2014), p. 77 à 115.

- «Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution?», *Marine Pollution Bulletin*, vol. 113 (2016), p. 187 à 192.
- «Reducing greenhouse gas emissions from international shipping: is it time to consider market-based measures?», *Marine Policy*, vol. 64 (2016), p. 123 à 134.
- SIMMA, Bruno
- «International human rights and general international law: a comparative analysis», *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, vol. IV-2, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995, p. 153 à 236.
- «Human rights in the International Court of Justice: Are we witnessing a sea change?», dans Denis Alland *et al.*, dir. publ., *Unité et diversité du droit international: écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2014, p. 711 à 737.
- SIMMA, Bruno, et Philip ALSTON
- «The sources of human rights law: custom, *jus cogens*, and general principles», *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988), p. 82 à 108.
- SLATER, Tamara L.
- «Investor-State arbitration and domestic environmental protection», *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 14 (2015), p. 131 à 154.
- SMITH, T.W.P., *et al.*
- Third IMO GHG Study 2014*, Londres, OMI, 2014.
- SOHN, Louis B.
- «The Stockholm Declaration on the Human Environment», *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), p. 423 à 515.
- SOONS, A. H. A.
- «The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries», *Netherlands International Law Review*, vol. 37 (1990), p. 207 à 232.
- STOCKER, Thomas
- Introduction to Climate Modelling*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2011.
- STONE, Christopher D.
- «Ethics and international environmental law», dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir. publ., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 291 à 313.
- STRYDOM, Hendrik A.
- «Environment and indigenous peoples», dans Rüdiger Wolfrum, dir. publ., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 455 à 461.
- SUR, Serge
- «Les affaires des essais nucléaires (*Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France*: C.I.J. – arrêts du 20 décembre 1974)», *Revue générale de droit international public*, vol. 79 (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», *Annuaire français de droit international*, vol. 20 (1974), p. 286 à 298.
- THIRLWAY, Hugh
- «International law and practice. 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.
- VAN REENEN, W.
- «Rules of reference in the new Convention on the Law of the Sea, in particular in connection with the pollution of the sea by oil from tankers», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 12 (1981), p. 3 à 44.
- VINALES, Jorge E.
- Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- WEBSTER, Peter J.
- «The role of hydrological processes in ocean-atmosphere interactions», *Reviews of Geophysics*, vol. 32 (1994), p. 427 à 476.
- WEBSTER, Peter J., *et al.*
- «Changes in tropical cyclone number, duration, and intensity in a warming environment», *Science*, vol. 309, n° 5742 (2005), p. 1844 à 1846.
- WOOD, Mary Christina, et Charles W. WOODWARD IV
- «Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last», *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), p. 634 à 684.
- ZHANG, Hui
- «Towards global green shipping: the development of international regulations on reduction of GHG emissions from ships», *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 16 (2016), p. 561 à 577.

## Introduction

1. À sa soixante-huitième session, en 2016, la Commission du droit international était saisie du troisième rapport<sup>1</sup> du Rapporteur spécial sur la protection de l'atmosphère, qu'elle a examiné à ses 3306<sup>e</sup>, 3307<sup>e</sup>, 3308<sup>e</sup> et 3311<sup>e</sup> séances, les 27 et 31 mai et 1<sup>er</sup> et 7 juin 2016<sup>2</sup>. La Commission a décidé de transmettre au Comité de rédaction l'ensemble des projets de directive et un alinéa du préambule que le Rapporteur spécial a proposés. Elle a

adopté à titre provisoire les projets de directive et l'alinéa du préambule, assortis de commentaires y relatifs, à sa soixante-huitième session<sup>3</sup>.

### A. Débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante et onzième session

2. En octobre 2016, la Sixième Commission a examiné les travaux menés par la Commission sur le sujet<sup>4</sup>. Si, dans l'ensemble, la majorité des délégations qui se sont

<sup>1</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/692.

<sup>2</sup> À cette occasion, un dialogue sur la protection de l'atmosphère a été engagé avec les scientifiques, dialogue présidé par le Rapporteur spécial et qui a été suivi d'une séance de questions-réponses. Son résumé est disponible sur le site Web de la Commission. Voir également Murase, «Scientific knowledge and the progressive development of international law: with reference to the ILC topic on the protection of the atmosphere».

<sup>3</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 183 et suiv., par. 95 et 96.

<sup>4</sup> Le Rapporteur spécial exprime sa gratitude à Qi Quanmei, de la faculté de droit de l'Université de jeunesse d'études politiques de Chine, pour l'aide qu'elle a apportée à l'établissement du résumé des débats tenus à la Sixième Commission.

exprimées se sont félicitées de ces travaux<sup>5</sup>, ceux-ci ont inspiré quelque réserve à certaines délégations<sup>6</sup> et du scepticisme à l'une d'entre elles<sup>7</sup>. La plupart des délégations ont estimé que la participation d'experts scientifiques était très utile<sup>8</sup>.

3. Certaines délégations ont appuyé l'ajout du quatrième alinéa du préambule concernant la situation et les besoins particuliers des pays en développement<sup>9</sup>. Toutefois, quelques délégations se sont dites préoccupées par le fait que cet alinéa était rédigé de façon plutôt peu convaincante et qu'il ne tenait pas pleinement compte de la situation particulière et des besoins réels des pays en développement<sup>10</sup>.

4. En ce qui concerne le projet de directive 3, les délégations ont dans l'ensemble considéré qu'il incombait aux États d'agir avec la diligence requise en vue de protéger l'atmosphère<sup>11</sup>. Certaines délégations ont exprimé des doutes, observant qu'une telle obligation risquerait d'être difficile à respecter<sup>12</sup>. Une délégation a proposé de remplacer la dernière phrase du paragraphe 7 du commentaire accompagnant le projet de directive 3 par le texte suivant :

Dans ce contexte, il convient de noter que l'Accord de Paris souligne non seulement dans le préambule que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière, mais également que la qualité de l'air ambiant est une préoccupation commune de l'humanité, conformément aux normes de qualité de l'air ambiant de l'Organisation mondiale de la Santé et des directives. Il est donc clair qu'il importe de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans, et à la protection de la biodiversité<sup>13</sup>.

En ce qui concerne l'«évaluation de l'impact sur l'environnement» mentionnée dans le projet de directive 4, les délégations ont dans l'ensemble appuyé l'idée que sa

mise en œuvre contribuerait à contrôler les activités privées et publiques<sup>14</sup>. Certaines délégations ont proposé que le seuil à partir duquel il existait un impact préjudiciable important soit strictement défini<sup>15</sup>, et dit qu'il conviendrait d'insister sur l'effet cumulatif des activités dangereuses<sup>16</sup>.

5. En ce qui concerne les projets de directives 5 et 6, relatifs à la façon durable, équitable et raisonnable dont l'atmosphère devrait être utilisée, certaines délégations ont souscrit à l'opinion présentée<sup>17</sup>. Une délégation s'est dite préoccupée de ce que l'expression «utilisation de l'atmosphère» ne soit pas suffisamment claire<sup>18</sup>. Une autre a suggéré que les projets de directives 5 et 6 seraient mieux placés au début du texte ou dans le préambule<sup>19</sup>. Une délégation a proposé que, pour des motifs de clarté, le paragraphe 3 du commentaire accompagnant le projet de directive 5 donne une meilleure définition du terme «utilisation», ou en propose des exemples<sup>20</sup>. Il a également été proposé que la Commission examine les facteurs à évaluer pour concilier les intérêts des générations actuelles et futures<sup>21</sup>.

6. En ce qui concerne le projet de directive 7, les délégations ont, dans l'ensemble, accueilli avec satisfaction son insertion dans les projets de directive, et se sont également félicitées que l'accent soit mis sur la nécessité de faire preuve de prudence avant d'entreprendre des activités visant à modifier intentionnellement l'atmosphère sur une grande échelle<sup>22</sup>. Une délégation a proposé que le projet de directive 7 soit supprimé, car il ne s'appuyait sur aucune règle ou pratique existante en la matière<sup>23</sup>. Une autre délégation a estimé qu'il serait souhaitable que cette directive ne s'applique pas aux situations de conflit armé<sup>24</sup>. Une délégation a proposé que le libellé du projet de directive soit plus percutant, étant donné que ces activités pourraient avoir des effets non négligeables sur la qualité de l'atmosphère<sup>25</sup>. Plusieurs délégations ont dit que le champ d'application du projet de directive devrait être limité<sup>26</sup>. S'agissant du projet de directive 8, relatif à la coopération internationale, une délégation a proposé que la coopération soit axée sur les responsabilités communes mais différenciées des États, ainsi que sur leurs capacités respectives et leur situation

<sup>5</sup> Italie, A/C.6/71/SR.20, par. 90; Bélarus, A/C.6/71/SR.23, par. 7; Algérie, *ibid.*, par. 31; Égypte, *ibid.*, par. 45; Islande (au nom des pays nordiques), A/C.6/71/SR.24, par. 62; Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *ibid.*, par. 74; République de Corée, *ibid.*, par. 84; Grèce, A/C.6/71/SR.25, par. 33; El Salvador, *ibid.*, par. 57; Soudan, *ibid.*, par. 72; Portugal, *ibid.*, par. 94; Mexique, A/C.6/71/SR.26, par. 20; Singapour, *ibid.*, par. 28; Malaisie, *ibid.*, par. 67; Afrique du Sud, *ibid.*, par. 79; Viet Nam, *ibid.*, par. 100; Slovénie, *ibid.*, par. 110; Tuvalu, *ibid.*, par. 129; Tonga, *ibid.*, par. 132; Sri Lanka, A/C.6/71/SR.27, par. 2; Micronésie (États fédérés de), *ibid.*, par. 23; Japon, *ibid.*, par. 31; Indonésie, *ibid.*, par. 36; Inde, *ibid.*, par. 41; Argentine, A/C.6/71/SR.29, par. 86; Iran (République islamique d'), *ibid.*, par. 91; et Pérou, A/C.6/71/SR.30, par. 6.

<sup>6</sup> France, A/C.6/71/SR.20, par. 76; République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 70; Chine, *ibid.*, par. 91; Autriche, A/C.6/71/SR.25, par. 84; Espagne, A/C.6/71/SR.26, par. 9; et Slovaquie, *ibid.*, par. 143.

<sup>7</sup> États-Unis d'Amérique, A/C.6/71/SR.26, par. 127.

<sup>8</sup> Italie, A/C.6/71/SR.20, par. 90; Égypte, A/C.6/71/SR.23, par. 45; Portugal, A/C.6/71/SR.25, par. 94; Mexique, A/C.6/71/SR.26, par. 20; et Viet Nam, *ibid.*, par. 102.

<sup>9</sup> Algérie, A/C.6/71/SR.23, par. 31; République de Corée, A/C.6/71/SR.24, par. 84; Afrique du Sud, A/C.6/71/SR.26, par. 81; et Tuvalu, *ibid.*, par. 129.

<sup>10</sup> Chine, A/C.6/71/SR.24, par. 91. L'Espagne a estimé que la référence aux besoins des pays en développement, dans le nouvel alinéa du préambule, n'était pas cohérente avec l'approche plus équilibrée qui prévalait alors dans ce domaine (A/C.6/71/SR.26, par. 9). Voir également les observations faites par le Brésil (*ibid.*, par. 90).

<sup>11</sup> Italie, A/C.6/71/SR.20, par. 90; Grèce, A/C.6/71/SR.25, par. 35; Singapour, A/C.6/71/SR.26, par. 30; Viet Nam, *ibid.*, par. 101; Tonga, *ibid.*, par. 134; et Micronésie (États fédérés de), A/C.6/71/SR.27, par. 24.

<sup>12</sup> République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 71; Roumanie, A/C.6/71/SR.25, par. 77; et Malaisie, qui a souligné que sa portée pourrait être contestable lors de sa mise en pratique (A/C.6/71/SR.26, par. 69).

<sup>13</sup> Pologne, A/C.6/71/SR.26, par. 55.

<sup>14</sup> Italie, A/C.6/71/SR.20, par. 90; Royaume-Uni, A/C.6/71/SR.24, par. 76; Grèce, A/C.6/71/SR.25, par. 36; Singapour, A/C.6/71/SR.26, par. 32; Malaisie, *ibid.*, par. 70; et Tonga, *ibid.*, par. 135.

<sup>15</sup> République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 71; Autriche, A/C.6/71/SR.25, par. 84; et Slovénie, A/C.6/71/SR.26, par. 111.

<sup>16</sup> République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 71; Roumanie, A/C.6/71/SR.25, par. 77; et Tonga, A/C.6/71/SR.26, par. 135.

<sup>17</sup> République de Corée, A/C.6/71/SR.24, par. 85; et Grèce, A/C.6/71/SR.25, par. 37.

<sup>18</sup> France, A/C.6/71/SR.20, par. 76.

<sup>19</sup> Bélarus, A/C.6/71/SR.23, par. 7.

<sup>20</sup> Grèce, A/C.6/71/SR.25, par. 37.

<sup>21</sup> Malaisie, A/C.6/71/SR.26, par. 73.

<sup>22</sup> Italie, A/C.6/71/SR.20, par. 90; Islande (au nom des pays nordiques), A/C.6/71/SR.24, par. 62; et République de Corée, *ibid.*, par. 85.

<sup>23</sup> France, A/C.6/71/SR.20, par. 76; le Mexique a estimé pour sa part que «[I]a Commission devrait examiner soigneusement la question de savoir s'il convient d'inclure la directive 7 [...], étant donné que celle-ci est controversée, que la pratique est rare et que le débat évolue» (A/C.6/71/SR.26, par. 23).

<sup>24</sup> Bélarus, A/C.6/71/SR.23, par. 7; l'Espagne a estimé que le projet de directive 7 devrait indiquer expressément que les activités militaires avaient été exclues de son champ d'application (A/C.6/71/SR.26, par. 10).

<sup>25</sup> Roumanie, A/C.6/71/SR.25, par. 78.

<sup>26</sup> Autriche, *ibid.*, par. 85; et Slovaquie, A/C.6/71/SR.26, par. 143.



économique et sociale<sup>27</sup>. Une autre délégation a estimé que le projet de directive ne devait pas faire uniquement référence aux organisations internationales, car d'autres entités luttent aussi activement contre la dégradation et la pollution atmosphériques<sup>28</sup>.

## B. Objet du présent rapport

7. En s'appuyant sur les trois rapports précédents, le Rapporteur spécial entend examiner dans le présent

<sup>27</sup> Algérie, A/C.6/71/SR.23, par. 31.

<sup>28</sup> El Salvador, A/C.6/71/SR.25, par. 58.

rapport l'application concurrente du droit international relatif à la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international (chap. I), à savoir le droit commercial international et le droit international de l'investissement (chap. II), le droit de la mer (chap. III) et le droit international des droits de l'homme (chap. IV). On considère que ces branches du droit international entretiennent des liens intrinsèques avec le droit relatif à la protection de l'atmosphère. Par conséquent, l'analyse de leur application concurrente ne relève d'aucune façon d'une intention d'élargir le champ du sujet, défini dans le projet de directive 2 tel qu'adopté à titre provisoire par la Commission.

## CHAPITRE I

### Principes directeurs de l'application concurrente<sup>29</sup>

#### A. Fragmentation et application concurrente

8. On peut considérer le droit international relatif à la protection de l'atmosphère (également dénommé « droit de l'atmosphère » dans le présent rapport) comme un régime autonome, mais en aucun cas comme un régime « se suffisant à lui-même » ou « scellé ». Il coexiste et interagit avec d'autres branches du droit international. De fait, la principale force du droit international, en tant que système juridique, réside dans cette application concurrente. Par conséquent, la fragmentation du droit international est largement considérée comme une difficulté nécessaire devant être surmontée à toutes les étapes du processus juridique international, à savoir la formulation, l'interprétation et l'application, et la mise en œuvre.

9. Il convient de rappeler que le Rapporteur spécial a exposé l'approche fondamentale de cette question dans son premier rapport, publié en 2014, dans lequel il estimait que la Commission devait replacer les principes et règles de droit sur le sujet relatifs à ce qu'il est convenu d'appeler les « régimes spéciaux » dans le contexte du droit international général. Cela signifie que la Commission doit résister à la tendance au « cloisonnement (ou à la fragmentation) » résultant des approches classiques « axées sur un problème unique » du droit international de l'environnement<sup>30</sup>. Le droit international relatif à la protection de l'atmosphère faisant partie du droit international général, les principes et règles de droit applicables à l'atmosphère devraient donc, autant que possible, être envisagés à l'aune de la doctrine et de la jurisprudence du droit international général. Cela veut dire en outre que le champ des travaux de la Commission devrait être étendu afin d'appliquer les principes et règles du droit international général à divers aspects de la question de la protection de l'atmosphère.

<sup>29</sup> Le Rapporteur spécial souhaite particulièrement exprimer sa reconnaissance envers Deng Hua, doctorant à l'Université Renmin, pour lui avoir fourni la documentation pertinente sur la fragmentation du droit international et avoir rédigé les parties du rapport portant sur le soutien mutuel et sur le droit commercial international. Il tient également à exprimer sa gratitude à Zhang Maoli, de la faculté de droit de l'Université de jeunesse d'études politiques de Chine, pour avoir pris soin de vérifier les sources du présent rapport.

<sup>30</sup> *Annuaire... 2014*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/667, p. 261, par. 17. Voir également Murase, « Perspectives from international economic law on transnational environmental issues »; et Murase, « Conflict of international regimes: trade and the environment ».

Il est essentiel de faire une place aux différents comparaisons isolés dans le droit international général pour les tisser en maillage. Transcendant les frontières entre régimes spéciaux, l'approche généraliste ou globalisante s'impose donc aujourd'hui à la Commission dans son œuvre de codification et de développement progressif du droit international. Étant donné que la Commission est un organe composé essentiellement d'experts en droit international général, on peut voir là de nouvelles possibilités la concernant pour le XXI<sup>e</sup> siècle. La multiplication des traités dans les domaines spécialisés en question est à l'origine d'une véritable « congestion conventionnelle » ou « inflation conventionnelle »<sup>31</sup>. Les conventions, aussi nombreuses soient-elles, n'en comportent pas moins des lacunes importantes et se chevauchent, en raison d'une insuffisance, voire d'une absence, d'harmonisation et de coordination, de sorte que l'ensemble manque de cohérence. On a maintes fois souligné qu'il fallait renforcer les synergies entre les conventions en vigueur. La Commission doit saisir cette occasion, car elle peut jouer un rôle important à cet égard<sup>32</sup>.

10. Il convient également de prendre note des conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, au sujet de l'application concurrente des normes juridiques. Le paragraphe 1 desdites conclusions indique ce qui suit :

Le droit international est un système juridique. Ses règles et principes (c'est-à-dire ses normes) opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers. En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes. Il existe des relations significatives entre ces normes. Celles-ci peuvent donc occuper un niveau hiérarchique plus ou moins élevé, leur formulation peut être plus ou moins générale ou spécifique et leur validité peut être récente ou de longue date<sup>33</sup>.

Sur cette base, le paragraphe 2 des conclusions est libellé comme suit : « Dans l'application du droit international,

<sup>31</sup> Voir Brown Weiss, « International environmental law... », p. 697 à 702; Murase *et al.*, « Compliance with international standards: environmental case studies »; et Anton, « "Treaty congestion" in contemporary international environmental law ».

<sup>32</sup> *Annuaire... 2014*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/667, p. 261 et 262, par. 17 et 18.

<sup>33</sup> *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 186.

il est souvent nécessaire de déterminer la relation exacte entre deux règles et principes – ou plus – qui sont à la fois valables et applicables relativement à une situation<sup>34</sup> ». Le même paragraphe se poursuit ainsi : « À cette fin, les relations pertinentes se divisent en deux catégories générales : [l]es relations d'interprétation [et] [l]es relations de conflit. » La première catégorie correspond aux cas dans lesquels « une norme aide à l'interprétation d'une autre ». Dans de tels cas, « [u]ne norme peut aider à l'interprétation d'une autre norme si elle sert par exemple à appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier cette dernière. Dans une telle situation, les deux normes sont appliquées conjointement. » La seconde catégorie englobe les cas où « deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes ». Il est rappelé dans ce paragraphe que « [l]es règles fondamentales concernant la résolution des conflits normatifs figurent dans la Convention de Vienne de 1969 »<sup>35</sup>. En outre, dans le paragraphe 4 des conclusions, l'accent est mis sur le principe de l'harmonisation : « On s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles »<sup>36</sup>. »

11. C'est dans l'esprit de ces propositions méthodologiques que la question de l'application concurrente est examinée dans le présent rapport. Tout chevauchement ou conflit provoqué par une pluralité de conventions susceptibles d'être applicables à une même question (ou un même objet) peut rendre la coordination nécessaire dans un contexte donné. S'agissant du sujet examiné dans le présent rapport, de telles situations peuvent prendre la forme d'un conflit entre deux conventions multilatérales. Comme il est indiqué plus loin dans la présente partie, l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), qui comprend des dispositions sur les incompatibilités entre traités successifs, n'apporte pas nécessairement les réponses requises sur la manière dont la coordination devrait être mise en œuvre. En général, il est opportun de suivre les conclusions susmentionnées sur les relations d'interprétation (lorsque les normes sont complémentaires) et les relations de conflit (lorsqu'une norme prime sur une autre), ainsi que sur le principe de l'harmonisation (pour un ensemble unique d'obligations, dans la mesure du possible), mais il est vrai qu'un tel processus présente certaines difficultés<sup>37</sup>.

12. La notion d'application concurrente illustre l'interdépendance entre la protection de l'environnement et le développement économique et social, et est censée trouver un point d'équilibre dans le développement durable. Par conséquent, les principes régissant l'application concurrente formulés dans le présent rapport renvoient aux liens

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid. Le paragraphe 3 des conclusions renvoie à la Convention de Vienne sur le droit des traités et indique ce qui suit : « Lorsque l'on cherche à déterminer les relations mutuelles entre deux normes ou plus, il convient d'interpréter ces normes conformément à, ou par analogie avec, la Convention de Vienne, en particulier les dispositions de ses articles 31 à 33 relatives à l'interprétation des traités. »

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Voir, pour une vue d'ensemble, Boyle, « Relationship between international environmental law and other branches of international law ».

entre le droit international relatif à la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international, telles que le droit commercial et le droit de l'investissement, le droit de la mer et le droit des droits de l'homme. L'accent est mis sur ces branches en raison des liens intrinsèques qu'elles entretiennent avec le droit relatif à la protection de l'atmosphère. Néanmoins, on ne saurait faire abstraction des conflits potentiels<sup>38</sup>, notamment des conflits entre « des principes qui peuvent souvent pointer dans des directions différentes [...] de nouveaux types de clauses ou de pratiques qui peuvent ne pas être compatibles avec l'ancien droit général ou le droit de telle ou telle autre branche spécialisée »<sup>39</sup>. Aujourd'hui, le droit international tend fortement vers le « cloisonnement », comme l'atteste l'absence de liens cohérents entre ses différentes branches prises séparément, ce qui conduit bien souvent à sa fragmentation<sup>40</sup>. Une coordination active devrait donc permettre d'éviter ou de régler, autant que possible, les conflits entre traités applicables. Sans cette coordination, la réalisation effective des objectifs légitimes de la communauté internationale s'en trouverait entravée<sup>41</sup>.

13. Lorsque les règles du droit international sont formulées, interprétées, appliquées et mises en œuvre de façon complémentaire, les possibilités de prévenir ou de régler les conflits entre ces règles sont accrues. Par conséquent, pour protéger efficacement l'atmosphère de la pollution et de la dégradation atmosphériques, il est essentiel d'examiner les règles pertinentes du droit international d'une façon qui privilégie le soutien mutuel, ce qui permet de transformer les conflits pouvant découler de la coordination de dispositions conventionnelles en systèmes cohérents de protection de l'atmosphère.

## B. Soutien mutuel

14. Le concept de « soutien mutuel » est apparu pour la première fois dans le programme Action 21, qui précisait que « [l]'économie internationale doit créer un climat international propice à la réalisation des objectifs en matière d'environnement et de développement [...] [e]n faisant en sorte que le commerce et l'environnement se soutiennent mutuellement »<sup>42</sup>. Les gouvernements étaient en outre invités à s'efforcer de « [p]romouvoir et soutenir des politiques intérieures et internationales qui fassent que la croissance économique et la protection de l'environnement se soutiennent mutuellement »<sup>43</sup>. Aujourd'hui,

<sup>38</sup> Sur le phénomène des conflits entre les règles du droit international, voir, par exemple, Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law...*; Michaels et Pauwelyn, « Conflict of norms or conflict of laws... »; et Dagbanja, « The conflict of legal norms and interests in international investment law... ».

<sup>39</sup> *Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, p. 13, par. 15.

<sup>40</sup> Murase, « Perspectives from international economic law... », p. 10.

<sup>41</sup> Voir Association de droit international, résolution 2/2014 sur la Déclaration des principes juridiques relatifs au changement climatique, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014*, Londres, 2014, p. 27.

<sup>42</sup> Action 21 : Programme d'action en faveur d'un développement durable, *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 [A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) et Corr.1]*; publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8], résolution 1, annexe II, par. 2.3, al. b.

<sup>43</sup> Ibid., par. 2.9, al. d. Voir également les paragraphes 2.19 à 2.22.

il n'est pas rare que des instruments internationaux et des décisions de justice prescrivent le soutien mutuel, comme cela est indiqué plus loin dans le présent rapport. De manière générale, ce concept a pour objectif d'instaurer un équilibre entre les différentes branches du droit international dans la perspective du développement durable. Il est issu du souci de ne pas voir les différentes branches du droit international comme des régimes qui pourraient être concurrents, mais de les considérer dans l'optique de la coordination des efforts en vue d'obtenir des effets de synergie. Dans cette perspective, et compte tenu du programme Action 21 et des préceptes fondamentaux généralement reconnus du droit international, le soutien mutuel peut être vu comme un principe essentiel du droit international actuel lorsqu'il s'agit de traiter de questions d'interprétation, de fragmentation et de concurrence entre différents régimes<sup>44</sup>.

15. Le concept du soutien mutuel a acquis au moins deux dimensions normatives : les États doivent, premièrement, négocier de bonne foi en vue de prévenir, *ex ante*, les conflits éventuels et, deuxièmement, interpréter et appliquer les règles pertinentes, et en assurer le suivi, de façon harmonieuse afin de résoudre dans la mesure du possible, *ex post*, les conflits qui se sont effectivement produits<sup>45</sup>. Le concept de développement durable, qui est lui-même une pierre angulaire du droit international, établit des liens entre, d'une part, la croissance économique à long terme et la préservation des moyens de subsistance et, d'autre part, la prévention des atteintes irréparables à l'environnement, qui est nécessaire à la vie. En ce sens, il fait pendant au principe fondamental du soutien mutuel, qui lie le développement économique et la protection de l'environnement. Bien qu'ils ne soient pas identiques, les concepts de soutien mutuel et de développement durable sont proches et se chevauchent dans une certaine mesure. Sur le plan de l'interprétation, il peut parfois s'avérer extrêmement difficile de distinguer entre la concrétisation du développement durable et les résultats qui peuvent être obtenus par la mise en pratique du concept de soutien mutuel<sup>46</sup>.

16. Les conflits peuvent être prévenus et évités, en premier lieu, au moment de la négociation de nouvelles règles<sup>47</sup>. Pour contribuer à prévenir les conflits, les États devraient avoir en vue le soutien mutuel dès la phase de négociation d'un accord. À cette fin, ils peuvent notamment rédiger une disposition de manière qu'elle précise expressément qu'elle déroge à une autre disposition ou qu'elle fasse expressément référence à une autre disposition. Ainsi, les deux dispositions peuvent simplement coexister, et tout conflit est prévenu *ex ante*<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Ibid., p. 10 à 19. Voir également Pavoni, « Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making... », p. 651.

<sup>45</sup> Pavoni, « Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making... », p. 651.

<sup>46</sup> Ibid., p. 662.

<sup>47</sup> Voir Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, p. 237.

<sup>48</sup> Ibid. Wilfred Jenks a signalé que, lorsque la négociation ou la coordination de traités était assurée par différentes personnes, celles-ci avaient tendance à « faire valoir leur point de vue sur des questions de détail qui prêtaient à débat, au détriment de la cohérence entre différents instruments et dans le corps d'instruments connexes ». Il a donc demandé que les négociateurs et les coordonnateurs prennent « l'habitude d'examiner les nouveaux instruments proposés du point de vue de leur effet sur l'ordre juridique international », Jenks, « Conflict of law-making treaties », p. 452.

17. En outre, dans le processus *ex post* d'interprétation et d'application des règles applicables du droit international, c'est le principe du soutien mutuel qui devrait guider les États et les tribunaux internationaux, afin qu'ils interprètent et appliquent les règles pertinentes de façon harmonieuse « dans la mesure du possible, [...] de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles<sup>49</sup> ».

18. Bien que la Convention de Vienne de 1969 elle-même ne mentionne pas expressément le principe interprétatif de l'harmonisation, celui-ci est généralement garanti par l'article 31, paragraphe 3 c, qui prévoit une interprétation systémique selon laquelle on tiendra compte « [d]e toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties<sup>50</sup> ». En d'autres termes, l'article 31, paragraphe 3 c, met en avant à la fois l'« unité du droit international » et « l'idée que les règles ne devraient pas être considérées indépendamment du droit international général<sup>51</sup> ». Ainsi, par exemple, depuis l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, en 1996, l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) refuse d'appliquer les règles de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce<sup>52</sup> séparément d'autres règles d'interprétation du droit international public, ayant notamment déclaré « qu'il ne faut pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public<sup>53</sup> ». On se souviendra que le Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international a noté que l'article 31, paragraphe 3 c, de la Convention de Vienne de 1969 était fondé sur le « principe d'intégration systémique », soulignant qu'il convenait de tenir compte d'autres règles pouvant jouer un rôle dans une affaire lorsqu'il s'agissait d'interpréter le texte d'un traité international<sup>54</sup>.

19. Il convient également de noter que l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969 prévoit les méthodes traditionnelles à appliquer pour résoudre les conflits si le principe d'harmonisation décrit ci-dessus s'avère inefficace dans un contexte donné. Cet article<sup>55</sup> prévoit

<sup>49</sup> Au sujet du principe interprétatif de l'harmonisation, voir les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 186, par. 4.

<sup>50</sup> Voir, par exemple, OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (États-Unis – Crevettes)*, WT/DS58/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 6 novembre 1998, par. 158, et note de bas de page 157. Voir également Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, par. 55, CEDH 2001-XI.

<sup>51</sup> Sands, « Treaty, custom and the cross-fertilization of international law », p. 95, par. 25; McLachlan, « The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention », p. 279; et Corten et Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties...*, p. 828 et 829.

<sup>52</sup> L'Accord initial a été signé à Genève le 30 octobre 1947. L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 figure à l'annexe 1 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce.

<sup>53</sup> OMC, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (États-Unis – Essence)*, WT/DS2/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 20 mai 1996, p. 19. Voir également Murase, « Unilateral measures and the WTO dispute settlement » (évoquant l'affaire *États-Unis – Essence*).

<sup>54</sup> *Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, p. 91 et suiv., par. 410 à 480.

<sup>55</sup> Corten et Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties...*, p. 764 à 803.

expressément, pour la résolution des conflits de lois, les règles suivantes: *lex specialis* (par. 2), *lex posterior* (par. 3) et *pacta tertiis* (par. 4). Le paragraphe 2 confirme la règle *lex specialis* dans les termes suivants: «Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent<sup>56</sup>». Le paragraphe 3 s'applique lorsque des parties concluent des traités successifs, confirmant la règle *lex posterior*, selon laquelle un traité postérieur prévaut contre un traité antérieur<sup>57</sup>. Le paragraphe 4 porte sur les cas complexes dans lesquels les parties à des traités successifs ne sont pas les mêmes, c'est-à-dire dans lesquels les parties au traité postérieur n'incluent pas toutes les parties au traité antérieur, ce qui se produit souvent lorsque l'on aborde la question de l'application concurrente de différents traités multilatéraux<sup>58</sup>.

20. Cependant, ces méthodes conventionnelles d'interprétation des traités n'entraînent pas systématiquement le soutien mutuel voulu. Par exemple, une clause (règle) autonome sur la résolution des conflits figurant dans le dispositif d'un accord multilatéral sur l'environnement peut prévoir la primauté d'autres accords en cas de conflit, comme l'article XIV, paragraphes 2 et 3, de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction<sup>59</sup>. Il arrive également que la règle relative aux conflits incorporée à un accord multilatéral sur l'environnement manque terriblement de

<sup>56</sup> Ibid., p. 785 à 787.

<sup>57</sup> Ibid., p. 789 à 791.

<sup>58</sup> Ibid., p. 791 à 798.

<sup>59</sup> Voir également Pavoni, «Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making...», p. 654.

clarté, comme celle qui figure dans le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique<sup>60</sup>. En conséquence, lorsqu'ils font prévaloir un instrument, les États devraient également chercher à trouver le bon équilibre par rapport à l'instrument concurrent et à ménager une certaine souplesse, afin que d'autres objectifs légitimes puissent également être dûment atteints.

21. Au vu de ce qui précède, le projet de directive suivant est proposé:

*«Projet de directive 9. Principes directeurs de l'application concurrente*

«Conformément au principe d'application concurrente, les États élaborent, interprètent et appliquent les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère en tenant compte des autres règles applicables du droit international dans un souci de soutien mutuel et d'harmonisation, en vue de régler tout conflit entre ces règles et de protéger efficacement l'atmosphère contre la pollution et la dégradation atmosphériques.»

<sup>60</sup> En ce qui concerne l'application concurrente des accords de l'OMC, le préambule du Protocole de Cartagena prévoit ce qui suit: «Estimant que les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable, [s]oulignant que le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur, [c]onsidérant qu'il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux». Il en découle que, si le premier de ces alinéas place le Protocole et les accords de l'OMC sur un pied d'égalité, le deuxième semble prévoir la primauté des accords de l'OMC, et le troisième, celle du Protocole. Voir Mackenzie *et al.*, *Guide explicatif du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*, p. 29 à 32, par. 143 à 156.

## CHAPITRE II

### Droit relatif à la protection de l'atmosphère et droit commercial international ou droit international de l'investissement

22. Dans le monde actuel, le libre-échange et l'investissement étranger sont indispensables au bien-être de l'humanité, mais peuvent être en contradiction avec la protection de l'environnement et de l'atmosphère. À titre d'exemple général, un État peut appliquer sur son territoire des mesures de protection de l'environnement qui visent à préserver la qualité de l'air en limitant les importations d'essence ou les investissements étrangers dans une centrale électrique, ce qui peut être considéré comme une infraction aux obligations internationales qui lui incombent en matière de libre-échange et de protection de l'investissement étranger. Le moyen de régler ces conflits fait l'objet d'importants débats en droit international. Lors de l'examen des contradictions entre le commerce et l'environnement, il est important de distinguer deux situations: dans la première, les mesures en question ont été prises par l'État conformément aux accords multilatéraux sur l'environnement auxquels il est partie, tandis que dans la seconde, elles l'ont simplement été sur la base du droit interne. Dans le premier cas de figure, la question de la coordination entre deux traités devrait être réglée

conformément aux articles 30 et 31 de la Convention de Vienne de 1969 mentionnés ci-dessus, alors que, dans le second, ce sont essentiellement des mesures unilatérales de l'État, qui peuvent être présumées «opposables» ou «inopposables» en droit international<sup>61</sup>.

#### A. Droit commercial international

##### 1. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE ET ACCORD GÉNÉRAL SUR LES TARIFS DOUANIERS ET LE COMMERCE

23. La protection de l'environnement n'était pas un sujet de préoccupation prioritaire lors de l'élaboration de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce en 1947. C'est ultérieurement qu'il a été admis que l'article XX de l'Accord, sur les exceptions générales, s'appliquait en partie à l'environnement. Cet article est rédigé en ces termes:

<sup>61</sup> Voir Murase, «Unilateral measures and the concept of opposability in international law».

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures : [...] b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; [...] g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales<sup>62</sup>.

24. Il a été signalé que, pendant la négociation du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, en 1987, on s'est demandé si son article 4 (Réglementation des échanges commerciaux avec les États non parties au Protocole) était compatible avec les règles de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce relatives au libre-échange. Cependant, cette question ne semble pas avoir donné lieu à une réelle controverse<sup>63</sup>, contrairement aux rapports du Groupe spécial chargé du règlement des différends relatifs au différend *Thons-dauphins* [*États-Unis – Restrictions à l'importation de thon* (Mexique et autres c. États-Unis) et *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon* (Communauté économique européenne et Pays-Bas c. États-Unis)]<sup>64</sup>, qui ont suscité des discussions passionnées sur le commerce et l'environnement dans le monde entier. Dans les deux affaires, l'interprétation de l'article XX, paragraphe I b et g, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce était au cœur du débat.

25. En 1995, l'OMC a été créée par l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, auquel l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce a été incorporé, en annexe, sans changement substantiel. Le premier alinéa du préambule de l'Accord de Marrakech dispose que l'OMC vise à concilier les objectifs du commerce et du développement avec les besoins écologiques « conformément à l'objectif de développement durable ». En cela, il ajoute une nouvelle dimension à la question du commerce et de l'environnement. Le Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC a été créé « pour faire en sorte que les politiques en matière de commerce international et les politiques environnementales se renforcent mutuellement<sup>65</sup> », et, dans son rapport à la Conférence ministérielle de Singapour, en 1996, a réaffirmé sa position, déclarant que le système de l'OMC et la protection de l'environnement étaient « deux domaines de l'élaboration des politiques [qui] sont importants et [qu']ils devraient s'étayer mutuellement afin de promouvoir le développement durable<sup>66</sup> », ajoutant que les accords adoptés dans ces domaines « traduisent les

efforts déployés par la communauté internationale pour réaliser des objectifs communs et [qu']il faut tenir dûment compte des uns et des autres en établissant entre eux des relations qui s'étayent mutuellement<sup>67</sup> ». Le concept de soutien mutuel étant de plus en plus considéré comme « une norme juridique interne de l'OMC<sup>68</sup> », les États se sont dits convaincus, dans la Déclaration ministérielle de Doha<sup>69</sup>, que « les objectifs consistant à maintenir et à préserver un système commercial multilatéral ouvert et non discriminatoire, et à œuvrer en faveur de la protection de l'environnement et de la promotion du développement durable peuvent et doivent se renforcer mutuellement<sup>70</sup> ».

## 2. ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE

26. Les accords de libre-échange réservent eux aussi une place au concept de soutien mutuel pour gérer les rapports entre le commerce et l'environnement. Par exemple, l'article 17.12 de l'Accord de libre-échange entre pays d'Amérique centrale, États-Unis et République dominicaine prévoit que « les Parties continuent de chercher des moyens d'améliorer le soutien mutuel des accords multilatéraux sur l'environnement et des accords commerciaux auxquels elles sont toutes parties<sup>71</sup> ». Dans d'autres accords de libre-échange récents, tels que celui conclu par le Canada et l'Association européenne de libre-échange, les parties ont reconnu « la nécessité de politiques commerciales et environnementales se renforçant mutuellement pour atteindre l'objectif du développement durable<sup>72</sup> ». Plus récemment, l'Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part<sup>73</sup>, prévoit dans le chapitre 24 (« Commerce et environnement »), à l'article 24.4, paragraphe 1, ce qui suit :

<sup>67</sup> Ibid., par. 171.

<sup>68</sup> Pavoni, « Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making... », p. 652.

<sup>69</sup> Adoptée le 14 novembre 2001 à la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC, à Doha, WT/MIN(01)/DEC/1.

<sup>70</sup> Ibid., par. 6. Le « mandat énoncé au paragraphe 31 de la Déclaration ministérielle de Doha, qui vise à renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement », a été réaffirmé dans la Déclaration ministérielle de Hong Kong, adoptée le 18 décembre 2005 à la sixième Conférence ministérielle, à Hong Kong (Chine), WT/MIN(05)/DEC, par. 30.

<sup>71</sup> Accord de libre-échange entre pays d'Amérique centrale, États-Unis et République dominicaine (Washington, 5 août 2004), disponible sur le site Web <https://ustr.gov/>, dans « Trade Agreements » (en anglais seulement).

<sup>72</sup> Accord de libre-échange entre le Canada et les États de l'Association européenne de libre-échange (Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse) [Davos (Suisse), 26 janvier 2008], disponible sur le site Web de l'Association européenne de libre-échange ([www.efta.int](http://www.efta.int)), dans « Global Trade Relations ».

<sup>73</sup> Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (Bruxelles, 30 octobre 2016), *Journal officiel de l'Union européenne*, L 11, 14 janvier 2017, p. 23. Voir également l'Accord de partenariat transpacifique (Auckland, 4 février 2016, dont la version authentifiée a été publiée le 26 janvier 2016), qui dispose en son article 20.2, paragraphe 1, que le chapitre sur l'environnement vise « à promouvoir des politiques commerciales et environnementales qui se renforcent mutuellement, à promouvoir un degré élevé de protection de l'environnement et l'application efficace des lois environnementales, et à accroître la capacité des Parties de trouver des solutions aux problèmes environnementaux se rapportant au commerce, y compris par la coopération ». Cet accord n'est pas encore entré en vigueur. Le texte peut en être consulté sur le site Web du Ministère des affaires étrangères et du commerce de Nouvelle-Zélande ([www.mfat.govt.nz](http://www.mfat.govt.nz)), dans « About us », puis « Treaties ».

<sup>62</sup> Voir, en général, sur la question du commerce et de l'environnement, Murase, « Perspectives from international economic law... » et « Conflict of international regimes... ».

<sup>63</sup> Lawrence, « International legal regulation for protection of the ozone layer: some problems of implementation ».

<sup>64</sup> Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS21/R, 3 septembre 1991 (Thons-dauphins I, non adopté) ; et Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R, 16 juin 1994 (Thons-dauphins II, non adopté). Voir également Schoenbaum, « Free international trade and protection of the environment... ».

<sup>65</sup> Comité des négociations commerciales, décision du 14 avril 1994, MTN.TNC/45(MIN), annexe II, p. 18.

<sup>66</sup> OMC, rapport du Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/1 (12 novembre 1996), par. 167.

Les Parties reconnaissent l'intérêt de la gouvernance et des accords internationaux en matière d'environnement en tant que réponse de la communauté internationale aux problèmes environnementaux mondiaux ou régionaux, et elles soulignent la nécessité de renforcer la complémentarité des politiques, des règles et des mesures en matière de commerce et d'environnement.

### 3. ACCORDS MULTILATÉRAUX SUR L'ENVIRONNEMENT

27. Le concept de soutien mutuel est intégré à des accords multilatéraux sur l'environnement portant sur la protection de l'atmosphère. Ainsi, l'article 3, paragraphe 5, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques stipule ceci :

Il appartient aux Parties de travailler de concert à un système économique international qui soit porteur et ouvert et qui mène à une croissance économique et à un développement durables de toutes les Parties, en particulier des pays en développement parties, pour leur permettre de mieux s'attaquer aux problèmes posés par les changements climatiques.

Il est également affirmé dans le préambule de la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants que « [la] Convention et d'autres accords internationaux dans le domaine du commerce et de l'environnement concourent au même objectif ». La Convention de Minamata sur le mercure fait également référence au soutien mutuel, en des termes comparables.

### 4. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

28. La première affaire traitée par l'Organe de règlement des différends et l'Organe d'appel de l'OMC dans laquelle un lien a été établi entre le commerce et l'atmosphère dans le contexte du droit de l'OMC était l'affaire *États-Unis – Essence* de 1996<sup>74</sup>. L'Organe d'appel a conclu, s'agissant de l'interprétation qui avait été faite de l'article XX, paragraphe I g, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, que l'air pur était une « ressource naturelle » qui pouvait être « épuisée »<sup>75</sup>. L'importance de la décision tenait à la force avec laquelle les principes et règles du droit international y étaient invoqués. Critiquant le rapport du Groupe spécial, l'Organe d'appel a déclaré ce qui suit :

De l'avis de l'Organe d'appel, ce qui pose surtout problème en ce qui concerne la façon dont le Groupe spécial a appliqué l'article XX g) [...] est qu'il a négligé une règle fondamentale de l'interprétation des traités. Cette règle a été formulée de manière succincte dans un texte qui fait autorité, la [Convention de Vienne de 1969] [...]. Tous les participants et les participants tiers se sont fondés sur la « règle générale d'interprétation » énoncée [à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969], mais pas toujours au sujet de la même question. Cette règle générale d'interprétation est devenue une règle du droit international coutumier ou général. En tant que telle, elle fait partie des « règles coutumières d'interprétation du droit international public » que l'Organe d'appel a

pour instruction, en vertu de l'article 3 2) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, d'appliquer lorsqu'il s'emploie à clarifier les dispositions de l'Accord général et des autres « accords visés » [...]. Cette instruction est dans une certaine mesure la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public<sup>76</sup>.

Comme indiqué plus haut (par. 18), l'Organe d'appel a souligné qu'il importait d'adopter une interprétation systématique, dans la logique du soutien mutuel et du développement durable. L'affaire *États-Unis – Essence* est à la fois un excellent exemple de l'application du principe du soutien mutuel et un cas dans lequel le droit relatif à la protection de l'atmosphère a contribué, plus largement, au développement du droit international.

29. L'affaire *États-Unis – Crevettes*<sup>77</sup> illustre également les liens que le droit de l'OMC présente avec la protection de l'environnement, et bien qu'il n'y ait pas été directement question de pollution atmosphérique, les principes généraux relatifs à l'environnement qui y ont été appliqués intéressent le sujet examiné. La question du soutien mutuel entre les régimes en matière de commerce et d'environnement était au cœur de cette affaire<sup>78</sup>. L'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial et dit que, bien qu'elles puissent faire l'objet de la justification provisoire prévue par l'article XX, paragraphe I g, les mesures des États-Unis en cause ne satisfaisaient pas aux prescriptions énoncées dans le texte introductif de l'article XX. L'Organe d'appel a expressément visé le principe du soutien mutuel et affirmé que celui-ci était étroitement lié à l'objectif de développement durable inscrit dans le préambule de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce. Guidé par ce principe, il s'est employé à trouver un juste équilibre lorsqu'il a interprété le texte introductif de l'article XX, aux termes duquel les exceptions à cet article ne doivent pas être « appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ». Selon l'Organe d'appel, ce texte introductif était « une façon d'exprimer le principe de la bonne foi<sup>79</sup> » et, par conséquent, son objectif fondamental était de prévenir l'abus des exceptions prévues à l'article XX et de maintenir l'équilibre des droits et des obligations dans le système juridique de l'OMC. Les États-Unis n'ayant pas entamé de véritables négociations multilatérales avec les États soucieux de conclure des accords visant à protéger les tortues marines, l'Organe d'appel a estimé que la mesure des États-Unis en cause ne faisait pas partie des mesures autorisées au titre du texte introductif de l'article XX. En bref, dans cette affaire qui fait date, l'Organe d'appel a considéré que le soutien mutuel était une norme interne au système juridique de l'OMC, et non un emprunt à des sources externes, affirmant que « [l]a nécessité d'entreprendre de

<sup>74</sup> Voir *supra* la note 53. Dans cette affaire, le Brésil et la République bolivarienne du Venezuela ont prié l'Organe de règlement des différends de l'OMC d'examiner la compatibilité de la loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique des États-Unis (*Clean Air Act*) et des « méthodes d'établissement des niveaux de base » de l'Agence de protection de l'environnement des États-Unis au regard des dispositions applicables de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et des textes de l'OMC. La loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique et la réglementation y relative (modifiées en 1990) visent à prévenir et à contrôler la pollution atmosphérique aux États-Unis en fixant des normes de qualité de l'essence et d'émissions des véhicules à moteur. Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/667, p. 274 et 275, par. 49.

<sup>75</sup> Voir *États-Unis – Essence* (note 53 *supra*), p. 16, citant le rapport du Groupe spécial.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 18 et 19. Voir également McRae, « GATT article XX and the WTO Appellate Body »; et Gomula, « Environmental disputes in the WTO ».

<sup>77</sup> Voir *supra* la note 50. Voir Gomula, « Environmental disputes in the WTO », p. 408 à 411.

<sup>78</sup> Voir Ruiz Fabri, « Jeux dans la fragmentation... », p. 79; et Nathalie Bernasconi-Osterwalder, « Interpreting WTO law and the relevance of multilateral environmental agreements in *EC-Biotech* », note accompagnant l'exposé présenté au British Institute of International and Comparative Law lors de la septième conférence annuelle sur l'OMC (22-23 mai 2007), p. 9 et 11.

<sup>79</sup> *États-Unis – Crevettes* (voir *supra* la note 50), par. 158.

tels efforts [de concertation et de coopération], et leur opportunité, ont été reconnues à l'OMC elle-même ainsi que dans un nombre considérable d'autres instruments et déclarations internationaux<sup>80</sup>».

30. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 21 décembre 2011 en l'affaire *Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change*<sup>81</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu la validité de la Directive 2008/101/CE sur l'intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre<sup>82</sup>. L'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2012, de certaines parties de cette directive concernant les compagnies aériennes des pays membres de l'Union européenne et des pays tiers pénétrant dans l'espace aérien européen ou le quittant a eu des incidences sur le commerce international et, de ce fait, été la cause de tensions internationales. Bien que la Cour ait jugé le système communautaire d'échange de quotas d'émission compatible avec le droit international et les accords aériens, la directive susmentionnée pourrait toutefois être attaquée au motif qu'elle viole le droit de l'OMC. Pour concilier les mesures relatives aux changements climatiques et les règles de l'OMC, un juste équilibre doit être trouvé entre la nécessité de donner aux membres de l'OMC la marge de manœuvre décisionnelle dont ils ont besoin pour prendre des mesures propres à réduire les émissions de gaz à effet de serre et celle de maintenir un système commercial ouvert et non discriminatoire qui favorise la croissance économique et la prospérité à l'échelle mondiale. Devant les vives critiques émises par des pays tiers, l'Union européenne a, depuis, suspendu temporairement l'application du système d'échange de quotas d'émission pour les vols en provenance ou à destination de pays non européens<sup>83</sup>, en attendant la mise en œuvre du régime mondial de mesures basées sur le marché adopté par l'Assemblée de l'Organisation de l'aviation civile internationale sous la forme d'un programme de compensation et de réduction des émissions de carbone pour l'aviation internationale, qui devrait entrer en vigueur en 2021 pour les pays volontaires, puis devenir obligatoire à partir de 2027 (résolution A39-3 de l'Assemblée de l'Organisation de l'aviation civile internationale). Cependant, les mesures en question pourraient être attaquées par des pays non européens

<sup>80</sup> Ibid., par. 168.

<sup>81</sup> Affaire C-366/10, arrêt (grande chambre), 21 décembre 2011, *Recueil de la jurisprudence 2011*, p. I-13755; Meltzer, «Climate change and trade – The EU Aviation Directive and the WTO»; Bartels, «The WTO legality of the application of the EU's Emission Trading System to aviation»; et Piera Valdés, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation: Legal and Policy Challenges*.

<sup>82</sup> Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 8, 13 janvier 2009.

<sup>83</sup> Décision n° 377/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 avril 2013 dérogeant temporairement à la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 113, 25 avril 2013; et Règlement (UE) n° 421/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, en vue de la mise en œuvre, d'ici 2020, d'une convention internationale portant application d'un mécanisme de marché mondial aux émissions de l'aviation internationale, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 129, 30 avril 2014.

devant d'autres instances, ce qui mettrait en lumière le conflit entre commerce et environnement, conflit qui doit être réglé dans un esprit de conciliation et conformément au principe du soutien mutuel<sup>84</sup>.

## B. Droit international de l'investissement

31. Comme dans le domaine du droit commercial international, l'importance que revêtent le développement durable et le soutien mutuel au regard de la protection de l'investissement et de l'environnement est de plus en plus admise en droit international de l'investissement<sup>85</sup>. L'acte de commerce est essentiellement une opération ponctuelle entre des parties (un vendeur et un acquéreur) dont la relation contractuelle cesse d'exister dès lors que l'opération est achevée. À l'inverse, l'investissement requiert généralement un engagement à long terme entre les parties (l'investisseur et l'entité dans laquelle celui-ci investit), si bien que la place accordée à la protection de l'environnement dans les accords internationaux d'investissement peut être beaucoup plus importante dans le domaine de l'investissement que dans celui du commerce. L'accord multilatéral sur l'investissement proposé par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) aurait établi des règles mondiales en matière d'investissement, si les négociations le concernant n'avaient pas échoué en 1998<sup>86</sup>. Le droit international de l'investissement a aujourd'hui deux principales sources : les accords de libre-échange et les traités bilatéraux d'investissement. Les accords et traités en vigueur qui comportent des dispositions régissant l'investissement direct étranger seraient actuellement au nombre de 358 et de 2946, respectivement<sup>87</sup>. Ce corpus de droit international de l'investissement définit les droits de l'investisseur étranger dans le pays d'accueil. De manière générale, il précise le sens des termes «national» et traitement de la «nation la plus favorisée», et garantit un «traitement juste et équitable» dans les affaires d'expropriation<sup>88</sup>. S'il peut arriver qu'elles entrent en conflit, la protection de l'investissement (ou de l'investisseur) étranger et celle de l'environnement peuvent et doivent cependant être conciliées, en vertu du principe du soutien mutuel<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> Sur les litiges potentiels concernant le système communautaire d'échange de quotas d'émission portés devant le Conseil de l'Organisation de l'aviation civile internationale, voir Bae, «Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization...». Concernant les activités menées par l'Organisation de l'aviation civile internationale pour lutter contre les changements climatiques dans le domaine de l'aviation, voir la résolution A39-3 de l'Assemblée de l'Organisation, intitulée «Exposé récapitulatif de la politique permanente et des pratiques de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement – Régime mondial de mesures basées sur le marché (MBM)», qu'elle a adoptée à sa trente-neuvième session, tenue à Montréal du 27 septembre au 6 octobre 2016; et Ahmad, «Environmental law: emissions», p. 243 à 248.

<sup>85</sup> Le Rapporteur spécial tient à exprimer toute sa reconnaissance à Yuka Fukunaga, professeur à l'Université Waseda, qui a fourni la documentation nécessaire et rédigé les parties du présent rapport relatives au droit international de l'investissement.

<sup>86</sup> Disponible sur le site Web de l'OCDE ([www.oecd.org/fr](http://www.oecd.org/fr)), dans «Thèmes», puis «Investissement».

<sup>87</sup> Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2016...*, p. 19.

<sup>88</sup> Schoenbaum et Young, *International Environmental Law...*, p. 645, voir aussi les pages 644 à 655.

<sup>89</sup> Dupuy et Viñuales (dir. publ.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection...*; Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law*; Slater, «Investor-State

## 1. PRATIQUE CONVENTIONNELLE

32. Parmi les accords de libre-échange, le plus remarquable, parce qu'y sont prises en compte un certain nombre de dispositions et d'institutions importantes en matière de protection de l'environnement, est peut-être l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), conclu par le Canada, les États-Unis et le Mexique. Le chapitre 11 (« Investissement »), qui règle différents aspects de la protection des investissements et des investisseurs étrangers (art. 1101 à 1105), comporte également des dispositions touchant à la protection de l'environnement, notamment l'article 1106, paragraphe 6, qui traite de l'exception qui peut être faite aux restrictions visant les « prescriptions de résultats »<sup>90</sup>, et l'article 1110 (« Expropriation et indemnisation »)<sup>91</sup>. On notera tout particulièrement que l'article 1114 (« Mesures environnementales ») stipule en son paragraphe 1 ce qui suit :

Aucune disposition du présent chapitre [relatif à l'investissement] ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme au présent chapitre, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement.

Bien qu'il n'aille pas jusqu'à justifier des mesures par ailleurs contraires aux dispositions du chapitre en question, ce paragraphe confirme qu'il n'est pas interdit aux parties de prendre les mesures de protection de l'environnement qui sont nécessaires, pour autant qu'elles respectent les obligations découlant dudit chapitre. Le paragraphe 2 de l'article 1114, qui enjoint aux parties de ne pas encourager l'investissement en adoucissant leur réglementation en matière d'environnement, se lit comme suit :

Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur. La Partie qui estime qu'une autre Partie a offert un tel encouragement pourra demander la tenue de consultations, et les deux Parties se consulteront en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné.

arbitration and domestic environmental protection»; Beharry et Kuritzky, «Going green: managing the environment through international investment arbitration»; Condon, «The integration of environmental law into international investment treaties and trade agreements: negotiation process and the legalization of commitments»; Gordon et Pohl, «Environmental concerns in international investment agreements: a survey»; Baughen, «Expropriation and environmental regulation: the lessons of NAFTA chapter eleven»; et Fauchald, «International investment law and environmental protection».

<sup>90</sup> L'article 1106, paragraphe 6, de l'ALENA se lit comme suit : «Aucune disposition des alinéas 1 b ou c ou 3 a ou b ne sera interprétée comme empêchant une Partie d'adopter ou de maintenir des mesures, notamment des mesures de protection de l'environnement,

«a) nécessaires à l'application des lois et des règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord,

«b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou

«c) nécessaires à la conservation des ressources naturelles épuisables biologiques et non biologiques,

«sous réserve que lesdites mesures ne soient pas appliquées de façon arbitraire ou injustifiée, ni ne constituent une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement.»

<sup>91</sup> Aux termes de l'article 1110, paragraphe 1 a, de l'ALENA, il peut être fait exception à la règle interdisant l'expropriation d'un investissement étranger si «une raison d'intérêt public» (dont la protection de l'environnement) l'impose.

Ce paragraphe vise à faire en sorte que les parties ne se livrent pas à une « concurrence par le bas » pour attirer l'investissement étranger. Outre les dispositions de l'article 1114, l'ALENA prévoit la primauté de certains accords en matière d'environnement et de conservation.

33. L'article 104, paragraphe 1, de l'ALENA est ainsi libellé :

En cas d'incompatibilité entre le présent accord et les obligations spécifiques que prescrivent en matière de commerce

a) la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, faite à Washington le 3 mars 1973 et modifiée le 22 juin 1979,

b) le *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, fait à Montréal le 16 septembre 1987 et modifié le 29 juin 1990,

c) la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, faite à Bâle le 22 mars 1989, dès son entrée en vigueur pour le Canada, le Mexique et les États-Unis, ou

d) les accords visés à l'annexe 104.1,

ces obligations prévaudront dans la mesure de l'incompatibilité, si ce n'est que, s'agissant de se conformer auxdites obligations, toute Partie devra choisir, parmi les moyens également efficaces et raisonnablement accessibles qui s'offrent à elle, le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions du présent accord<sup>92</sup>.

34. L'un des accords de libre-échange les plus récents est l'Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, signé lors du sommet du 30 octobre 2016 entre l'Union européenne et le Canada<sup>93</sup>. Compte tenu de la préoccupation, exprimée récemment, selon laquelle les accords d'investissement et les arbitrages en la matière nuiraient à l'autonomie réglementaire des États<sup>94</sup>, l'importance du droit de réglementer les questions relatives à l'environnement a été explicitement admise dans l'Accord. Par exemple, il est confirmé à l'article 8.4, paragraphe 2 d, que les mesures «visant à assurer la conservation et la protection des ressources naturelles et de l'environnement, y compris une limitation concernant la disponibilité, le nombre et la portée des concessions accordées, ainsi que l'imposition d'un moratoire ou d'une interdiction» sont conformes au paragraphe 1 de cet article, lequel dispose qu'une partie ne doit ni adopter ni maintenir de mesures imposant des limitations ou des restrictions «en ce qui concerne l'accès aux marchés par l'établissement d'un investisseur de l'autre Partie». En outre, l'article 8.9, paragraphe 1, dispose que

les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle.

<sup>92</sup> Les accords visés à l'annexe 104.1 de l'ALENA sont l'Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Canada concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux (Ottawa, 28 octobre 1986), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2120, n° 36880, p. 97; et l'Accord de coopération entre les États-Unis du Mexique et les États-Unis d'Amérique relatif à la protection et à l'amélioration de l'environnement dans la zone frontalière [La Paz (Mexique), 14 août 1983], *ibid.*, vol. 1352, n° 22805, p. 67.

<sup>93</sup> Voir *supra* la note 73.

<sup>94</sup> Voir, par exemple, Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration...*, p. 1 à 4; et Bonnitca, *Substantive Protection under Investment Treaties...*, p. 113 à 133.



35. En particulier, il est dit au paragraphe 4 de l'article 8.9 qu'«aucune disposition de la présente section n'est interprétée comme empêchant une Partie de mettre fin à l'octroi d'une subvention ou de demander son remboursement lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour se conformer aux obligations internationales entre les Parties». Ce paragraphe a sans doute été adopté devant la multiplication des demandes d'arbitrage entre investisseurs et État déposées contre l'Espagne, par suite de la réduction des tarifs de rachat d'électricité qu'elle garantissait. L'importance du droit de réglementer est également affirmée aux paragraphes 2 et 9 de l'Instrument interprétatif commun concernant l'Accord. En particulier, le paragraphe 9 de l'Instrument traite directement de la question des changements climatiques, dans les termes suivants :

#### 9. Protection de l'environnement

a) Aux termes de l'[Accord], l'Union européenne et ses États membres ainsi que le Canada sont tenus d'assurer et d'encourager des niveaux élevés de protection de l'environnement, et de s'efforcer d'améliorer continuellement leur législation et leurs politiques en la matière de même que les niveaux de protection sur lesquels elles reposent.

b) L'[Accord] reconnaît expressément au Canada ainsi qu'à l'Union européenne et à ses États membres le droit de définir leurs propres priorités environnementales, d'établir leurs propres niveaux de protection de l'environnement et d'adopter ou de modifier en conséquence leur législation et leurs politiques en la matière, tout en tenant compte de leurs obligations internationales, y compris celles prévues par des accords multilatéraux sur l'environnement. Parallèlement, l'Union européenne et ses États membres ainsi que le Canada sont convenus, dans l'[Accord], de ne pas baisser les niveaux de protection de l'environnement afin de stimuler le commerce ou l'investissement et, en cas de violations de cet engagement, les gouvernements peuvent remédier à ces violations, qu'elles aient ou non des effets défavorables sur un investissement ou sur les attentes de profit d'un investisseur.

c) L'[Accord] comporte des engagements en faveur d'une gestion durable des forêts, des pêches et de l'aquaculture, ainsi que des engagements de coopérer sur des questions environnementales d'intérêt commun liées au commerce, telles que le changement climatique, pour lequel la mise en œuvre de l'Accord de Paris constituera une importante responsabilité partagée de l'Union européenne et de ses États membres ainsi que du Canada.

36. L'Accord comprend d'autres dispositions qui ne portent pas expressément sur l'environnement mais interdisent de prendre certaines mesures arbitraires ou injustifiables contraires aux obligations des parties. Par exemple, l'article 8.10, paragraphe 2, dispose qu'«[u]ne Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable [...] lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue», notamment, «un cas d'arbitraire manifeste», «une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites» ou «un traitement abusif des investisseurs». En ce qui concerne l'expropriation indirecte, le paragraphe 3 de l'annexe 8-A dispose que «sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte». En outre, l'Accord, suivant l'évolution observée récemment dans les accords de libre-échange et traités bilatéraux d'investissement, incorpore au chapitre consacré à l'investissement l'exception générale visée à

l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ou une disposition équivalente<sup>95</sup>.

37. L'ALENA et l'Accord économique et commercial global ne sont pas les seuls à reconnaître la nécessité du soutien mutuel et du développement durable. La plupart des accords de libre-échange et traités bilatéraux d'investissement en vigueur actuellement contiennent des dispositions visant d'une manière ou d'une autre à protéger l'environnement. Par exemple, plusieurs traités de ce type conclus par le Canada, la Colombie et les États-Unis comportent une disposition semblable à l'article 1114, paragraphe 1, de l'ALENA et à l'article 8.9 de l'Accord économique et commercial global, confirmant le droit des parties de réglementer les questions d'environnement<sup>96</sup>. En outre, ils disposent souvent, comme l'article 1114, paragraphe 2, de l'ALENA, qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement<sup>97</sup>. De plus, certains accords de libre-échange et traités bilatéraux d'investissement conclus par le Canada consacrent expressément l'importance du développement durable. Par exemple, il est dit dans le préambule de l'Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée que les parties ont résolu «de promouvoir le développement durable» et, à l'article 17.1, paragraphe 2, que «le développement économique et la protection de l'environnement sont interdépendants et sont des composantes du développement durable qui se renforcent mutuellement». On relèvera également, en particulier dans les accords de libre-échange conclus par le Canada, la pratique de donner aux arbitres des directives d'interprétation précisant que les mesures de protection de l'environnement ne constituent que rarement une expropriation indirecte<sup>98</sup>. De même, les traités bilatéraux

<sup>95</sup> Art. 28.3, par. 1. Celui-ci confirme que «l'article XX g [de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce] de 1994 s'applique aux mesures pour la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques». Voir également l'article 28.3, paragraphe 2.

<sup>96</sup> Voir, par exemple, Accord de libre-échange entre pays d'Amérique centrale, États-Unis et République dominicaine (note 71 *supra*), art. 10.11; Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République d'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (Mar del Plata, 4 novembre 2005), TIAS 06-1101, art. 12, par. 2; Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée (Ottawa, 22 septembre 2014), *Recueil des traités du Canada*, 2015/3, art. 8.10, par. 1; Accord bilatéral entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République de Colombie pour la promotion et la protection des investissements (Bogota, 17 mars 2010), Royaume-Uni, *Treaty Series*, n° 24 (2014), art. VIII; et Accord entre le Japon et la République de Colombie relatif à la libéralisation, la promotion et la protection des investissements (Tokyo, 12 septembre 2011), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 3136, n° 53785, art. 21, par. 2.

<sup>97</sup> Voir, par exemple, Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République d'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, art. 12, par. 1; Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée, art. 8.10, par. 2; Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de Côte d'Ivoire concernant la promotion et la protection des investissements (Dakar, 30 novembre 2014), *Recueil des traités du Canada*, 2015/19, art. 15, par. 1; et Accord entre le Japon et la République de Colombie relatif à la libéralisation, la promotion et la protection des investissements, art. 21, par. 1.

<sup>98</sup> Voir, par exemple, Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée, annexe 8-B, al. d; Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de Côte d'Ivoire concernant la promotion et la protection des investissements, annexe B.10.

d'investissement conclus par la Colombie disposent souvent que les mesures prises de bonne foi pour le bien commun ou dans l'intérêt de la société, telles que les mesures de protection de l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte, pour autant qu'elles ne soient pas discriminatoires, arbitraires ou disproportionnées au vu de leur objectif<sup>99</sup>.

38. Certains accords de libre-échange comprennent également une disposition équivalente à l'article 104, paragraphe 1, de l'ALENA, qui définit sa relation avec les accords sur l'environnement. Par exemple, l'article 1.3 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée prévoit ce qui suit :

En cas d'incompatibilité entre les obligations d'une Partie au titre du présent Accord et les obligations de cette Partie au titre d'un accord énuméré à l'annexe 1-A, une Partie n'est pas empêchée de prendre une mesure particulière qui est nécessaire au respect de ses obligations au titre d'un accord énuméré à l'annexe 1-A, à condition que la mesure ne soit pas appliquée de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable dans les cas où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international<sup>100</sup>.

L'article 11, paragraphe 3, de l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Barbade concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements stipule ceci : « Les Parties contractantes réaffirment les engagements auxquels elles ont souscrit dans le cadre d'accords internationaux en matière d'environnement. Elles veilleront à ce que lesdits engagements soient pleinement reconnus et appliqués dans leur législation nationale<sup>101</sup>. »

39. Certains accords de libre-échange et traités bilatéraux d'investissement vont encore plus loin et prévoient une exception justifiant les mesures de protection de l'environnement autrement contraires à des obligations conventionnelles. Par exemple, l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection des investissements<sup>102</sup>, entré en vigueur en septembre 2016, prévoit des exceptions générales à l'article 17,

<sup>99</sup> Voir, par exemple, Accord bilatéral entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République de Colombie pour la promotion et la protection des investissements, art. VI, par. 2 c.

<sup>100</sup> Les accords énumérés à l'annexe 1-A sont les suivants : « a) La Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, faite à Washington le 3 mars 1973, telle qu'elle a été amendée le 22 juin 1979. b) Le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, fait à Montréal le 16 septembre 1987, tel qu'il a été amendé le 29 juin 1990, le 25 novembre 1992, le 17 septembre 1997 et le 3 décembre 1999. c) La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, faite à Bâle le 22 mars 1989. d) La Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international, faite à Rotterdam le 10 septembre 1998. e) La Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, faite à Stockholm le 22 mai 2001. »

<sup>101</sup> Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Barbade concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements (Bruxelles, 29 mai 2009), disponible sur le site Web <https://investmentpolicy.unctad.org>, dans « Country Navigator ».

<sup>102</sup> Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection

paragraphe 1, qui stipule ceci : « Pourvu que ces mesures ne soient pas appliquées de façon arbitraire ou injustifiée, ou qu'elles ne constituent pas une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement internationaux, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher une Partie d'adopter ou de maintenir, y compris à l'égard de l'environnement, des mesures qui », par exemple, « sont nécessaires à la protection de la santé ou de la vie des personnes ou des animaux ou à la préservation des végétaux ». De même, l'article 15, paragraphe 1, de l'Accord entre le Japon et la République de Colombie relatif à la libéralisation, la promotion et la protection des investissements stipule ce qui suit :

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées par une Partie contractante de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable à l'encontre de l'autre Partie contractante, soit une restriction déguisée aux investissements des investisseurs de cette autre Partie contractante dans le territoire de la première Partie contractante, aucune disposition du présent Accord [...] ne saurait être interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application, par l'une des Parties contractantes, de mesures, y compris celles visant à protéger l'environnement [...] nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux.

Les accords de libre-échange et traités bilatéraux d'investissement susmentionnés contiennent généralement des dispositions comparables à celles des traités types adoptés par le Canada (2004)<sup>103</sup>, la Colombie (2007)<sup>104</sup> et les États-Unis (2012)<sup>105</sup>. De plus, le Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (révisé en 2006)<sup>106</sup> de l'Institut international du développement durable, utilisé pour l'élaboration de tels instruments, dispose dans son préambule que « la promotion des investissements durables est essentielle au développement futur des économies nationales et mondiale ainsi qu'à la poursuite des objectifs nationaux et mondiaux pour le développement durable ». Dans le même ordre d'idées, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement a proposé des solutions pour intégrer le concept de développement durable aux accords de libre-échange et aux traités bilatéraux d'investissement<sup>107</sup>.

## 2. AFFAIRES D'ARBITRAGE

40. Dans plusieurs affaires d'arbitrage en matière d'investissement, il a été dit que des mesures de protection de l'environnement contrevenaient aux obligations découlant des accords de libre-échange et des traités bilatéraux d'investissement, en particulier l'obligation de traitement juste et équitable. Une jurisprudence a vu le jour

des investissements (Toronto, 10 février 2016), *Recueil des traités du Canada*, 2016/8.

<sup>103</sup> Disponible à l'adresse suivante : [www.italaw.com/sites/default/files/files/italaw8237.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/files/italaw8237.pdf).

<sup>104</sup> Disponible à l'adresse suivante : [www.italaw.com/documents/inv\\_model\\_bit\\_colombia.pdf](http://www.italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf).

<sup>105</sup> Disponible à l'adresse suivante : [www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf).

<sup>106</sup> Mann *et al.*, *Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD) : guide du négociateur*. L'Institut international du développement durable est une organisation non gouvernementale indépendante à but non lucratif, qui intervient occasionnellement à titre d'*amicus curiae* devant les tribunaux internationaux de règlement des différends en matière d'investissement.

<sup>107</sup> Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, p. 91 à 121. Voir également Muchlinski, « Negotiating new generation international investment agreements ».

en particulier dans le cadre de l'ALENA, selon laquelle le droit d'un État de réglementer les questions d'environnement doit être respecté au moins dans une certaine mesure lors de l'examen concernant le respect de cette obligation. Par exemple, dans l'affaire *S. D. Myers Inc. v. Government of Canada*<sup>108</sup>, un investisseur des États-Unis a attaqué un décret-loi canadien interdisant l'exportation de polychlorobiphényles et de déchets connexes, invoquant une violation notamment de l'obligation de traitement juste et équitable visée à l'article 1105 de l'ALENA. L'interdiction canadienne était supposée motivée par le danger considérable que ces produits présentaient pour l'environnement, la vie et la santé humaines. Le tribunal arbitral a jugé qu'elle visait principalement à protéger de la concurrence américaine le secteur canadien de l'élimination des polychlorobiphényles et n'avait aucun fondement légitime. Interprétant les dispositions de l'ALENA, le tribunal a fait référence à plusieurs accords sur la protection de l'environnement, notamment l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux<sup>109</sup>, la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, et l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement, déclarant ce qui suit :

[I]l convient d'interpréter l'ALENA à la lumière des principes généraux suivants :

- Les Parties ont le droit d'établir un degré élevé de protection de l'environnement. Elles ne sont pas obligées de transiger sur leurs normes pour accommoder les intérêts politiques ou économiques d'autres États ;

- Les Parties doivent éviter de fausser le marché ;

- La protection de l'environnement et le développement économique peuvent et doivent se faire dans un esprit de soutien mutuel<sup>110</sup>.

Le tribunal a en outre déclaré que, « pour qu'il y ait violation de l'article 1105, il faut démontrer qu'un investisseur a été traité d'une façon *injuste ou arbitraire*\* au point où ce traitement est inacceptable d'un point de vue international », et que l'examen de l'article 1105 doit « tenir compte du *grand respect*\* que le droit international accorde généralement au droit des autorités nationales de réglementer les questions internes » et « doit également tenir compte de toute règle spécifique de droit international applicable en l'espèce »<sup>111</sup>.

41. Les autres procédures concernant des investissements dans le cadre de l'ALENA suivent le principe général du soutien mutuel entre protection de l'investissement étranger et protection de l'environnement, ainsi que

<sup>108</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), première sentence partielle et opinion individuelle de M. Bryan Schwartz (13 novembre 2000). Voir Sands et Peel, *Principles of International Environmental Law*, p. 876 à 885.

<sup>109</sup> Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux (Ottawa, 28 octobre 1986), *Recueil des traités du Canada*, 1986/39.

<sup>110</sup> *S. D. Myers Inc. v. Government of Canada* (voir *supra* la note 108), première sentence partielle, par. 220. Dans la seconde sentence partielle, du 21 octobre 2002, le requérant s'est vu accorder 6,05 millions de dollars canadiens de dommages, plus intérêts.

<sup>111</sup> *Ibid.*, première sentence partielle, par. 263.

l'interprétation de la norme du traitement juste et équitable énoncée dans l'affaire *S. D. Myers*, bien que la jurisprudence ne soit pas toujours cohérente<sup>112</sup>. Dans la sentence prononcée en 2015 en l'affaire *Bilcon of Delaware and others v. Canada*<sup>113</sup>, le tribunal a suivi ses prédécesseurs, notamment celui qui avait statué en l'affaire *S.D. Myers*, déclarant que « l'article 1105 ne s'applique qu'à partir d'un seuil très élevé<sup>114</sup> », et souscrit à l'interprétation du tribunal en l'affaire *Waste Management*<sup>115</sup>.

42. L'interprétation de l'article 1105 dans les affaires *S. D. Myers* et *Waste Management* ainsi que dans d'autres procédures menées dans le cadre de l'ALENA a également été suivie dans des décisions récentes en matière d'énergies renouvelables<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> Voir, par exemple, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), affaire n° ARB(AF)/98/2 (ALENA), sentence, 2 juin 2000 ; *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/97/1, sentence, 30 août 2000 ; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003 ; *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru*, CIRDI, affaire n° ARB/03/4, sentence, 7 février 2005 ; *Methanex Corporation v. United States of America*, CNUDCI (ALENA), sentence finale sur la compétence et sur le fond, 3 août 2005 ; *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, CNUDCI, sentence partielle, 17 mars 2006 ; *Bayview Irrigation District et al. v. United Mexican States*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/05/1 (ALENA), sentence, 19 juin 2007 ; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, CIRDI, affaire n° ARB/05/22, opinion concordante et dissidente, 18 juillet 2008 ; *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, CNUDCI (ALENA), sentence, 2 août 2010 ; *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, CNUDCI (ALENA), sentence, 8 juin 2009 ; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, CNUDCI (ALENA), sentence, 12 janvier 2011 ; *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, CIRDI, affaire n° ARB/09/6, sentence, 11 mars 2011 ; *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador*, CIRDI, affaire n° ARB/09/17, sentence, 14 mars 2011 ; *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, CIRDI, affaire n° ARB/03/15, sentence, 31 octobre 2011 ; *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/09/1, sentence, 22 septembre 2014 ; *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, CIRDI, affaire n° ARB/08/6, décision provisoire sur la demande reconventionnelle relative à l'environnement, 11 août 2015 ; *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, Chambre de commerce de Stockholm, affaire n° 062/2012 (Traité sur la Charte de l'énergie), sentence définitive, 21 janvier 2016 ; *Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia*, CIRDI, affaire n° ARB/06/2, sentence, 16 septembre 2015 ; et *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, Cour permanente d'arbitrage, affaire n° 2012-17, CNUDCI (ALENA), sentence, 24 mars 2016. Voir Schoenbaum et Young, *International Environmental Law...*, p. 644 à 655 ; Sands et Peel, *Principles of International Environmental Law*, p. 876 à 883 ; et Reinisch, « Expropriation ».

<sup>113</sup> *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, Cour permanente d'arbitrage, affaire n° 2009-04, CNUDCI (ALENA), sentence sur la compétence et la responsabilité, et opinion dissidente du professeur Donald McRae, 17 mars et 10 mars 2015, respectivement.

<sup>114</sup> Cour permanente d'arbitrage, affaire n° 2009-04 (voir la note précédente), sentence sur la compétence et la responsabilité, par. 441.

<sup>115</sup> *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (No. 2)*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/00/3 (ALENA), sentence, 30 avril 2004, par. 98, cité dans l'affaire n° 2009-04 de la Cour permanente d'arbitrage (voir *supra* la note 113), sentence sur la compétence et la responsabilité, par. 442.

<sup>116</sup> *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada* (voir *supra* la note 112), par. 502 ; et *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, Cour permanente d'arbitrage, affaire n° 2013-22, CNUDCI (ALENA), sentence, 27 septembre 2016, par. 361, citant

43. Dans les décisions ne portant pas sur l'ALENA, le tribunal suit généralement le raisonnement de celles concernant l'ALENA, citant des affaires majeures telles que *S. D. Myers* comme s'il s'agissait de ses propres précédents, alors que des différences dans le texte des accords de libre-échange et des traités bilatéraux d'investissement donnent parfois lieu à des interprétations différentes du traitement juste et équitable. Par exemple, en 2015, dans l'affaire *Al Tamimi v. Oman*<sup>117</sup>, le tribunal a interprété l'article 10.5 (Norme minimale de traitement) de l'accord de libre-échange entre les États-Unis et Oman et son annexe 10-A<sup>118</sup> en suivant l'interprétation faite en l'affaire *S. D. Myers*, et confirmé que «la norme minimale de traitement établie en droit international coutumier impose un seuil relativement élevé» et qu'«[i]l faut davantage qu'un écart mineur par rapport à la norme idéale de traitement juste et équitable pour qu'il y ait violation»<sup>119</sup>. Le tribunal a noté également que «l'accord de libre-échange entre les États-Unis et Oman accorde une grande importance à la protection de l'environnement», car «l'article 10.10 protège fermement le droit de chacun des États parties d'adopter, de conserver ou d'appliquer toute mesure propre à garantir que l'investissement «se fasse dans le respect des préoccupations environnementales»»<sup>120</sup>, et que «[I]'existence même du chapitre 17 [sur l'environnement] illustre l'importance que [les Parties contractantes] attachent à l'application de leurs lois respectives sur la protection de l'environnement» et leur intention «de se ménager une grande latitude pour appliquer et faire respecter leurs lois respectives sur la protection de l'environnement»<sup>121</sup>. Le tribunal a donc conclu que «pour démontrer l'existence d'une violation de la norme minimale de traitement au regard de l'article 10.5, le demandeur doit prouver que

[le défendeur] a agi avec un mépris flagrant des principes fondamentaux d'équité, de cohérence, de respect de la légalité et de justice naturelle que tous les États sont censés respecter et appliquer en droit international coutumier», et qu'«une violation de la norme minimale suppose une atteinte délibérée et flagrante à l'obligation de protéger les droits fondamentaux d'un investisseur étranger et de répondre à ses attentes légitimes»<sup>122</sup>. Ayant examiné les faits de l'espèce, le tribunal a rejeté la prétention du demandeur selon laquelle le défendeur avait enfreint l'obligation de garantir un traitement juste et équitable<sup>123</sup>.

44. Outre les arbitrages concernant les accords de libre-échange, il en existe qui découlent de traités bilatéraux d'investissement, où la jurisprudence sur la relation entre investissement et environnement varie et est souvent peu claire<sup>124</sup>. Il semble cependant que les tribunaux y reconnaissent également, de manière explicite ou implicite, qu'il faut concilier protection de l'investissement étranger et protection de l'environnement. Enfin, il convient de mentionner la première sentence arbitrale rendue quant au fond dans les affaires relatives au cadre réglementaire espagnol régissant les systèmes de production d'énergie solaire photovoltaïque. Dans *Charanne*, dans le cadre du Traité sur la Charte de l'énergie, le tribunal a commencé son examen en notant que «l'obligation de garantir un traitement juste et équitable est incluse dans l'obligation plus générale de créer des conditions stables, équitables, favorables et transparentes» conformément à l'article 10, paragraphe 1, du Traité sur la Charte de l'énergie et que «l'existence d'attentes légitimes de l'investisseur est un facteur pertinent» pour déterminer si les mesures prises constituent une violation dudit article<sup>125</sup>. Il a en outre déclaré qu'«un investisseur peut à bon droit s'attendre à ce qu'en modifiant la réglementation sur la base de laquelle l'investissement a été fait, l'État n'agisse pas de manière déraisonnable, disproportionnée ou contraire à l'intérêt public»<sup>126</sup>. En d'autres termes, selon le tribunal, si un défendeur a agi «de manière déraisonnable, contraire à l'intérêt public ou disproportionnée», la conclusion serait qu'il a violé les dispositions de l'article 10, paragraphe 1<sup>127</sup>. En l'espèce, le tribunal a conclu que le défendeur n'avait pas trahi les attentes légitimes au regard du Traité sur la Charte de l'énergie en agissant «de façon déraisonnable, arbitraire, contraire à l'intérêt public ou disproportionnée»<sup>128</sup>.

45. Compte tenu de l'analyse qui précède, le projet de directive suivant est proposé :

*Mondev International Ltd. v. United States of America*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/99/2, sentence, 11 octobre 2002, par. 118.

<sup>117</sup> *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, CIRDI, affaire n° ARB/11/33, sentence, 3 novembre 2015.

<sup>118</sup> L'annexe 10-A de l'Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Sultanat d'Oman instaurant une zone de libre-échange est ainsi libellée : «Les parties confirment qu'elles voient toutes deux le "droit international coutumier", en général et plus précisément tel qu'il ressort de l'article 10.5 et de l'annexe 10-B, comme étant issu d'une pratique générale et constante que les États suivent car ils s'y sentent juridiquement tenus. En ce qui concerne l'article 10.5, la norme minimale de traitement imposée par le droit international coutumier se rapporte à tous les principes de droit international coutumier qui protègent les droits économiques et les intérêts des étrangers.»

<sup>119</sup> *Al Tamimi* (voir *supra* la note 117), par. 382 et 384.

<sup>120</sup> *Ibid.*, par. 387. L'article 10.10 stipule ce qui suit : «Rien dans ce chapitre ne sera interprété comme empêchant une partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer toute mesure par ailleurs conforme à ce chapitre qu'elle juge nécessaire pour garantir que les activités d'investissement menées sur son territoire tiennent compte des préoccupations relatives à l'environnement.»

<sup>121</sup> *Al Tamimi* (voir *supra* la note 117), par. 389. Par exemple, l'article 17.2, paragraphe 1, stipule ce qui suit : «a) Aucune partie ne manquera à l'application effective de ses lois relatives à l'environnement, par une série d'actions ou d'omissions prolongée ou récurrente, d'une manière qui nuise aux échanges entre les Parties après la date d'entrée en vigueur de l'Accord. b) Les Parties considèrent que chacune conserve le droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour ce qui est des enquêtes, des procédures, des réglementations et du respect des dispositions, et de décider de l'affectation de ressources à l'application de règles concernant d'autres questions d'environnement qu'elle juge prioritaires. Les Parties estiment donc agir conformément à l'alinéa a lorsqu'une série d'actions ou d'omissions revient à exercer raisonnablement ce pouvoir discrétionnaire ou résulte d'une décision prise de bonne foi concernant l'affectation des ressources.»

<sup>122</sup> *Ibid.*, par. 390.

<sup>123</sup> *Ibid.*, par. 394 à 453.

<sup>124</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, CIRDI, affaire n° ARB/97/7, sentence, 13 novembre 2000; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, CIRDI, affaire n° ARB/96/1, sentence définitive, 17 février 2000, confirmant la compétence du CIRDI; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, CIRDI, affaire n° ARB/05/8, sentence, 11 septembre 2007, concernant le traité bilatéral d'investissement entre la Lituanie et la Norvège; et *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, CIRDI, affaire n° ARB/03/24, sentence, 27 août 2008, concernant le Traité sur la Charte de l'énergie.

<sup>125</sup> *Charanne* (voir *supra* la note 112), par. 477 et 486.

<sup>126</sup> *Ibid.*, par. 514.

<sup>127</sup> *Ibid.*, par. 515.

<sup>128</sup> *Ibid.*, par. 539.

«Projet de directive 10. Relation entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit international du commerce et de l'investissement

«Les États devraient prendre dans les domaines du droit commercial international et du droit international de l'investissement les mesures qui conviennent pour préserver l'atmosphère de la pollution et de la

dégradation atmosphériques, pour autant que ces mesures ne constituent ni un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ni une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement étranger. Afin d'éviter tout conflit, les États devraient veiller à ce que les règles pertinentes du droit international soient interprétées et appliquées conformément au principe du soutien mutuel.»

### CHAPITRE III

## Droit relatif à la protection de l'atmosphère et droit de la mer

### A. Liens entre la mer et l'atmosphère

46. D'un point de vue physique, la mer (océans) et l'atmosphère sont étroitement liées dans des phénomènes particuliers qui déterminent les caractéristiques de leur interaction<sup>129</sup>. Ces phénomènes englobent le rôle de la vapeur d'eau ambiante et des nuages, l'absorption sélective du rayonnement par la mer et la diffusion de la chaleur totale dans le système océano-atmosphérique<sup>130</sup>. La mer et l'atmosphère échangent de l'énergie, de la force et de la matière (eau, carbone, azote, etc.)<sup>131</sup>. Une part non négligeable de la pollution du milieu marin depuis ou à travers l'atmosphère est généralement d'origine tellurique, à savoir découle d'activités anthropiques menées sur la terre. L'atmosphère est un vecteur important du transport, des continents dans les océans, de nombreux éléments naturels et polluants<sup>132</sup>. La pollution provient de rejets directs ou de sources d'émission, y compris de déversements réalisés dans l'atmosphère par les combustibles fossiles et la combustion des déchets. Selon des études scientifiques, «bien que des polluants chimiques – déversés du fait d'activités humaines – soient désormais présents dans tous les océans, les effets les plus avérés sur les êtres vivants sont constatés dans les eaux côtières et résultent de la pollution d'origine tellurique<sup>133</sup>». Les activités humaines sont également la cause

du réchauffement climatique, qui entraîne l'augmentation de la température des océans, laquelle explique les phénomènes atmosphériques extrêmes comme les inondations, la sécheresse<sup>134</sup> ainsi que les mégatyphons (ouragans et cyclones)<sup>135</sup>. Les phénomènes de type El Niño, découlant de l'interaction instable de l'océan Pacifique tropical et de l'atmosphère<sup>136</sup>, sont l'une des principales illustrations des conséquences d'échelle mondiale de l'instabilité climatique. Il a été affirmé que «[c]ette réorganisation massive de la convection atmosphérique [...] bouleverse les modèles météorologiques mondiaux, car elle a des incidences sur les écosystèmes, l'agriculture, les cyclones tropicaux, la sécheresse, les feux de forêt, les inondations et d'autres phénomènes météorologiques extrêmes partout dans le monde<sup>137</sup>».

47. Entre autres activités humaines, les émissions de gaz à effet de serre par des navires ont augmenté ces dernières années à un rythme élevé, et contribué au réchauffement planétaire et aux changements climatiques. Dans

to the oceans»; et Duce *et al.*, «Impacts of atmospheric anthropogenic nitrogen on the open ocean».

<sup>134</sup> Une étude scientifique a montré que «l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre liées aux activités humaines contribue à l'intensification des fortes précipitations constatée dans plus des deux tiers environ des zones de l'hémisphère Nord faisant l'objet de relevés» (Min *et al.*, «Human contribution to more-intense precipitation extremes»). De nombreuses analyses scientifiques tendent à indiquer qu'il existe un risque de sécheresse au XXI<sup>e</sup> siècle et que des sécheresses graves et étendues pourraient toucher de nombreuses zones terrestres dans les trente à quatre-vingt-dix prochaines années, du fait de la baisse des précipitations ou de l'augmentation de l'évaporation (voir Dai, «Increasing drought under global warming in observations and models»; et Sheffield, Wood et Roderick, «Little change in global drought over the past 60 years»).

<sup>135</sup> «Le nombre et la proportion des ouragans de catégorie 4 et 5 ont fortement augmenté. L'augmentation la plus importante s'est produite dans les océans Pacifique Nord, Indien et Pacifique Sud-Ouest, et l'augmentation proportionnelle la moins importante a été constatée dans l'océan Atlantique Nord. Ces augmentations se sont produites alors que les nombres de cyclones et de jours de cyclone ont diminué dans tous les bassins, à l'exception de l'Atlantique Nord, ces dix dernières années» (voir Webster *et al.*, «Changes in tropical cyclone number, duration, and intensity in a warming environment»). «[L]a preuve a été solidement établie que certains phénomènes extrêmes – notamment les vagues de chaleur ou les précipitations extrêmes – et l'augmentation de leur nombre découlent de l'incidence de l'activité humaine sur le climat. Pour d'autres phénomènes extrêmes, tels que les orages, les éléments de preuve disponibles sont moins incontestables, mais compte tenu des tendances observées et des notions de physique élémentaires, il est toutefois plausible de s'attendre à ce que leur nombre augmente» (voir Coumou et Rahmstorf, «A decade of weather extremes»).

<sup>136</sup> Fedorov et Philander, «Is El Niño changing?».

<sup>137</sup> Cai *et al.*, «Increasing frequency of extreme El Niño events due to greenhouse warming».

<sup>129</sup> Duce, Galloway et Liss, «Les impacts des dépôts atmosphériques dans l'océan sur les écosystèmes marins et le climat»; Brévière *et al.*, «Surface ocean-lower atmosphere study: scientific synthesis and contribution to Earth system science»; et Groupe mixte d'experts chargé d'étudier les aspects scientifiques de la protection de l'environnement marin, *The Atmospheric Input of Chemicals to the Ocean*. Le Rapporteur spécial est reconnaissant à M<sup>me</sup> Oksana Tarasova, Cheffe, et à M<sup>me</sup> Silvina Carou, spécialiste des questions scientifiques, de la Division de la recherche sur l'environnement atmosphérique de l'Organisation météorologique mondiale, qui ont communiqué les informations scientifiques voulues.

<sup>130</sup> Webster, «The role of hydrological processes in ocean-atmosphere interactions». Voir également Kraus et Businger, *Atmosphere-Ocean Interaction*; et Lau et Waliser, *Intraseasonal Variability in the Atmosphere-Ocean Climate System*. Le Rapporteur spécial est reconnaissant à Zhou You, Juris Master de l'Université de Beijing (titulaire d'un diplôme du Département des sciences), qui a communiqué les informations scientifiques voulues sur les liens entre la mer et l'atmosphère.

<sup>131</sup> Voir Stocker, *Introduction to Climate Modelling*, p. 137 à 150, selon lequel «la plupart des mouvements océaniques, en particulier à grande échelle, sont dus à ces échanges» (*ibid.*, p. 137).

<sup>132</sup> Duce *et al.*, «The atmospheric input of trace species to the world ocean»; et Jickells et Moore, «The importance of atmospheric deposition for ocean productivity».

<sup>133</sup> Boesch *et al.*, *Marine Pollution in the United States*, p. 1; Prospero, «The atmospheric transport of particles to the ocean»; Cornell, Randell et Jickells, «Atmospheric inputs of dissolved organic nitrogen

une étude réalisée en 2009, l'Organisation maritime internationale (OMI) a réparti les émissions de gaz à effet de serre par les navires dans les quatre catégories suivantes : émissions de gaz d'échappement ; émissions de frigorigènes ; émissions de cargaisons ; et émissions découlant de la lutte contre les incendies et de matériels divers<sup>138</sup>. Elle a constaté que les navires émettaient non seulement du dioxyde de carbone (CO<sub>2</sub>), mais également des oxydes de soufre (SO<sub>x</sub>) et des oxydes d'azote (NO<sub>x</sub>)<sup>139</sup>. Selon cette étude, les émissions de gaz à effet de serre par les navires sont excessives et modifient la composition de l'atmosphère et le climat, et ont des répercussions sur le milieu marin et la santé humaine<sup>140</sup>.

48. L'une des incidences maritimes les plus marquées qu'ait la dégradation atmosphérique est l'élévation du niveau de la mer due au réchauffement climatique. Dans son cinquième rapport d'évaluation, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat considère que l'élévation moyenne du niveau de la mer à l'échelle mondiale serait de 26 à 98 centimètres d'ici à 2100<sup>141</sup>. Si les chiffres et niveaux exacts demeurent encore incertains, les auteurs du rapport affirment qu'il est presque sûr que le niveau de la mer continuera de monter pendant le XXI<sup>e</sup> siècle et au-delà – quand bien même les concentrations des émissions de gaz à effet de serre étaient stabilisées. En outre, l'élévation du niveau de la mer risque d'avoir « des particularités régionales marquées, certains lieux et certaines régions enregistrant des écarts notables par rapport à la moyenne mondiale<sup>142</sup> ». Une telle élévation peut faire peser une menace potentiellement grave, voire catastrophique, sur de nombreux États côtiers, en particulier ceux dont les côtes sont importantes, densément peuplées et peu élevées, ainsi que sur les petits États insulaires de faible altitude ; cette question est examinée plus loin dans le présent rapport.

49. L'Assemblée générale a continué de souligner qu'il était urgent de lutter contre les effets de la dégradation atmosphérique, tels que l'élévation des températures et du niveau de la mer à l'échelle mondiale, l'acidification des océans et d'autres conséquences des changements climatiques qui avaient de graves répercussions sur les zones

<sup>138</sup> Buhag *et al.*, *Second IMO GHG Study 2009*, p. 23. Voir également Smith *et al.*, *Third IMO GHG Study 2014*, tableau 1.

<sup>139</sup> Righi, Hendricks et Sausen, « The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 – Part 1: land transport and shipping ».

<sup>140</sup> La plupart des émissions de gaz à effet de serre provenant de navires sont réalisées dans la couche limite marine ou y sont transportées, et elles y modifient la composition atmosphérique. Voir, par exemple, Eyring *et al.*, « Transport impacts on atmosphere and climate: shipping », p. 4735, 4744, 4745, 4752 et 4753. Les émissions de gaz à effet de serre provenant de navires ont des conséquences négatives sur le milieu marin. Dans son cinquième rapport d'évaluation, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat a affirmé que les émissions de gaz à effet de serre ont conduit au réchauffement des océans, à la hausse de leurs températures et à leur acidification : Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, « Changements climatiques 2014 : rapport de synthèse – résumé à l'intention des décideurs » ; Currie et Wolk, « Climate change and CO<sub>2</sub> in the oceans and global oceans governance », p. 387 et 389 ; Schofield, « Shifting limits? Sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims » ; et Cooley et Mathis, « Addressing ocean acidification as part of sustainable ocean development ».

<sup>141</sup> Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis*, p. 1180.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 1140.

côtières et les pays côtiers de faible altitude, notamment nombre de pays parmi les moins avancés et de petits États insulaires en développement, et que la survie de bien des sociétés était en jeu<sup>143</sup>. En 2015, la première Évaluation mondiale intégrée du milieu marin (première Évaluation mondiale de l'océan) a été menée à son terme ; elle constitue une étude complète et approfondie des substances d'origine tellurique qui polluent les océans après être passées dans l'atmosphère<sup>144</sup>. Le résumé du rapport a été approuvé par l'Assemblée générale dans sa résolution 70/235 du 23 décembre 2015. Dans sa résolution 71/257 du 23 décembre 2016, l'Assemblée générale a confirmé que les changements climatiques avaient des effets sur les océans<sup>145</sup>.

## B. Application concurrente du droit de la mer et du droit relatif à la protection de l'atmosphère<sup>146</sup>

### 1. CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LE DROIT DE LA MER ET AUTRES INSTRUMENTS

50. Au moment de son adoption, en 1982, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer visait à traiter de toutes les questions relatives au droit de la mer, y compris la protection du milieu marin contre la pollution et la dégradation atmosphériques. À cette fin, la Convention donne une définition de la « pollution du milieu marin » à l'article premier, paragraphe 1, alinéa 4, et réglemente toutes les sources aériennes de la pollution du milieu marin, y compris la pollution atmosphérique d'origine tellurique ou par les navires, aux articles 192, 194, 207, 211 et 212 de la Partie XII. Bien que la question des changements climatiques n'ait pas figuré à l'ordre du jour de la communauté internationale pendant les négociations relatives à la Convention<sup>147</sup>, les obligations qui incombent aux États en matière environnementale peuvent se déduire du texte, et interagissent avec le régime international des changements climatiques et le régime relevant de l'OMI, avec lesquels elles se renforcent mutuellement.

51. Aux termes de l'article premier, paragraphe 1, alinéa 4, de la Convention, « on entend par "pollution du milieu marin" l'introduction directe ou indirecte, par l'homme, de substances ou d'énergie dans le milieu marin, y compris les estuaires, lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles tels que dommages aux ressources biologiques et à la faune et la flore marines, risques pour la santé de l'homme, entrave aux activités maritimes, y compris la pêche et les autres utilisations légitimes de la mer, altération de la qualité de l'eau de mer du point de

<sup>143</sup> Voir l'additif au rapport du Secrétaire général sur les océans et le droit de la mer (A/71/74/Add.1), chap. VIII (« Océans, changements climatiques et acidification des océans »), par. 115 à 122.

<sup>144</sup> Division des affaires maritimes et du droit de la mer, « First Global Integrated Marine Assessment (first World Ocean Assessment) », disponible à l'adresse suivante : [www.un.org/depts/los/global\\_reporting/WOA\\_RegProcess.htm](http://www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm) (voir, en particulier, le chapitre 20 relatif aux apports d'origine tellurique véhiculés le long des côtes, par les cours d'eau et par transport atmosphérique).

<sup>145</sup> Voir les paragraphes 185 à 196 de la résolution.

<sup>146</sup> Le Rapporteur spécial est particulièrement reconnaissant à Yubing Shi, professeur à l'Université de Xiamen, d'avoir rédigé les paragraphes du présent rapport relatifs au droit de la mer et aux décisions de justice correspondantes.

<sup>147</sup> Boyle, « Law of the sea perspectives on climate change ». Voir, en général, Abate, *Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law...*

vue de son utilisation et dégradation des valeurs d'agrément». Compte tenu de cette définition, le déversement de substances toxiques, nuisibles et nocives (y compris les polluants atmosphériques) d'origine tellurique pollue le milieu marin et lui nuit, ce que confirment l'article 194, paragraphe 3, et l'article 207 de la Convention. De même, la pollution atmosphérique par les navires nuit également au milieu marin, question que réglementent l'article 194, paragraphe 3, et les articles 211 et 212 de la Convention. Les oxydes de soufre et oxydes d'azote sont généralement considérés comme des polluants aériens<sup>148</sup>, mais la question de savoir si les émissions de gaz à effet de serre par les navires, en particulier celles de dioxyde de carbone, constituent un type de pollution, fait l'objet de débats et est traitée différemment d'une législation nationale à l'autre<sup>149</sup>. Toutefois, il est communément admis que les émissions de gaz à effet de serre par les navires, un des principaux facteurs des changements climatiques, polluent le milieu marin et lui nuisent. La définition formulée à l'article premier, paragraphe 1, alinéa 4, de la Convention est intéressante car elle fixe les critères qui permettent de déterminer si un type «de substances ou d'énergie» constitue une pollution du milieu marin, ce qui pourrait entraîner l'application à ces «substances» ou à cette «énergie» de nombreux traités relatifs à la pollution adoptés sous les auspices de l'OMI et d'autres instances internationales<sup>150</sup>.

52. La Partie XII de la Convention traite de la pollution atmosphérique d'origine tellurique. Si, aux termes de l'article 192, les États ont l'obligation d'ordre général de protéger et de préserver le milieu marin, les obligations relatives aux sources telluriques de la pollution sont précisées à l'article 194, paragraphe 3 a, et à l'article 207. L'article 194, paragraphe 3 a, se lit comme suit :

Les mesures prises en application de la présente partie doivent viser toutes les sources de pollution du milieu marin. Elles comprennent notamment les mesures tendant à limiter autant que possible :

a) l'évacuation de substances toxiques, nuisibles ou nocives, en particulier de substances non dégradables, à partir de sources telluriques, depuis ou à travers l'atmosphère ou par immersion [...].

En application de ces dispositions, les États sont tenus par la Convention de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution atmosphérique d'origine tellurique. Cette pollution atmosphérique peut également provenir des émissions de gaz à effet de

serre, qui ont des effets nocifs sur le milieu marin<sup>151</sup>. Aussi la Convention fait-elle peser une obligation de diligence raisonnable sur les États<sup>152</sup>, et leur sert de convention-cadre pour ce qui est de réduire la pollution atmosphérique d'origine tellurique et les émissions de gaz à effet de serre. Cette réglementation sous-tend les initiatives réglementaires mondiales et régionales adoptées ultérieurement, notamment le Programme d'action mondial pour la protection du milieu marin contre la pollution due aux activités terrestres<sup>153</sup>, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, et l'Accord de Paris.

53. Aux termes de l'article 207, paragraphe 4, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, les États, agissant en particulier par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes ou d'une conférence diplomatique, s'efforcent d'adopter sur les plans mondial et régional, des règles et des normes, ainsi que des pratiques et procédures recommandées pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution d'origine tellurique. L'emploi du pluriel («organisations internationales compétentes») montre que l'OMI n'est pas la seule organisation qui lutte contre la pollution du milieu marin d'origine tellurique<sup>154</sup>. Ainsi, des traités adoptés sous les auspices de l'OMI et d'autres organisations internationales ont été incorporés dans la Convention sous forme de renvois. Par ailleurs, cette disposition souligne que les règles et normes, ainsi que les pratiques et procédures recommandées doivent être adoptées en tenant compte des particularités régionales, de la capacité économique des États en développement et des exigences de leur développement économique. Cette disposition fait écho à l'article 194, paragraphe 1, aux termes duquel les États prennent des mesures «en fonction de leurs capacités<sup>155</sup>», et sous-tend la formation de ce qui deviendra le principe de «responsabilités communes mais différenciées et capacités respectives» en 1992.

54. Les dispositions de la Convention relatives à la pollution atmosphérique par les navires sont fondées sur le principe du «soutien mutuel» de la Convention et des textes de l'OMI. Deux dispositifs ont permis de réaliser ce soutien, à savoir les règles dites de renvoi, et les obligations d'ordre général complétées par les instruments de l'OMI.

<sup>148</sup> Par exemple, à la cinquante-huitième session du Comité de la protection du milieu marin, en 2008, l'OMI a adopté l'annexe VI, telle que modifiée, à la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, qui réglemente notamment les émissions d'oxydes de soufre et d'oxydes d'azote. La Convention a désormais six annexes, à savoir : annexe I sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les hydrocarbures (entrée en vigueur le 2 octobre 1983) ; annexe II sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les substances liquides nocives transportées en vrac (entrée en vigueur le 6 avril 1987) ; annexe III sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les substances nuisibles transportées par mer en colis (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1992) ; annexe IV sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les eaux usées des navires (entrée en vigueur le 27 septembre 2003) ; annexe V sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les ordures des navires (entrée en vigueur le 31 décembre 1988) ; et annexe VI sur les règles relatives à la prévention de la pollution de l'atmosphère par les navires (entrée en vigueur le 19 mai 2005).

<sup>149</sup> Shi, «Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution?».

<sup>150</sup> Ibid., p. 187.

<sup>151</sup> Boyle, «Law of the sea perspectives on climate change», p. 158. Voir également Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, *Climate Change 2013*, p. 4 et 5 ; et Currie et Wolk, «Climate change and CO<sub>2</sub> in the oceans and global oceans governance», p. 387 et 389.

<sup>152</sup> Boyle, «Law of the sea perspectives on climate change», p. 159.

<sup>153</sup> Le Programme d'action mondial est administré par un groupe de coordination accueilli par le Programme des Nations Unies pour l'environnement. Il a été conçu sur le fondement de dispositions des chapitres 17, 33 et 34 d'Action 21, de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, et des Lignes directrices de Montréal pour la protection du milieu marin contre la pollution d'origine tellurique. Il est recommandé dans le Programme d'action mondial que des mesures soient prises aux niveaux international, régional et national pour lutter contre la pollution du milieu marin due à des activités terrestres.

<sup>154</sup> Nordquist *et al.*, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982*, p. 133, par. 207.7 d.

<sup>155</sup> Cette expression trouve son origine dans le libellé «toutes les mesures possibles» du principe 7 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm). Voir Nordquist *et al.*, *United Nations Convention on the Law of the Sea...*, p. 64, par. 194.10 b.

55. En ce qui concerne les règles de renvoi, les parties à la Convention sont priées de se conformer aux règles et aux normes énoncées dans d'autres instruments internationaux adoptés sous les auspices de l'OMI, même lorsqu'elles ne sont pas parties à ces instruments<sup>156</sup>. Deux règles de renvoi énoncées dans la Convention s'appliquent à la réglementation de la pollution atmosphérique par les navires. L'article 211 («Pollution par les navires»), paragraphe 2, de la Convention se lit comme suit : «Les États adoptent des lois et règlements pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par les navires battant leur pavillon ou immatriculés par eux. Ces lois et règlements ne doivent pas être moins efficaces que les règles et normes internationales généralement acceptées, établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique générale.» L'«organisation internationale compétente» à laquelle il est fait référence est l'OMI. En application de cette disposition, les lois et règlements qu'adoptent les États pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution atmosphérique par les navires battant leur pavillon doivent être conformes aux règles et aux normes internationales généralement acceptées, établies par l'OMI, ou plus rigoureuses<sup>157</sup>. Ainsi, cette disposition est liée aux instruments de l'OMI relatifs à la pollution atmosphérique par les navires dans lesquels les règles et normes visées sont qualifiées de «généralement acceptées» aux fins l'article 211, paragraphe 2, de la Convention<sup>158</sup>. L'annexe VI («Règles relatives à la prévention de la pollution de l'atmosphère par les navires») de la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires est un exemple de ce type d'instruments. L'article 212 («Pollution d'origine atmosphérique ou transatmosphérique»), paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer se lit comme suit :

Les États, afin de prévenir, réduire ou maîtriser la pollution du milieu marin d'origine atmosphérique ou transatmosphérique, adoptent des lois et règlements applicables à l'espace aérien où s'exerce leur souveraineté et aux navires battant leur pavillon ou aux navires ou aéronefs immatriculés par eux, en tenant compte des règles et des normes, ainsi que des pratiques et procédures recommandées, internationalement convenues, et de la sécurité de la navigation aérienne.

Les États y sont encouragés à appliquer les règles et normes de l'OMI, ainsi que les pratiques et procédures recommandées, internationalement convenues, pour s'acquitter des obligations qu'ils tiennent de la Convention. Les mots «internationalement convenues» sont moins forts que l'expression «généralement acceptées». Toutefois, la Division des affaires maritimes et du droit de la mer considère que l'annexe VI de la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires est un instrument complémentaire que les États sont tenus d'appliquer pour s'acquitter des obligations énoncées dans l'article 212<sup>159</sup>.

<sup>156</sup> Voir, par exemple, Harrison, «Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping», p. 20.

<sup>157</sup> Nordquist *et al.*, *United Nations Convention on the Law of the Sea...*, p. 203, par. 211.15 f.

<sup>158</sup> Voir, par exemple, Boyle, «Marine pollution under the law of the sea convention», p. 357 ; et Van Reenen, «Rules of reference in the new Convention on the Law of the Sea, in particular in connection with the pollution of the sea by oil from tankers».

<sup>159</sup> Division des affaires maritimes et du droit de la mer, *Le droit de la mer...*, p. 54.

56. Certaines des obligations générales des États relatives à la pollution atmosphérique par les navires que prévoit la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sont complétées par des réglementations concrètes adoptées sous les auspices de l'OMI. Par exemple, l'article 194, paragraphe 3 b, de la Convention, qui fait référence à la pollution atmosphérique par les navires de manière générale, se lit comme suit :

Les mesures prises en application de la présente partie doivent viser toutes les sources de pollution du milieu marin. Elles comprennent notamment les mesures tendant à limiter autant que possible :

[...]

b) la pollution par les navires, en particulier les mesures visant à prévenir les accidents et à faire face aux cas d'urgence, à assurer la sécurité des opérations en mer, à prévenir les rejets, qu'ils soient intentionnels ou non, et à réglementer la conception, la construction, l'armement et l'exploitation des navires [...].

La norme de conduite prévue dans cette disposition est d'ordre très général. Elle vise diverses sources de pollution aérienne par les navires, y compris celles qui résultent du fonctionnement normal des navires ou d'accidents marins dus à une collision ou à un échouage. Les obligations concrètes sont énoncées dans des instruments de l'OMI tels que la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, la Convention sur le Règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer, et la Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer. De même, aux fins de prévention, de réduction et de maîtrise de la pollution du milieu marin par des navires, l'article 211, paragraphe 6, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer permet aux États côtiers d'établir des zones particulières dans leur zone économique exclusive après avoir tenu, par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente, les consultations appropriées. Pour faciliter l'application de cette disposition, l'OMI a adopté en 2005 sa résolution A.982(24) sur les directives révisées pour l'identification et la désignation des zones maritimes particulièrement vulnérables.

57. Un commentaire relatif à l'article 194 donne des éclaircissements sur l'application concurrente (limitée) du droit de la mer et du droit relatif à l'atmosphère :

La première occurrence du mot «atmosphère» dans la Convention se trouve au paragraphe 3 a, et la question se pose de savoir dans quelle mesure l'atmosphère peut être considérée comme faisant partie du milieu marin. Plusieurs dispositions de la Convention font référence à l'atmosphère, désignée par les termes «espace aérien surjacent» ou des expressions connexes [...]. Elles montrent à elles seules que l'atmosphère en tant que telle peut être considérée comme une composante du milieu marin, au moins dans la mesure où il existe un lien direct entre l'atmosphère de l'espace aérien surjacent et les caractéristiques naturelles de l'espace océanique sous-jacent. Le paragraphe 3 a de l'article 194, associé aux articles 212 et 222, établit donc un lien entre le droit de la mer et le droit relatif à l'atmosphère en tant que telle, qu'elle se trouve ou non au-dessus des océans. Parallèlement, les dispositions de la Convention, en particulier celles de la Partie XII, ne préjugent pas la question de savoir si quelque partie de l'atmosphère est une composante du milieu marin<sup>160</sup>.

Le champ d'application de l'article 212 est l'espace aérien territorial «où s'exerce la souveraineté» des États, et ne s'étend ni à l'espace aérien se trouvant au-dessus d'une

<sup>160</sup> Nordquist *et al.*, *United Nations Convention on the Law of the Sea...*, p. 67, par. 194.10 k.



zone économique exclusive ni à l'espace aérien commun situé au-dessus de la haute mer. L'article 212 ne traite pas directement de la question de la pollution de l'atmosphère en tant que telle, ni d'aucune forme de pollution autre que celle définie à l'article premier, paragraphe 4, à savoir la pollution du milieu marin<sup>161</sup>. L'article 222 (« Mise en application de la réglementation relative à la pollution d'origine atmosphérique ou transatmosphérique ») complète, pour ce qui est de l'application, l'article 212, lequel énonce la norme de prévention, de réduction et de maîtrise de la pollution du milieu marin d'origine atmosphérique ou transatmosphérique. Dans une certaine mesure, l'article 222 fait double emploi avec l'article 223, relatif à l'application des mesures concernant la pollution du milieu marin d'origine tellurique puisque, en fait, l'essentiel de la pollution atmosphérique est d'origine tellurique<sup>162</sup>.

58. Parmi les autres instruments concernés, on trouve la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (art. 1, al. e), la Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique (art. 2, par. 2), le Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique (art. 4, par. 1 b)<sup>163</sup>, le Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution d'origine tellurique (art. II, al. c), et le Protocole pour la protection du milieu marin contre la pollution d'origine tellurique (art. III) se rapportant à la Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution, qui traitent de la pollution transatmosphérique comme source d'origine tellurique. Le Protocole relatif à la protection du milieu marin de la mer Noire contre la pollution due à des sources et activités terrestres révisé<sup>164</sup> régit la pollution transatmosphérique dans son annexe III. En 1991, les parties au Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique ont adopté une nouvelle annexe (IV) relative à la pollution transatmosphérique d'origine tellurique<sup>165</sup>. Avant l'adoption de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, le seul instrument international d'importance était le Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau.

59. En vertu des règles de renvoi énoncées dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'annexe VI de la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires peut être considérée comme l'une des « règles et des normes [...] internationalement convenues » aux fins de la réduction de la pollution aérienne par les navires, notamment des oxydes

de soufre et des oxydes d'azote<sup>166</sup>. En ce qui concerne les émissions de gaz à effet de serre par les navires, l'application concurrente de la réglementation de l'OMI et de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est perturbée par les liens qui existent avec le régime international de la lutte contre les changements climatiques. Il semble que la coexistence de la réglementation de l'OMI, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques soit rendue quelque peu difficile par l'application controversée du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives à la réglementation de l'OMI relative aux émissions de gaz à effet de serre dues aux transports maritimes internationaux. Toutefois, cette coexistence se caractérise essentiellement par le « soutien mutuel », et ledit conflit peut être réglé par une interprétation de bonne foi.

60. Les négociations relatives à la réduction des émissions de gaz à effet de serre tenues à l'OMI sont dominées et altérées par les tensions entre les pays développés et les pays en développement. Le différend concerne la question de savoir si c'est le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives ou celui du traitement pas plus favorable qui doit s'appliquer à la réglementation des émissions de gaz à effet de serre dues aux transports maritimes internationaux<sup>167</sup>. Le premier principe apparaît en filigrane dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, le Protocole de Kyoto et l'Accord de Paris, et le second est incorporé à toutes les réglementations de l'OMI, notamment la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires. En conséquence, les avis divergent quant à la question de savoir quel principe doit s'appliquer à la réglementation visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre dues aux transports maritimes internationaux. Toutefois, il est possible de dissiper ces tensions en recourant à une interprétation fondée sur la Convention de Vienne de 1969 et le principe du soutien mutuel. De manière générale, l'OMI tient le mandat qui lui est confié en matière d'émissions de gaz à effet de serre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, ainsi que du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques<sup>168</sup>, lequel

<sup>161</sup> Ibid., p. 212 et 213, par. 212.9 d.

<sup>162</sup> Ibid., p. 315 à 319.

<sup>163</sup> Le Protocole d'origine a été modifié par des amendements adoptés le 7 mars 1996 par la Conférence de plénipotentiaires sur le Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique, tenue à Syracuse les 6 et 7 mars 1996 [Programme des Nations Unies pour l'environnement, *Acte final de la Conférence de plénipotentiaires sur les amendements au Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique*, document UNEP(OCA)/MED IG.7/4]. Le Protocole tel que modifié, enregistré sous la dénomination de « Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution provenant de sources et activités situées à terre », est entré en vigueur le 11 mai 2008.

<sup>164</sup> Le Protocole n'est pas encore entré en vigueur.

<sup>165</sup> Bodansky *et al.*, « Oceans », p. 128 et 136.

<sup>166</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 212, par. 1. Compte tenu de la doctrine actuelle relative à l'interprétation des termes « généralement acceptées », l'annexe VI pourrait toutefois être considérée comme relevant des règles et normes internationales généralement acceptées visées à l'article 211, paragraphe 2, de la Convention. Voir, par exemple, Harrison, « Recent developments and continuing challenges... », p. 21 et 22.

<sup>167</sup> Le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives nécessite que les pays développés et les pays en développement règlent les questions environnementales, mais montre que les premiers devraient assumer la principale responsabilité. L'hypothèse première d'un tel règlement est que les pays développés et les pays en développement n'ont pas le même niveau de responsabilité dans la causalité des problèmes environnementaux. Selon le principe du traitement pas plus favorable, « les États portuaires appliquent les normes en vigueur de manière uniforme à tous les navires se trouvant dans leurs ports, quel que soit le pays dont ces navires battent pavillon » ; voir Shi, « The challenge of reducing greenhouse gas emissions from international shipping... », p. 136 et 137.

<sup>168</sup> L'OMI est autorisée, selon l'article 2, paragraphe 2, du Protocole de Kyoto, à réglementer les émissions de gaz à effet de serre dues aux transports maritimes internationaux. Parallèlement, l'OMI tire sa

indique que les deux principes mentionnés ci-dessus peuvent s'appliquer et être incorporés à la réglementation au moyen d'une interprétation plus large et plus souple du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives<sup>169</sup>. Dans une certaine mesure, cette interprétation a été retenue lors de l'adoption des amendements de 2011 de l'annexe VI de la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, ainsi que dans les débats en cours à l'OMI sur les mesures basées sur le marché<sup>170</sup>.

61. Compromis d'ordre général, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ne définit pas les différents types de pollution du milieu marin, mais certains types de pollution sont définis dans des traités régionaux. Par exemple, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer réglemente la pollution d'origine tellurique, et l'«origine tellurique» a été définie ultérieurement à l'article premier, alinéa e, de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, qui se lit comme suit :

On entend par «sources telluriques»: les sources ponctuelles et diffuses à terre, à partir desquelles des substances ou de l'énergie atteignent la zone maritime, par l'intermédiaire des eaux, de l'air ou directement depuis la côte. Elles englobent les sources associées à tout dépôt délibéré à des fins d'élimination dans le sous-sol marin, rendu accessible depuis la terre par un tunnel, une canalisation ou d'autres moyens, ainsi que les sources associées aux structures artificielles placées à des fins autres que des activités offshore dans la zone maritime sous la juridiction d'une Partie contractante.

62. Ainsi, des dispositions de la Convention des Nations sur le droit de la mer et de divers instruments connexes traitent de l'atmosphère, tant qu'elle se trouve dans l'espace aérien territorial et qu'elle a des incidences sur le milieu marin. Elles ne visent pas l'atmosphère en tant que telle, ni les cas dans lesquels les océans peuvent la polluer. L'interaction entre la mer et l'atmosphère telle qu'elle est définie dans la Convention des Nations sur le droit de la mer est limitée et unilatérale (sens unique, de l'atmosphère vers la mer), et la communauté internationale devra redoubler d'efforts pour surmonter les conflits négatifs qui touchent le droit international concerné. Dans

compétence sur la question des émissions de gaz à effet de serre des articles 1<sup>er</sup> (al. a) et 64 de la Convention portant création de l'Organisation maritime internationale et des articles 211 (par. 1) et 212 (par. 3) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Shi, «Greenhouse gas emissions from international shipping...», p. 82 à 84.

<sup>169</sup> Ibid., p. 86 à 89.

<sup>170</sup> Les amendements adoptés en 2011 de l'annexe VI de la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires [voir la résolution MEPC.203(62) adoptée par l'OMI le 15 juillet 2011, document MEPC 62/24/Add.1, annexe 19] ont créé un indice nominal de rendement énergétique pour les nouveaux navires, et un plan de gestion du rendement énergétique du navire pour tous les navires. Par ailleurs, des mesures basées sur le marché, troisième type de mesures s'ajoutant aux mesures techniques et de fonctionnement, ont été examinées et négociées à l'OMI entre 2000 et 2013. Voir OMI, «Main events in IMO's work on limitation and reduction of greenhouse gas emissions from international shipping», 2011, par. 18, disponible sur le site Web de l'OMI (www.imo.org); Shi, «Reducing greenhouse gas emissions from international shipping: is it time to consider market-based measures?», p. 125; et Zhang, «Towards global green shipping: the development of international regulations on reduction of GHG emissions from ships». À sa soixante-dixième session, du 24 au 28 octobre 2016, le Comité de la protection du milieu marin de l'OMI est convenu de réduire les émissions d'oxydes de soufre par les navires, à compter de 2020 (le plan d'application devant être examiné en 2017), et de ne se prononcer sur les émissions de gaz à effet de serre qu'après un nouvel examen de la question en 2017.

le préambule de l'Accord de Paris, il est souligné qu'il importe de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans. En conséquence, il est jugé important que le droit de la mer et le droit relatif à l'atmosphère soient interprétés et appliqués conformément au principe du soutien mutuel.

## 2. DÉCISIONS DE JUSTICE

63. Comme il a été indiqué dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial<sup>171</sup>, l'Australie avait prié la Cour internationale de Justice, dans sa requête en l'affaire des *Essais nucléaires*, de «dire et juger que la poursuite des essais atmosphériques d'armes nucléaires dans la zone du Pacifique Sud n'est pas compatible avec les obligations mises à la charge de la France par les règles applicables du droit international<sup>172</sup>». Après avoir ordonné des mesures conservatoires le 22 juin 1973, la Cour a, dans son arrêt définitif du 20 décembre 1974, 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 de statuer<sup>173</sup>. Il convient de noter 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 nature<sup>174</sup>.»

64. La décision rendue en 2001 par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire de l'*Usine MOX*<sup>175</sup> illustre la coexistence de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et du régime juridique international

<sup>171</sup> *Annuaire... 2015*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/681, p. 210, par. 44.

<sup>172</sup> Mémoire sur la compétence et la recevabilité soumis par le Gouvernement de l'Australie, *C.I.J. Mémoires 1973*, par. 430.

<sup>173</sup> *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; et *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 (*Australie c. France*; *Nouvelle-Zélande c. France*): C.I.J. – arrêts du 20 décembre 1974»; et MacDonald et Hough, «The *Nuclear Tests* case revisited». La Cour a affirmé 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. 253, à la page 269, par. 50].

<sup>174</sup> Mémoire sur la compétence et la recevabilité soumis par le Gouvernement de l'Australie, *C.I.J. Mémoires 1973*, par. 459.

<sup>175</sup> *Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Recueil 2001*, p. 95.

encadrant la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution atmosphérique d'origine tellurique. Le soutien mutuel de la Convention et de ce régime était l'un des facteurs examinés par le Tribunal. Dans cette affaire, l'Irlande a demandé qu'un tribunal arbitral soit créé en vertu de l'annexe VII et chargé de juger et déclarer que le Royaume-Uni n'avait pas observé les obligations que lui imposaient les articles 192 et 193 et/ou l'article 194 et/ou l'article 207 et/ou les articles 211 et 213 de la Convention à propos de l'autorisation accordée à l'usine MOX, notamment en manquant à l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu de la mer d'Irlande résultant des rejets intentionnels ou d'émissions accidentelles de matières ou de déchets radioactifs provenant de l'usine MOX<sup>176</sup>. Le raisonnement sous-tendant la demande de l'Irlande était que le respect des normes convenues concernant la maîtrise de la pollution conformément au droit international en vigueur ne suffisait pas pour satisfaire à l'obligation plus générale de diligence requise, établie en vertu de la Convention<sup>177</sup>. Compte tenu de ce qui précède, l'Irlande a demandé au Tribunal de prescrire des mesures conservatoires, de sorte que le Royaume-Uni suspende sans délai l'autorisation accordée à l'usine MOX. Le Tribunal a décidé de ne pas prescrire les mesures demandées par l'Irlande, mais a demandé aux deux parties de coopérer et, à cette fin, de procéder à des consultations. Cette affaire peut également être considérée comme la recherche par le Tribunal d'un équilibre entre la poursuite du développement économique et la protection de l'environnement<sup>178</sup>.

### C. Élévation du niveau de la mer et son incidence

65. Comme il a été indiqué au paragraphe 48 *supra*, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat avait prédit qu'il résulterait très probablement du réchauffement climatique que le niveau de la mer s'élèverait. L'une des conséquences notoires de l'élévation du niveau de la mer est le net recul des côtes dans le monde entier, recul qui entraîne la modification des lignes de base servant à mesurer les eaux territoriales et d'autres zones maritimes, y compris les lignes archipélagiques, les lignes de base étant réputées « mouvantes »<sup>179</sup>. Avec l'élévation du niveau de la mer, la laisse côtière de basse mer, qui est la « ligne de base normale » aux fins de l'article 5 de la Convention, se déplace habituellement vers l'intérieur et certains repères géographiques servant de points de repère peuvent être inondés et perdus. Toutefois, certains auteurs considèrent qu'« une forte élévation du niveau de la mer, quelle qu'en soit la cause, ne fait perdre aux États

ni leur espace océanique ni les droits qu'ils ont sur les ressources maritimes déjà reconnus par la Convention de 1982<sup>180</sup> ». Le Comité chargé des lignes de base établies en vertu du droit international de la mer de l'Association de droit international a émis l'hypothèse qu'il existait deux options : premièrement, une nouvelle règle gelant les lignes de base existantes dans leur position actuelle, en utilisant « les cartes marines à grande échelle reconnues officiellement par l'État côtier » ; ou, deuxièmement, une nouvelle règle gelant les limites extérieures définies existantes des zones maritimes mesurées à partir des lignes de base établies conformément à la Convention<sup>181</sup>. Ces options semblent contrevenir à la règle de droit international établie, selon laquelle le changement fondamental de circonstances ne s'applique pas aux frontières<sup>182</sup>. Toutefois, la communauté internationale doit impérativement examiner le problème *de lege ferenda* pour surmonter les difficultés que rencontrent les États touchés par les questions relatives aux lignes de base<sup>183</sup>.

66. Les questions des migrations forcées et des droits de l'homme constituent un autre ensemble de problèmes découlant de l'élévation du niveau de la mer, problèmes qui touchent directement à la question de la protection de l'atmosphère. L'élévation du niveau de la mer menaçant d'inondation partielle ou totale, ou de dépeuplement, des territoires étatiques, en particulier ceux des petits États insulaires et de faible altitude, et les incidences au titre du droit international étant colossales, une étude sérieuse et approfondie de ces questions s'impose. Les impacts combinés et cumulés de l'élévation relative du niveau de la mer et d'autres effets des changements climatiques entraînent toute une gamme de conséquences négatives directes et indirectes sur les vies humaines et les conditions de vie dans les zones côtières et de faible altitude<sup>184</sup>. Toutefois, les questions touchant aux droits de l'homme et aux migrations devraient être examinées de plus près dans le cadre du droit des droits de l'homme plutôt que dans celui du droit de la mer ; elles seront en conséquence étudiées au chapitre IV.

67. Compte tenu de ce qui précède, le projet de directive ci-après est proposé :

#### « Projet de directive 11. Droit relatif à la protection de l'atmosphère et droit de la mer »

« 1. Les États devraient prendre les mesures qui s'imposent dans le domaine du droit de la mer, en tenant compte des dispositions applicables de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et des instruments internationaux connexes, pour protéger l'atmosphère de la pollution et de la dégradation atmosphériques et régler les questions touchant à la

<sup>176</sup> *Demande en prescription de mesures conservatoires et exposé des conclusions de l'Irlande*, 9 novembre 2001, disponible sur le site Web du Tribunal ([www.itlos.org/fr/main](http://www.itlos.org/fr/main)), dans « Affaires », puis « Rôle des affaires ». Dans sa demande en prescription de mesures conservatoires, l'Irlande a affirmé que « les conséquences, pour la santé humaine et l'environnement, d'émissions accidentelles dans l'atmosphère provenant des réservoirs contenant des déchets hautement radioactifs de Sellafield seraient de loin plus importantes que celles de l'accident de Chernobyl, en avril 1986 » (par. 11).

<sup>177</sup> Boyle, « Law of the sea perspectives on climate change », p. 162.

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> Soons, « The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries » ; et Hayashi, « Sea-level rise and the law of the sea: future options ». L'article 62, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969 prévoit ce qui suit : « Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer : a) s'il s'agit d'un traité établissant une frontière ».

<sup>180</sup> Jesus, « Rocks, new-born islands, sea level rise and maritime space », p. 599 et 602.

<sup>181</sup> Voir Association de droit international, *Report of the Seventy-Fifth Conference held in Sofia, August 2012*, Londres, 2012, p. 385 à 428.

<sup>182</sup> La Cour internationale de Justice a également confirmé qu'un traité de limites n'est pas affecté par un changement fondamental de circonstances dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1978*, p. 3, aux pages 35 et 36, par. 85.

<sup>183</sup> Association de droit international, *Johannesburg Conference (2016): International Law and Sea Level Rise*, rapport intermédiaire, p. 13 à 18.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 18 à 28. Voir également Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, « Changements climatiques 2014 ».

pollution du milieu marin d'origine atmosphérique ou transatmosphérique. Afin d'éviter tout conflit, ils devraient s'assurer que l'élaboration, l'interprétation et l'application des règles de droit international sont conformes au principe du soutien mutuel.

«2. Les États et les organisations internationales compétentes devraient examiner la situation des petits États insulaires et des États de faible altitude en ce qui concerne les lignes de base utilisées pour délimiter leurs zones maritimes conformément au droit de la mer.»

## CHAPITRE IV

### Droit relatif à la protection de l'atmosphère et droit international des droits de l'homme

68. Le droit international relatif à la protection de l'atmosphère ne peut se coordonner convenablement avec le droit international des droits de l'homme que dans la mesure où certains de ses éléments sont considérés comme de caractère anthropocentrique (centré sur l'être humain) et non environnemental<sup>185</sup>, à savoir que la protection de l'environnement est envisagée au premier chef comme un moyen de protéger l'humanité et non comme une fin en soi<sup>186</sup>. Ainsi, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a, dans une affaire concernant la protection de marais, affirmé ce qui suit : «Ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention [de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme)] ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel ; d'autres instruments internationaux [...] sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier<sup>187</sup>.»

69. Pour que les instruments relatifs aux droits de l'homme contribuent à la protection de l'environnement en général et à celle de l'atmosphère en particulier, le lien direct entre la pollution ou la dégradation atmosphériques et une atteinte aux droits de l'homme doit être établi<sup>188</sup>. En ce sens, le droit international des droits de l'homme ne peut être applicable qu'en ce qui concerne la pollution et la dégradation atmosphériques touchant le milieu de vie et l'environnement, qui sont protégés *in fine* pour les êtres humains. En conséquence, le droit international des droits de l'homme ne chevauche pas nécessairement le droit international de l'environnement, mais il peut arriver que cela se produise<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> Voir Stone, «Ethics and international environmental law». Le Rapporteur spécial est particulièrement reconnaissant à Masayuki Hiromi, de l'Université Sophia, d'avoir communiqué la documentation nécessaire et participé à la rédaction du présent rapport sur le droit des droits de l'homme.

<sup>186</sup> Boyle, «Relationship between international environmental law...», p. 141.

<sup>187</sup> *Kyrtatos c. Grèce*, n° 41666/98, par. 52, CEDH 2003-VI (extraits). La Cour a poursuivi en affirmant que, «à supposer même que les aménagements urbains effectués dans la zone aient eu de graves répercussions sur l'environnement, les requérants n'ont présenté aucun argument convaincant démontrant que le tort qui aurait été causé aux oiseaux et autres espèces protégées vivant dans le marais était de nature à porter directement atteinte à leurs propres droits garantis par l'article 8, par. 1, de la Convention» (ibid., par. 53).

<sup>188</sup> Dupuy et Viñuales, *International Environmental Law*, p. 308, 309 et 319.

<sup>189</sup> Certaines normes environnementales, telles que des conventions concernant la protection de la biodiversité, «portent la marque d'un réel souci de l'environnement et suggèrent que la protection de l'environnement est généralement prise en compte en tant que telle, et non uniquement comme un moyen de protéger les êtres humains» (Sands et Peel, *Principles of International Environmental Law*, p. 776). En la matière, il n'y a pas de marge pour que les normes internationales des droits de l'homme soient prises en compte.

#### A. Traités et autres instruments

70. Pour ce qui est des renvois faits aux droits de l'homme dans des textes environnementaux, c'est dans la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)<sup>190</sup>, de 1972, que l'application concurrente du droit international environnemental et du droit international des droits de l'homme a été reconnue ; le principe 1 de cette déclaration, centré sur les droits garantis aux personnes et non sur les obligations pesant sur les États, se lit comme suit : «L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être<sup>191</sup>.» La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement<sup>192</sup>, de 1992, souligne également dans son principe 1 que «[l]es êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable» et qu'«[i]ls ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature». Bien que la deuxième disposition ne fasse pas expressément référence au terme «droits de l'homme»<sup>193</sup>, le principe 1 a facilité l'incorporation des questions de la durabilité et de la protection de l'environnement dans le droit international des droits de l'homme. Ces déclarations ne sont pas juridiquement contraignantes, mais elles constituent le fondement d'un droit des êtres humains à un environnement sain<sup>194</sup>.

71. Il importe de noter que le droit international relatif à la protection de l'atmosphère porte véritablement la marque d'une conception anthropocentrique, si bien que le droit des droits de l'homme pourrait grandement y contribuer car, pour survivre, les êtres humains ont besoin d'air pur. En ce qui concerne la pollution atmosphérique, aux termes de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, la pollution de l'air a une «action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme» (art. 1) et oblige les parties «à protéger l'homme et son environnement contre la pollution atmosphérique» (art. 2). De même, pour ce qui est de la dégradation atmosphérique, aux termes de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, les parties sont priées de prendre des mesures «pour protéger

<sup>190</sup> Voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), chap. I.

<sup>191</sup> Sohn, «The Stockholm Declaration on the Human Environment», p. 451 et 452.

<sup>192</sup> *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement* (voir *supra* la note 42), résolution 1, annexe I.

<sup>193</sup> Shelton, «What happened in Rio to human rights?», p. 75.

<sup>194</sup> Francioni, «Principle 1: human beings and the environment», p. 97 et 98.

la santé humaine» (art. 2), et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques traite des effets néfastes des changements climatiques, notamment des effets nocifs significatifs «sur la santé et le bien-être de l'homme» (art. 1<sup>er</sup>). Comme l'a noté le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme dans une étude analytique qu'il a récemment réalisée au sujet de l'interaction entre les droits de l'homme et l'environnement<sup>195</sup>, la dégradation de l'environnement, notamment la pollution de l'air, les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone, «peut potentiellement affecter la réalisation des droits de l'homme<sup>196</sup>».

72. En ce qui concerne les considérations d'ordre environnemental figurant dans des instruments relatifs aux droits de l'homme, c'est après la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de 1972 que le droit particulier à l'environnement a été intégré à des traités relatifs aux droits de l'homme. Actuellement, deux instruments garantissent expressément ce droit : la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de 1981, qui prévoit en son article 24 que «[t]ous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement», et le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels, qui, en son article 11, paragraphe 1, établit que «[t]oute personne a le droit de vivre dans un environnement salubre». À l'inverse, aucun traité ou autre instrument adopté avant la Conférence de Stockholm de 1972 ne comprenait de référence expresse à un droit particulier à l'environnement ; parmi ces textes figurent la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>197</sup>, la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et la Convention américaine relative aux droits de l'homme : «Pacte de San José de Costa Rica». Toutefois, les tribunaux et organes des droits de l'homme établis dans ces textes ont ultérieurement intégré des considérations d'ordre environnemental aux dispositions relatives à certains droits généraux dans le cadre d'une interprétation évolutive visant à protéger les êtres humains de la pollution et la dégradation de l'environnement<sup>198</sup>. Ainsi, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré ce qui suit : «La Convention ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme, mais lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du bruit ou d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'article 8<sup>199</sup>.» La Commission interaméricaine des droits de l'homme a également expressément reconnu le lien

entre la protection de l'environnement et la jouissance des droits de l'homme garantis par la Convention américaine relative aux droits de l'homme, en affirmant que

bien que ni la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme ni la Convention américaine relative aux droits de l'homme ne comprennent de référence expresse à la protection de l'environnement, il est clair que plusieurs droits fondamentaux qui y sont consacrés nécessitent, comme préalable à leur jouissance, une qualité environnementale minimale, et sont négativement et profondément touchés par la dégradation des ressources naturelles élémentaires. La Commission interaméricaine des droits de l'homme souligne à cet égard qu'il y a une relation directe entre l'environnement physique dans lequel vivent les êtres humains et les droits à la vie, à la sécurité et à l'intégrité physique. Ces droits sont directement touchés en cas de déforestation, de contamination de l'eau, de pollution ou d'autres types d'atteintes à l'environnement<sup>200</sup>.

## B. Jurisprudence des tribunaux internationaux et des organes conventionnels

73. Il peut être difficile d'analyser la protection de l'atmosphère en examinant l'application des normes relatives aux droits de l'homme dans le cadre du droit international général, car les circonstances et priorités particulières des différentes sociétés amènent les tribunaux régionaux, d'une part, et les organes conventionnels relatifs aux droits de l'homme, d'autre part, à interpréter ces normes différemment<sup>201</sup>. En effet, l'importance accordée aux droits relatifs à la protection de l'environnement et l'interprétation de ces droits diffèrent légèrement entre ces tribunaux et ces organes. D'une façon générale, la jurisprudence environnementale de la Cour européenne des droits de l'homme est principalement centrée sur les droits individuels relatifs à la santé humaine et à la vie privée et familiale, alors que la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples se focalisent davantage sur les droits collectifs des peuples autochtones ou tribaux<sup>202</sup>, bien que personne ne conteste que, compte tenu des éléments communs des décisions de justice en matière environnementale, les dispositions des différents traités devraient à long terme être interprétées et appliquées de façon plus homogène<sup>203</sup>.

### 1. COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

74. À l'échelle mondiale, c'est après 1990 que certains recours relatifs à des préoccupations d'ordre environnemental ont été communiqués au Comité des droits de l'homme, quoique ces recours aient eu un succès limité quant au fond<sup>204</sup>. En ce qui concerne la protection de l'atmosphère, l'affaire *Bordes et Temeharo c. France*<sup>205</sup>

<sup>195</sup> Résolution 19/10 du Conseil des droits de l'homme, en date du 22 mars 2012, sur les droits de l'homme et l'environnement.

<sup>196</sup> Étude analytique sur les liens entre les droits de l'homme et l'environnement, rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme (A/HRC/19/34 et Corr.1), par. 15 et 16.

<sup>197</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme, résolution 217 (III) A de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948.

<sup>198</sup> Desgagné, «Integrating environmental values into the European Convention on Human Rights». Voir le projet de conclusion 8 concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, adopté par la Commission en première lecture, intitulé «L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps» [Annuaire... 2016, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 91].

<sup>199</sup> *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, par. 96, CEDH 2003-VIII.

<sup>200</sup> *Kuna Indigenous People of Madungandí and Emberá Indigenous People of Bayano and Their Members v. Panama*, affaire n° 12.354, décision (fond), 13 novembre 2012, Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 125/12, par. 233.

<sup>201</sup> Higgins, «Human rights: some questions of integrity»; et Simma, «International human rights and general international law...».

<sup>202</sup> Dupuy et Viñuales, *International Environmental Law*, p. 307 à 311.

<sup>203</sup> Cela ne signifie pas que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière doit être suivie par les autres juridictions et organes relatifs aux droits de l'homme. Voir Higgins, «Human rights: some questions of integrity», p. 7. Voir aussi Lixinski, «Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights...», p. 594 à 596.

<sup>204</sup> Dupuy et Viñuales, *International Environmental Law*, p. 306.

<sup>205</sup> *Bordes et Temeharo c. France*, communication n° 645/1995, décision adoptée le 22 juillet 1996, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 40 (A/51/40)*, vol. II, annexe IX, sect. G.

revêt une importance particulière, même si le Comité l'a jugée irrecevable. Elle concernait des essais nucléaires souterrains réalisés par la France dans le Pacifique Sud en 1995 et 1996, essais qui avaient conduit la Nouvelle-Zélande à porter l'affaire *Essais nucléaires II* devant la Cour internationale de Justice<sup>206</sup>. Dans l'affaire *Bordes et Temeharo c. France*, des citoyens français résidant dans des îles du Pacifique Sud ont affirmé que les tests réalisés par la France contrevenaient à leurs droits à la vie (art. 6) et à la vie privée et familiale (art. 17) garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Selon eux, les tests nucléaires avaient fracturé la structure géologique des atolls, et les particules radioactives qui s'écoulaient des fissures contaminaient l'atmosphère et exposaient la population des alentours de la zone de test à un risque aggravé de radiation. Le Comité a rappelé que «pour qu'une personne puisse se prétendre victime d'une violation d'un droit protégé par le Pacte, elle doit prouver soit que l'acte ou l'omission de l'État partie a déjà eu des conséquences négatives sur l'exercice de ce droit, soit que la menace de telles conséquences est réelle<sup>207</sup>», considérant que les demandeurs n'étaient pas «victimes» de l'infraction du fait de la distance qui les séparait du dommage, et que la demande n'était pas recevable. Il convient toutefois de noter que le Comité n'a pas rejeté la possibilité que la pollution atmosphérique par un État contrevienne aux droits à la vie et à la vie privée et familiale garantis par le Pacte, sous réserve que le lien direct entre cette pollution et l'atteinte aux droits soit établi.

## 2. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

75. C'est dans l'affaire *López Ostra c. Espagne*, en 1994, que la Cour européenne des droits de l'homme a clairement reconnu pour la première fois que des questions d'environnement pouvaient se poser dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, même en l'absence de droit portant expressément sur l'environnement<sup>208</sup>. En l'espèce, la requérante, une Espagnole résidant dans la ville de Lorca, en Espagne, affirmait que les fumées d'une usine de traitement des déchets construite par une société privée à proximité de son domicile polluaient l'atmosphère de la ville et causaient des problèmes de santé et des nuisances à sa famille et à elle-même, enfreignant ainsi l'article 8 («Droit au respect de la vie privée et familiale») de la Convention. La Cour a souscrit aux constatations de la Commission européenne des droits de l'homme selon lesquelles «il pouvait y avoir un lien de causalité entre [les] émanations et les affections dont souffrait la fille de la requérante<sup>209</sup>». La Cour a ajouté que «[c]ertes, les autorités espagnoles, et notamment la municipalité de Lorca, n'étaient pas en principe directement responsables des émanations dont il s'agit[ssai]<sup>210</sup>», puisque l'usine en question appartenait à une société privée, qui la contrôlait et l'exploitait. Toutefois, les autorités espagnoles avaient

selon la Cour l'«obligation positive [...] [d']adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu» garantis par la Convention<sup>211</sup>, car la ville avait permis l'installation de l'usine sur des terrains lui appartenant et subventionné sa construction<sup>212</sup>. La Cour a finalement conclu qu'en ne prenant pas de mesures en ce sens l'Espagne avait enfreint l'article 8.

76. La question qui s'est posée en 1995 à la Commission européenne des droits de l'homme, aujourd'hui disparue, en l'affaire *Noel Narvii Tauira et 18 autres c. France*<sup>213</sup> était la même que dans l'affaire *Bordes et Temeharo c. France* portée devant le Comité des droits de l'homme (voir *supra* le paragraphe 74). Les requérants y soutenaient que la décision de la France de reprendre les essais nucléaires dans le Pacifique Sud constituerait une violation, entre autres, des articles 2 («Droit à la vie») et 8 («Droit au respect de la vie privée et familiale») de la Convention européenne des droits de l'homme, et de l'article 1 («Protection de la propriété») du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Protocole n° 1). Comme le Comité, la Commission a estimé que «[p]our qu'un requérant puisse se prétendre victime d'une violation de la Convention, il doit exister un lien suffisamment direct entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la violation alléguée<sup>214</sup>» et que «[l]a seule invocation des risques inhérents à l'utilisation de l'énergie nucléaire [...] ne suffit pas pour permettre aux requérants de se prétendre victimes d'une violation de la Convention, bon nombre d'activités humaines étant génératrices de risques<sup>215</sup>». La Commission a conclu comme le Comité que la requête était irrecevable car les requérants n'avaient pas étayé leurs allégations, mais à la différence de celui-ci, elle a clairement reconnu la recevabilité d'une action contre un risque de violation future, estimant que «[c]e n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que le risque d'une violation future peut néanmoins conférer à un requérant la qualité de victime d'une violation de la Convention», les requérants ayant invoqué le risque potentiel qu'un échappement de radioactivité découlant de la fracturation des atolls constituait pour leur vie, leur santé et leur vie familiale<sup>216</sup>. La Commission a ajouté ce qui suit: «Pour que dans une telle situation le requérant puisse se prétendre victime, il faut toutefois qu'il produise des indices raisonnables et *convaincants*\* de la probabilité de réalisation d'une violation en ce qui le concerne personnellement; de simples suspicions ou conjectures sont insuffisantes à cet égard<sup>217</sup>.»

77. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection de l'atmosphère s'est développée encore à l'occasion de l'affaire *Fadeïeva c. Russie*<sup>218</sup>, en 2005. Il s'agissait d'un cas de pollution atmosphérique intrafrontalière générée dans la ville de

<sup>206</sup> 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.

<sup>207</sup> *Bordes et Temeharo c. France* (voir *supra* la note 205), par. 5.4.

<sup>208</sup> Fitzmaurice, *Contemporary Issues in International Environmental Law*, p. 186. Cour européenne des droits de l'homme, *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, série A n° 303-C.

<sup>209</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *López Ostra c. Espagne* (voir *supra* la note 208), par. 49.

<sup>210</sup> *Ibid.*, par. 52.

<sup>211</sup> *Ibid.*, par. 51.

<sup>212</sup> *Ibid.*, par. 52.

<sup>213</sup> *Noel Narvii Tauira et 18 autres c. France*, requête n° 28204/95, décision du 4 décembre 1995, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports* 83-B, p. 112.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>218</sup> *Fadeïeva c. Russie*, n° 55723/00, CEDH 2005-IV.

Therepovets, en Fédération de Russie, par l'aciérie Severstal, privatisée en 1993, et à laquelle les requérants, qui vivaient dans un appartement à proximité, reprochaient d'avoir porté atteinte au droit à la santé et au bien-être que leur garantissait l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a souligné que pour soulever une question au titre de l'article 8 («Droit au respect de la vie privée et familiale»), le requérant devait établir *a*) un lien de causalité entre la pollution ou la dégradation de l'environnement et une atteinte à un droit de l'homme protégé, et *b*) un seuil de gravité suffisant pour que les conséquences néfastes relèvent de l'article 8 de la Convention<sup>219</sup>. Ayant constaté que ces deux conditions étaient remplies, la Cour a relevé qu'en l'espèce l'aciérie Severstal n'était pas détenue, contrôlée ou exploitée par la Fédération de Russie à l'époque des faits<sup>220</sup>. Elle a cependant souligné que, «dans les affaires d'environnement, la responsabilité de l'État peut être engagée du fait de l'absence de réglementation adéquate de l'industrie privée», et examiné la question de savoir si l'État avait l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits garantis par l'article 8, paragraphe 1, de la Convention<sup>221</sup>. Considérant que les autorités étaient à même d'apprécier les dangers induits par la pollution et de prendre des mesures propres à les prévenir ou à les réduire, elle a fini par conclure qu'il existait «entre les émissions polluantes et le comportement de l'État un lien suffisant<sup>222</sup>», et que la Fédération de Russie avait violé l'article 8 de la Convention.

### 3. COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

78. L'affaire des *Ogoni*<sup>223</sup>, de 2001, portait sur la dégradation de l'environnement et les problèmes de santé du peuple ogoni, au Nigéria, causés par la contamination de l'eau, du sol et de l'air due à l'exploitation de ressources par un consortium pétrolier, dans laquelle le Gouvernement nigérian était impliqué. Les plaignants soutenaient que, par ses actions et omissions, le Nigéria avait enfreint plusieurs de leurs droits fondamentaux, dont ceux visés aux articles 4 (droit à la vie), 16 (droit à la santé) et 24 (droit à un environnement satisfaisant) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a d'abord énoncé la condition de la recevabilité de la plainte, à savoir l'existence d'un lien entre la pollution ou la dégradation de l'environnement et les atteintes aux droits de l'homme, soulignant ceci : «Ces droits reconnaissent l'importance d'un environnement propre et sain [...],

<sup>219</sup> Ibid., par. 68 et 69.

<sup>220</sup> Ibid., par. 89. L'usine avait déjà libéré des substances toxiques dans l'atmosphère de la ville avant sa privatisation en 1993, mais la Cour n'a pris en considération que la période d'après le 5 mai 1998, date à laquelle la Convention européenne des droits de l'homme est entrée en vigueur pour la Fédération de Russie.

<sup>221</sup> Ibid., par. 89.

<sup>222</sup> Ibid., par. 92.

<sup>223</sup> *Social and Economic Rights Action Center et Center for Economic and Social Rights c. Nigéria*, décision du 27 octobre 2001, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 155/96. L'affaire concernait également le comportement envers le peuple ogoni de l'armée et des forces de sécurité nigérianes, qui avaient attaqué, brûlé et détruit plusieurs villages et habitations. Toutefois, le présent rapport ne porte que sur les questions relatives à l'environnement. Voir Coomans, «The *Ogoni* case before the African Commission on Human and Peoples' Rights».

pour autant que l'environnement affecte la qualité de la vie et la sécurité de l'individu<sup>224</sup>». Elle a dit ensuite que la violation des droits de l'homme alléguée par le plaignant supposait des obligations tant négatives que positives<sup>225</sup>. Enfin, elle a renvoyé à certains précédents de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>226</sup>, précisant ce qui suit : «En tant qu'instrument des droits de l'homme, la Charte africaine n'est pas étrangère à ces concepts<sup>227</sup>». Selon la Commission africaine, le droit à la santé (art. 16) imposait aux États l'obligation négative de «cesser de menacer directement la santé et l'environnement de leurs citoyens<sup>228</sup>», et le droit à un environnement satisfaisant (art. 24), l'obligation positive de «prendre des mesures raisonnables et d'autres mesures pour prévenir la pollution et la dégradation écologique, favoriser la préservation de l'environnement et garantir un développement écologiquement durable et l'utilisation des ressources naturelles<sup>229</sup>», notamment en réalisant des évaluations de l'impact écologique, en assurant une surveillance adéquate et en fournissant des informations. Enfin, ayant examiné le comportement du Gouvernement nigérian, la Commission africaine a conclu à une violation des articles 16 et 24 de la Charte. En ce qui concerne le droit à la vie, elle a conclu à une violation de l'article 4, au motif que «[l]a pollution et la dégradation de l'environnement à un niveau humainement inacceptable a[vait] fait que vivre au pays ogoni [était] devenu un cauchemar<sup>230</sup>».

### 4. COMMISSION INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME

79. En l'affaire *Community of La Oroya v. Peru*, la pétition portait sur une pollution de l'air, du sol et des eaux causée par le complexe métallurgique exploité par l'entreprise des États-Unis Doe Run à La Oroya, au Pérou<sup>231</sup>. Selon les pétitionnaires, le Pérou s'en était rendu responsable tant par action que par omission, notamment par l'absence de contrôle du complexe, de supervision et de mesures pour atténuer les effets néfastes. Avant de se prononcer, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a conclu que «les décès ou problèmes de santé présumés découler d'actions et d'omissions de l'État face à la pollution provoquée par le complexe métallurgique de La Oroya, s'ils étaient avérés, pourraient constituer une violation des droits consacrés aux articles 4 [“Droit à la vie”] et 5 [“Droit à l'intégrité de la personne”] de la Convention américaine [relative aux droits de l'homme]<sup>232</sup>». Comme la contamination avait été causée par un complexe exploité par une entreprise privée, la Commission interaméricaine a fait valoir l'obligation positive de l'État de prendre des mesures pour éviter que des tiers mettent en danger la vie et la santé d'autrui.

<sup>224</sup> Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 155/96, par. 51.

<sup>225</sup> Ibid., par. 44.

<sup>226</sup> Ibid., par. 57.

<sup>227</sup> Ibid., par. 44.

<sup>228</sup> Ibid., par. 52.

<sup>229</sup> Ibid.

<sup>230</sup> Ibid., par. 67.

<sup>231</sup> *Community of La Oroya v. Peru*, pétition n° 1473-06, décision (recevabilité), 5 août 2009, Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 76/09. Le complexe a été nationalisé en 1974, puis acheté par l'entreprise américaine en 1997.

<sup>232</sup> Ibid., par. 74.

80. Les changements climatiques ont des effets spécifiques bien identifiables sur les régions polaires et les populations qui y vivent. Deux groupes autochtones ont saisi séparément la Commission interaméricaine de pétitions soulevant des questions liées à ces changements<sup>233</sup>. En 2005, la Présidente de la Conférence circumpolaire inuite a déposé au nom des Inuits des régions arctiques des États-Unis et du Canada une pétition contre les États-Unis, alléguant que les effets des changements climatiques provoqués dans l'Arctique par les émissions de gaz à effet de serre des États-Unis violaient les droits fondamentaux des Inuits protégés par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme et d'autres instruments internationaux<sup>234</sup>, notamment leurs droits aux bienfaits de la culture, à la propriété, à la préservation de la santé, de la vie, de l'intégrité physique, de la sécurité et des moyens de subsistance, ainsi qu'à la résidence, aux déplacements et à l'inviolabilité du domicile. Toutefois, en 2006, la Commission a rejeté la pétition, concluant que les pétitionnaires n'avaient pas démontré «que les faits allégués pouvaient être qualifiés de violation de droits protégés par la Déclaration américaine<sup>235</sup>». En 2013, l'Arctic Athabaskan Council a déposé au nom de tous les peuples athabascans des régions arctiques du Canada et des États-Unis une pétition contre le Canada, affirmant que le réchauffement de l'Arctique, dû à l'inaction du Canada et à l'absence de réglementation efficace sur les émissions de carbone noir, violait les droits de l'homme des peuples athabascans de ces régions, dont le droit aux bienfaits de leur culture, le droit à la propriété et le droit à la santé consacrés par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme<sup>236</sup>. La recevabilité de cette pétition est toujours à l'examen.

### C. Droits substantiels

81. Il ressort de l'analyse comparative des décisions concernant l'environnement et de celles rendues par les juridictions et organes compétents en matière de droits de l'homme que les droits substantiels «généraux» les plus souvent invoqués dans les actions en matière environnementale sont «le droit à la vie» (article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; article 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant; article 10 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées; article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme; article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme; et article 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples), «le droit à la vie privée et familiale» (article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; article 8

de la Convention européenne des droits de l'homme; et article 11, paragraphe 2, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme) et «le droit à la propriété» (article 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme; article 21 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme; et article 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples)<sup>237</sup>. Lorsque les instruments relatifs aux droits de l'homme ne prévoient pas expressément un droit «spécifique» de l'environnement, les juridictions et les organes conventionnels des droits de l'homme considèrent que les droits généraux garantis par ces instruments recouvrent le droit à un environnement sain et le droit à la santé<sup>238</sup>. En outre, même lorsque des instruments relatifs aux droits de l'homme consacrent des droits spécifiques en matière d'environnement, comme le fait la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, les juridictions et organes conventionnels compétents appliquent aussi bien des droits généraux comme le droit à la vie que des droits spécifiques comme le droit à un environnement sain et le droit à la santé, comme on l'a vu dans les affaires concernant les Ogoni et les Inuits. Ces droits généraux se retrouvent dans tous les instruments relatifs aux droits de l'homme, mondiaux ou régionaux, et peuvent donc devenir universellement applicables si la jurisprudence en la matière continue d'évoluer dans ce sens.

82. Cependant, certaines conditions essentielles doivent être remplies pour que le droit international des droits de l'homme contribue à la protection de l'atmosphère<sup>239</sup>. Premièrement, le droit international des droits de l'homme demeure «un système juridique axé sur le dommage corporel<sup>240</sup>», aussi faut-il établir un lien direct entre la pollution ou dégradation atmosphérique et l'atteinte à un droit protégé. Deuxièmement, il faut un seuil de gravité suffisant pour que les conséquences néfastes de la pollution ou de la dégradation atmosphérique relèvent de ce droit. L'appréciation de ce seuil est relative, elle dépend du contenu du droit invoqué et de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce, telles que l'intensité des nuisances, leur durée et leurs effets physiques ou psychiques. Troisièmement et surtout, il faut établir un lien de causalité entre l'action ou l'omission de l'État et la pollution ou dégradation atmosphérique.

83. Les obligations des États découlant des droits en question sont de deux ordres. En principe, les États sont tenus de s'abstenir – obligation négative – de toute ingérence directe ou indirecte dans l'exercice des droits fondamentaux, autrement dit, de respecter ces droits. Il ressort cependant de la jurisprudence et notamment des décisions susmentionnées des juridictions et des organes compétents en matière de droits de l'homme que ce devoir d'abstention est assorti d'une obligation de protéger ces droits – obligation positive – en prenant toutes les mesures à cette fin<sup>241</sup>. Les États doivent donc prendre des

<sup>233</sup> De la Rosa Jaimes, «Climate change and human rights litigation in Europe and the Americas», p. 191 à 195.

<sup>234</sup> Conférence circumpolaire inuite, *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations resulting from Global Warming caused by Acts and Omissions of the United States*, 7 décembre 2005.

<sup>235</sup> Voir la lettre adressée le 16 novembre 2006 à Paul Crowley par Ariel E. Dulitzky, Secrétaire exécutif adjoint de l'Organisation des États américains, concernant l'affaire *Sheila Watt-Cloutier et al.* (pétition n° P-1413-05, États-Unis).

<sup>236</sup> Arctic Athabaskan Council, *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples resulting from Rapid Arctic Warming and Melting Caused by Emissions of Black Carbon by Canada*, 23 avril 2013.

<sup>237</sup> Shelton, «Human rights and the environment: substantive rights», p. 267 et 269 à 278.

<sup>238</sup> Churchill, «Environmental rights in existing human rights treaties», p. 89 à 98.

<sup>239</sup> Dupuy et Viñuales, *International Environmental Law*, p. 320 à 329.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 308 et 309.

<sup>241</sup> Cançado Trindade, «The contribution of international human rights law to environmental protection...», p. 272 et 280.



mesures positives pour protéger ces droits de toute ingérence de tiers, qu'il s'agisse de personnes ou d'entreprises privées. Cette dernière obligation suppose notamment de prendre des mesures législatives et autres nécessaires et suffisantes pour empêcher que des tiers ne portent atteinte à des droits garantis. Comme le Comité des droits de l'homme l'a justement déclaré, les obligations en droit international des droits de l'homme « n'ont pas en droit international un effet horizontal direct », mais il peut y avoir des cas où la responsabilité de l'État est engagée s'il « tolère de tels actes [commis par des personnes privées, physiques ou morales] ou s'abstient de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir [...] le préjudice qui en résulte »<sup>242</sup>.

#### D. Personnes vulnérables

84. Certains groupes de personnes méritent une attention particulière en droit international en raison de leur vulnérabilité aux effets de la pollution et de la dégradation atmosphériques, notamment les populations autochtones, les habitants de petits pays en développement insulaires et de faible altitude, les femmes, les enfants, les personnes âgées et les personnes handicapées. Selon les dernières données publiées par l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) en septembre 2016, quelque 6,5 millions de décès par an (soit 11,6 % de l'ensemble des décès dans le monde) sont imputables à la pollution atmosphérique, les hausses les plus importantes ayant été enregistrées dans les zones urbaines des pays à faible revenu<sup>243</sup>. Face à ce problème, l'Assemblée générale traite de la pollution atmosphérique dans les objectifs de développement durable de son Programme de développement durable à l'horizon 2030, spécifiquement dans les cibles 3.9 et 11.6, demandant en particulier de réduire nettement le nombre de décès et de maladies dus à la pollution atmosphérique et d'accorder une attention particulière à la qualité de l'air ambiant dans les villes<sup>244</sup>.

85. L'OMS note également ce qui suit : « Toutes les populations seront touchées par les changements climatiques, mais les risques sanitaires initiaux varient grandement selon le lieu d'habitation et le mode de vie. Les personnes vivant dans de petits États insulaires en développement, des régions côtières, des mégapoles, des régions montagneuses ou des régions polaires sont particulièrement

exposées, de diverses manières. Les effets sur la santé devraient être plus graves chez les personnes âgées, infirmes ou souffrant d'affections préexistantes<sup>245</sup>. » Les personnes handicapées devraient elles aussi être incluses ici. L'OMS poursuit ainsi : « Ce seront probablement les enfants et les pauvres, en particulier les femmes, qui supporteront l'essentiel du coût important de la charge de morbidité résultante<sup>246</sup>. » « Les grandes maladies les plus sensibles aux changements climatiques – diarrhée, maladies transmises par un vecteur, telles que le paludisme, et infections associées à la sous-alimentation – sont plus graves chez les enfants qui vivent dans la pauvreté<sup>247</sup>. » Ainsi, par exemple, le Groupe de la Banque mondiale s'est employé ces dernières années à élaborer des politiques pour aider les populations les plus vulnérables aux changements climatiques. Selon son plan d'action sur les changements climatiques, les groupes extrêmement vulnérables comprennent les personnes très pauvres – celles qui n'ont pas accès aux services d'infrastructure de base ni à la protection sociale –, les enfants, les femmes et les personnes âgées, les personnes handicapées, les populations autochtones, les réfugiés et les migrants, et les personnes vivant dans des zones très exposées telles que les petites îles et les deltas<sup>248</sup>.

86. Le statut juridique des peuples autochtones n'est pas encore suffisamment établi en droit international, si ce n'est par une pratique conventionnelle limitée et des instruments de droit souple<sup>249</sup>. Or, il ressort du rapport du Sommet mondial des peuples autochtones sur le changement climatique que « [I]es peuples autochtones sont les plus vulnérables aux effets des changements climatiques parce qu'ils vivent dans les zones les plus touchées par ces changements et sont généralement les plus défavorisés sur le plan socioéconomique<sup>250</sup> ». Ils devraient donc assurément figurer dans les catégories de personnes à protéger spécialement des effets de la dégradation de l'atmosphère.

#### E. Générations futures

87. Comme il a été souligné dans le projet de directive 6 adopté à titre provisoire en 2016 et dans le troisième rapport du Rapporteur spécial<sup>251</sup>, l'utilisation équitable et raisonnable de l'atmosphère devrait également tenir compte

<sup>242</sup> OMS, *Protecting Health from Climate Change*, p. 2.

<sup>246</sup> Ibid. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a adopté un programme portant sur les « aspects liés au genre de la réduction des risques de catastrophe dans le contexte des changements climatiques »; voir [www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx).

<sup>247</sup> OMS, *Protecting Health from Climate Change*, p. 2.

<sup>248</sup> Groupe de la Banque mondiale, *Climate Change Action Plan 2016-2020*, p. 49.

<sup>249</sup> Dans la résolution 61/295 de l'Assemblée générale en date du 13 septembre 2007, intitulée « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », aucune définition de « peuples autochtones » n'est fournie, ce qui laisse cette question ouverte pour l'avenir. L'auto-identification du groupe est considérée comme un élément essentiel dans la détermination de son statut et de sa taille. Voir Barsh, « Indigenous peoples »; Kingsbury, « Indigenous peoples »; et Strydom, « Environment and indigenous peoples ».

<sup>250</sup> *Report of the Indigenous Peoples' Global Summit on Climate Change, 20-24 April 2009, Anchorage, Alaska*, p. 11.

<sup>251</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/692, p. 377 à 380, par. 69 à 78. Voir également la suggestion de la Malaisie lors du débat sur le sujet à la Sixième Commission en octobre 2016, tendant à un examen plus approfondi des facteurs à évaluer pour

<sup>242</sup> Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, par. 8, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 40 [A/59/40 (Vol. I)]*, annexe III.

<sup>243</sup> OMS, *Ambient Air Pollution: A Global Assessment of Exposure and Burden of Disease*. Voir également OMS, « Burden of disease from the joint effects of household and ambient air pollution for 2012 »; résolution 1/7 (2014) de l'Assemblée des Nations Unies pour l'environnement sur le renforcement du rôle du Programme des Nations Unies pour l'environnement dans la promotion de la qualité de l'air, UNEP/EA.1/10, annexe I; résolution WHA68.8 de l'Assemblée mondiale de la santé, en date du 26 mai 2015, intitulée « Santé et environnement : agir face aux conséquences sanitaires de la pollution de l'air »; et Lelieveld *et al.*, « The contribution of outdoor air pollution sources to premature mortality on a global scale ».

<sup>244</sup> Résolution 70/1 de l'Assemblée générale en date du 25 septembre 2015; voir Lode, Schönberger et Toussaint, « Clean air for all by 2030? ... ». Voir également les indicateurs définis pour ces cibles en 2016 (3.9.1 : taux de mortalité attribuable à la pollution de l'air dans les habitations à la pollution de l'air ambiant; et 11.6.2 : niveau moyen annuel de particules fines dans les villes).

de l'intérêt des générations futures. Il semble nécessaire d'insister sur ce point dans le contexte de la protection des droits de l'homme. Cette obligation intergénérationnelle a déjà été exprimée dans le principe 1 de la Déclaration de Stockholm («devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures») et dans la notion même de développement durable formulée dans le Rapport Brundtland de 1987 («[l]e développement durable répondrait aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures<sup>252</sup>»), ainsi que dans le préambule du Programme de développement durable à l'horizon 2030 («répondre aux besoins des générations actuelles et futures»). Elle figure également à l'article 4 de la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (reconnaisant «l'obligation d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures» du patrimoine culturel et naturel), à l'article 3, paragraphe 1, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques («[i]l incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures»), dans le préambule de la Convention sur la diversité biologique et dans d'autres traités ultérieurs, notamment à l'article 4, alinéa vi), de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs (les parties doivent «[s]'efforcer d'éviter les actions dont les effets raisonnablement prévisibles sur les générations futures sont supérieurs à ceux qui sont admis pour la génération actuelle»). Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, rendu en 1996, la Cour internationale de Justice a estimé qu'il était «impératif [de tenir] compte des caractéristiques uniques de l'arme nucléaire, et en particulier de [...] son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir<sup>253</sup>», et le juge Weeramantry a estimé dans son opinion dissidente que «la notion de droits des générations futures n'est plus une notion embryonnaire cherchant à acquérir une reconnaissance juridique. Elle s'est intégrée au droit international<sup>254</sup>».

88. Aucun détenteur de droits n'a actuellement qualité à invoquer ces obligations mais, d'après la doctrine, les droits en question pourraient être exercés par un «tuteur» ou représentant des générations futures<sup>255</sup>. En ce qui concerne la protection de l'atmosphère en particulier, des tribunaux de plusieurs pays ont récemment rendu des décisions confirmant le droit fondamental d'un mineur représenté par un tuteur de contester l'action (ou l'inaction) des autorités dans ce domaine<sup>256</sup>. Dans certaines de ces

affaires, la qualité à agir se fondait sur ce qu'on appelle la «doctrine de la fiducie d'intérêt public<sup>257</sup>», qui tient les gouvernements responsables de l'administration des ressources environnementales communes<sup>258</sup>. Cependant, les tribunaux internationaux n'ont rendu à ce jour aucune décision conférant de tels droits coutumiers intergénérationnels<sup>259</sup>, c'est pourquoi à la soixante-huitième session de la Commission, le Comité de rédaction a préféré le terme «intérêts» à celui de «bénéfice» dans le projet de directive 6<sup>260</sup>. Le même terme est donc utilisé au paragraphe 4 du nouveau projet de directive 12 ci-dessous.

#### F. Problèmes de procédure : application extrajuridictionnelle<sup>261</sup>

89. Le problème le plus curieux de la relation entre droit relatif à l'atmosphère et droit des droits de l'homme est la différence fondamentale en matière d'application. Alors que le droit de l'atmosphère s'applique non seulement aux États des victimes, mais aussi aux États où se situe la cause du dommage, les traités relatifs aux droits de l'homme ne s'appliquent qu'aux personnes relevant de la juridiction d'un État (article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, et article 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>262</sup>). Comme la plupart des décisions de jurisprudence examinées ci-dessus concernaient des actions en justice intentées contre un État par ses ressortissants pour des cas de pollution atmosphérique intrafrontalière, on a pu aisément considérer que les traités relatifs aux droits de l'homme imposaient aux États l'obligation positive d'agir face à la pollution et à la dégradation atmosphériques. Toutefois, lorsqu'une activité préjudiciable à l'environnement menée dans un État porte atteinte aux droits de personnes se trouvant dans un autre État, l'affaire devient une question d'application extrajuridictionnelle qui ne peut plus être réglée dans le cadre des traités relatifs aux droits de l'homme. En d'autres termes, ces traités ne peuvent être appliqués de façon extrajuridictionnelle à l'État qui se trouverait à l'origine des dommages environnementaux. C'est la difficulté fondamentale s'agissant de recourir aux

États-Unis, voir Wood et Woodward, «Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system...». Concernant une affaire similaire en instance devant la Cour suprême du Pakistan, voir *Rabab Ali v. Federation of Pakistan*, résumé disponible sur le site Web [www.ourchildrenstrust.org](http://www.ourchildrenstrust.org).

<sup>257</sup> Voir Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection*; Coghill, Sampford et Smith, *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust*; Blumm et Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*; et Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons*.

<sup>258</sup> Dans un arrêt qui a fait date, rendu le 13 décembre 1996, la Cour suprême de l'Inde a estimé que la doctrine de la fiducie d'intérêt public faisait partie du droit interne; *M.C. Mehta v. Kamal Nath and others*, (1997) 1 Supreme Court Cases 388, reproduit dans Programme des Nations Unies pour l'environnement, *Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to Environment: National Decisions*, vol. I, p. 259. Voir Razzaque, «Application of public trust doctrine in Indian environmental cases».

<sup>259</sup> Redgwell, «Principles and emerging norms in international law: intra- and inter-generational equity», p. 198.

<sup>260</sup> Paragraphe 3 du commentaire du projet de directive 6, *Annuaire... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 189.

<sup>261</sup> L'expression «application extrajuridictionnelle» d'un traité est employée ici pour marquer la différence avec l'expression «application extraterritoriale» d'une loi nationale.

<sup>262</sup> Boyle, «Human rights and the environment...», p. 633 à 641.

concilier les intérêts des générations actuelles et futures (A/C.6/71/SR.26, par. 73).

<sup>252</sup> Rapport de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement, note du Secrétaire général (A/42/427), annexe, p. 65, chap. 2, par. 1.

<sup>253</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 244, par. 36.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 455.

<sup>255</sup> Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations...*, p. 96; Bruce, «Institutional aspects of a charter of the rights of future generations»; et Allen, «The Philippine children's case...», renvoyant à l'arrêt rendu par la Cour suprême des Philippines dans l'affaire *Minors Oposa et al. v. Factoran* (30 juillet 1993), *International Legal Materials*, vol. 33 (1994), p. 173 à 206.

<sup>256</sup> Sur les affaires *children's atmospheric trust* jugées ou en instance devant plusieurs tribunaux fédéraux et tribunaux d'État des

traités relatifs aux droits de l'homme pour s'attaquer aux problèmes environnementaux.

90. Comment résoudre cette difficulté ? Une solution serait de prendre en compte l'objet et le but des traités relatifs aux droits de l'homme. Il convient de noter que dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de Justice a estimé que, « si la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national. Compte tenu de l'objet et du but du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au Pacte soient tenus d'en respecter les dispositions<sup>263</sup> ». L'objet et le but fondamentaux des traités relatifs aux droits de l'homme sont de protéger les droits de l'homme sur la base du principe de non-discrimination, mais on ne saurait raisonnablement en conclure que le droit international des droits de l'homme ne s'applique pas à la pollution atmosphérique transfrontière ni à la dégradation mondiale de l'atmosphère et que le droit ne peut protéger que les victimes de la pollution intrafrontalière. Le principe de non-discrimination exige de l'État responsable qu'il traite la pollution et la dégradation transfrontières comme il traite la pollution à l'intérieur de ses frontières<sup>264</sup>. Dans le même ordre d'idées, un autre moyen de résoudre cette difficulté serait de recourir au critère de « conséquence nécessaire et prévisible ». Le Comité des droits de l'homme a examiné la portée juridictionnelle de l'application des différents instruments relatifs aux droits de l'homme à des affaires concernant l'extradition d'un fugitif par un État vers un autre État où il était passible de la peine de mort (affaire *Kindler c. Canada*). Le Comité des droits de l'homme a cependant déclaré que, « si un État partie prend une décision concernant une personne sous sa juridiction, dont la conséquence nécessaire et prévisible est que les droits de cette personne en vertu du Pacte seront violés sous une autre juridiction, l'État partie lui-même peut violer le Pacte<sup>265</sup> », ce qui peut

<sup>263</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, à la page 179, par. 109.

<sup>264</sup> Boyle, « Human rights and the environment... », p. 639 et 640.

<sup>265</sup> *Kindler c. Canada*, communication n° 470/1991, constatations adoptées le 30 juillet 1993, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 40 (A/48/40)*, annexe XII, sect. U, par. 6.2. L'auteur était un fugitif, déclaré coupable d'assassinat et d'enlèvement et condamné à la peine capitale aux États-Unis en 1983. En 1984, il s'est enfui au Canada, où il avait été arrêté et détenu en 1985, puis extradé vers les États-Unis. Il a allégué que le Canada avait violé certains des droits garantis par le Pacte. Le Canada a soutenu que l'auteur ne saurait être considéré comme une victime dans la juridiction du Canada, dont il ne relevait plus puisqu'il avait déjà été extradé vers les États-Unis. Le Comité des droits de l'homme a utilisé les critères de « conséquences nécessaires et prévisibles », de « risque réel » ou d'« anticipation raisonnable » lorsqu'il a procédé à une application extrajuridictionnelle du Pacte dans des affaires d'extradition : *Kindler c. Canada*, *ibid.*, par. 6.2 et 13.2 ; *Chitat Ng c. Canada*, communication n° 469/1991, constatations adoptées le 5 novembre 1993, *ibid.*, quarante-neuvième session, *Supplément n° 40 [A/49/40 (Vol. II)]*, annexe IX, sect. CC, par. 7 ; *Cox c. Canada*, communication n° 539/1993, constatations adoptées le 31 octobre 1994, *ibid.*, cinquante session, *Supplément n° 40 [A/50/40 (Vol. II)]*, annexe X, sect. M, par. 16.1 ; *A. R. J. c. Australie*, communication n° 692/1996, constatations adoptées le 28 juillet 1997, *ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 40 [A/52/40 (Vol. II)]*, annexe VI, sect. T, par. 4.1 ; *Judge c. Canada*, communication n° 829/1998, constatations adoptées le 5 août 2003, *ibid.*, cinquante-huitième session, *Supplément n° 40 [A/58/40 (Vol. II)]*, annexe VI, sect. G, par. 10.4 ; *Espósito c. Espagne*,

être vu comme une forme de non-discrimination en droit des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé ce même principe afin de surmonter la difficulté de l'application extrajuridictionnelle des traités relatifs aux droits de l'homme<sup>266</sup>.

91. Pour surmonter cette difficulté d'application des traités relatifs aux droits de l'homme, on pourrait également considérer que les normes de fond relatives aux droits de l'homme intéressant au premier chef la protection de l'atmosphère, telles que le droit à la vie et le droit à la propriété, sont maintenant partie intégrante du droit international coutumier. Puisque celui-ci peut s'appliquer sans limite de compétence, les normes relatives aux droits de l'homme pourraient également s'appliquer à tous les États, qu'ils soient à l'origine du dommage ou qu'ils en soient victimes. De fait, de nombreuses normes relatives aux droits de l'homme sont aujourd'hui considérées comme des règles établies ou émergentes de droit international coutumier<sup>267</sup>. On pourra alors considérer qu'elles recourent des normes de droit de l'environnement telles que la diligence requise (projet de directive 3), l'étude d'impact sur l'environnement (projet de directive 4) l'utilisation durable (projet de directive 5) et l'utilisation équitable et raisonnable (projet de directive 6), ce qui permettrait d'interpréter et d'appliquer harmonieusement les deux types de normes.

92. Au vu de ce qui précède, le projet de directive 12 suivant est proposé :

« *Projet de directive 12. Lien entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit des droits de l'homme*

« 1. Les États devraient faire tout leur possible pour élaborer des normes internationales relatives aux droits de l'homme, les interpréter et les appliquer de sorte que ces normes et les règles du droit international de la protection de l'atmosphère se complètent afin de protéger efficacement l'atmosphère de la pollution et de la dégradation atmosphériques.

« 2. Les États devraient faire tout leur possible pour se conformer aux normes internationales relatives aux droits de l'homme lorsqu'ils élaborent des règles et des recommandations concernant la protection de l'atmosphère contre la pollution et la dégradation atmosphériques, les interprètent et les appliquent, en particulier en ce qui concerne les droits de l'homme des groupes vulnérables, notamment les populations autochtones, les populations des pays en développement les moins

communication n° 1359/2005, décision adoptée le 20 mars 2007, *ibid.*, soixante-deuxième session, *Supplément n° 40 [A/62/40 (Vol. II)]*, annexe VIII, sect. P, par. 7.5 ; et *Munaf c. Roumanie*, communication n° 1539/2006, constatations adoptées le 30 juillet 2009, *ibid.*, soixante-quatrième session, *Supplément n° 40 [A/64/40 (Vol. II)]*, annexe VII, sect. LL, par. 4.14.

<sup>266</sup> La Cour européenne des droits de l'homme utilise le critère du « risque réel » lorsqu'elle procède à l'application extrajuridictionnelle de la Convention dans les affaires d'extradition. Voir *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, par. 4, série A n° 161 ; *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, par. 68, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V ; et *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, CEDH 2008.

<sup>267</sup> Simma et Alston, « The sources of human rights law... » ; Dimitrijevic, « Customary law as an instrument for the protection of human rights » ; Simma, « Human rights in the International Court of Justice... » ; et Thirlway, « International law and practice... ».

avancés, les femmes, les enfants, les personnes âgées et les personnes handicapées.

«3. Lorsqu'ils élaborent des règles pertinentes de droit international, les interprètent et les appliquent, les États devraient prendre en compte les effets de la montée du niveau des mers sur les petits États insulaires et

sur les États de faible altitude, en particulier pour ce qui est des questions touchant les droits de l'homme et les migrations.

«4. Les États devraient aussi prendre en compte les intérêts des générations futures concernant la conservation à long terme de la qualité de l'atmosphère.»

## CHAPITRE V

### Conclusion

93. Le présent rapport avait pour but de démontrer que le droit de la protection de l'atmosphère existe et fonctionne en interaction avec d'autres branches pertinentes du droit international, notamment le droit commercial international, le droit international de l'investissement, le droit de la mer et le droit des droits de l'homme. Ces domaines sont intrinsèquement liés au droit relatif à l'atmosphère et, à ce titre, doivent clairement être intégrés au champ du présent sujet.

94. Le prochain rapport, en 2018, portera sur : *a)* l'application (au niveau du droit interne) ; *b)* la conformité (au niveau du droit international) ; et *c)* les caractéristiques du règlement des différends relatifs au droit de la protection de l'atmosphère, points qui devraient conclure l'examen en première lecture du sujet.



# CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/704

## Troisième rapport sur les crimes contre l'humanité, par M. Sean D. Murphy, Rapporteur spécial\*

[Original: anglais]  
[23 janvier 2017]

### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	64
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	68
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-18 70
A. Point des travaux sur le sujet.....	1-2 70
B. Débat à la Sixième Commission en 2016.....	3-5 70
C. Objet et économie du présent rapport.....	6-18 71
<i>Chapitres</i>	
I. EXTRADITION.....	19-93 72
A. Extradition et crimes contre l'humanité.....	19-26 72
B. Dispositions relatives à l'extradition dans les traités visant des infractions particulières.....	27-82 75
1. Double incrimination.....	28-36 75
2. Inclusion comme infraction pouvant donner lieu à extradition dans les traités existants et futurs.....	37-41 76
3. Exclusion de l'exception à l'extradition pour « infraction politique ».....	42-49 77
4. Les États qui ont besoin d'un traité pour extradier peuvent utiliser le présent projet d'articles.....	50-55 79
5. Les États qui n'ont pas besoin d'un traité pour extradier doivent utiliser le présent projet d'articles.....	56-58 80
6. Observation des autres prescriptions du droit interne de l'État requis.....	59-64 81
7. Cas où l'infraction est considérée comme ayant été commise dans l'État requérant.....	65-69 82
8. Extradition par un État requis de ses propres ressortissants.....	70-73 83
9. Refus d'extradier motivé par un risque de persécution.....	74-78 83
10. Consultation et coopération.....	79-82 85
C. Projet d'article 11. Extradition.....	83-93 85
II. NON-REFOULEMENT.....	94-107 87
A. Principe de non-refoulement.....	94-105 87
B. Projet d'article 12. Non-refoulement.....	106-107 89
III. ENTRAIDE JUDICIAIRE.....	108-158 90
A. Article concis relatif à l'entraide judiciaire.....	115-118 91
B. Article détaillé relatif à l'entraide judiciaire.....	119-151 92

\* Le Rapporteur spécial tient à remercier Anees Ahmed, Tae-Ung Baik, Robert Beckman, Robert Behlen, Joanna Buckley, Marta Bylica, Arturo Carrillo, Silvia Cartwright, Wen-Chen Chang, Sabin Chung, Julia Currie, Steven Freeland, Sarah Freuden, Sarah Fulton, Richard Goldstone, Hurst Hannum, Garrett Henderson, Yasushi Higashizawa, Nina Jørgensen, Nazhat Shameem Khan, Huna Kamir, Claus Kreß, Rena Lee, Amy Lindsay, Liu Daqun, Nora Mbagathi, Juan Mendez, Rahmat Mohamad, Nikhil Narayan, Lucy Reed, Hugo Relva, Eleanor Ross, Jason Ross, Leila Sadat, William Schabas, Kristin Shaulis, Kristin Smith, Jessica Sparano, Herb Somers, Kelisiana Thynne, Erin Torres, Edmund Wong et la clinique juridique des droits de l'homme de la faculté de droit de l'Université George Washington pour l'aide précieuse qu'ils lui ont apportée dans l'élaboration du présent rapport.

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
1. Obligation générale d'accorder l'entraide judiciaire .....	124-130	95
2. Coopération lorsqu'un traité d'entraide judiciaire lie les États concernés .....	131-135	97
3. Coopération lorsque aucun traité d'entraide judiciaire ne lie les États concernés .....	136-151	98
C. Projet d'article 13. Entraide judiciaire.....	152-158	102
IV. VICTIMES, TÉMOINS ET AUTRES PERSONNES TOUCHÉES.....	159-196	106
A. Aperçu.....	159-169	106
B. Dépôts de plainte par les victimes et d'autres personnes et protection des intéressés .....	170-180	108
C. Participation des victimes à la procédure pénale.....	181-185	110
D. Réparation accordée aux victimes .....	186-195	111
E. Projet d'article 14. Victimes, témoins et autres personnes .....	196	114
V. RELATIONS AVEC LES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES COMPÉTENTES.....	197-207	114
A. Conflits possibles.....	197-206	114
B. Projet d'article 15. Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes.....	207	116
VI. OBLIGATIONS DES ÉTATS FÉDÉRAUX.....	208-211	116
A. Aperçu .....	208-210	116
B. Projet d'article 16. Obligations des États fédéraux .....	211	117
VII. MÉCANISMES DE SUIVI ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS .....	212-263	118
A. Mécanismes de suivi existants.....	214-221	118
B. Mécanismes de suivi possibles au titre d'une convention.....	222-238	120
1. Types d'institutions.....	223-229	121
2. Types de procédures .....	230-238	122
C. Règlement des différends interétatiques.....	239-261	125
1. Négociation.....	248-251	126
2. Arbitrage.....	252-254	127
3. Règlement judiciaire.....	255-256	128
4. Faculté de retrait exprès de la procédure de règlement des différends interétatiques .....	257-261	128
D. Projet d'article 17. Règlement des différends interétatiques .....	262-263	129
VIII. AUTRES QUESTIONS .....	264-297	130
A. Dissimulation de crimes contre l'humanité.....	265-277	130
B. Immunité.....	278-284	132
C. Amnistie.....	285-297	134
IX. PRÉAMBULE.....	298-301	137
X. CLAUSES FINALES D'UNE CONVENTION.....	302-326	138
A. Clauses finales dans les travaux de la Commission.....	302-305	138
B. Conciliation des intérêts dans le contexte des réserves à un traité.....	306-309	138
C. Approches adoptées au regard des réserves dans les traités existants.....	310-320	139
D. Réserves dans le contexte d'une convention sur les crimes contre l'humanité.....	321-326	143
XI. PROGRAMME DE TRAVAIL FUTUR.....	327-328	144
ANNEXES		
I. Texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission .....		145
II. Texte des projets d'article et du projet de préambule proposés dans le troisième rapport .....		148

### Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

#### *Sources*

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1, n° 4, p. 15, et vol. 90, p. 327.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Ibid., vol. 78, n° 1021, p. 277.
Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux (Lake Success, New York, 28 avril 1949)	Ibid., vol. 71, n° 912, p. 101.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, nos 970 à 973, p. 31.

## Sources

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève)	Ibid., n° 970, p. 31.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)	Ibid., n° 973, p. 287.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., vol. 1125, n° 17512, p. 3.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., n° 17513, p. 609.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, concernant l'abolition de la peine de mort (Strasbourg, 28 avril 1983)	Ibid., vol. 1496, n° 2889, p. 281.
Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)	Ibid., vol. 189, n° 2545, p. 137.
Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967)	Ibid., vol. 606, n° 8791, p. 267.
Convention relative au statut des apatrides (New York, 28 septembre 1954)	Ibid., vol. 360, n° 5158, p. 117.
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 européenne pour le règlement pacifique des différends (Strasbourg, 29 avril 1957)	Ibid., vol. 320, n° 4646, p. 243.
Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957)	Ibid., vol. 359, n° 5146, p. 273.
Conventions de Genève sur le droit de la mer (Genève, 29 avril 1958)	
Convention sur le plateau continental	Ibid., vol. 499, n° 7302, p. 311.
Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 20 avril 1959)	Ibid., vol. 472, n° 6841, p. 185.
Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 17 mars 1978)	Conseil de l'Europe, <i>Série des Traités européens</i> , n° 99.
Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (Bruxelles, 29 mai 2000)	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i> , C 197, 12 juillet 2000, p. 3.
Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (Paris, 15 décembre 1960)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 429, n° 6193, p. 93.
Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (New York, 30 mars 1961)	Ibid., vol. 520, n° 7515, p. 151.
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 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.
Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., p. 171.
Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort (New York, 15 décembre 1989)	Ibid., vol. 1642, n° 14668, p. 414.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (Addis-Abeba, 10 septembre 1969)	Ibid., vol. 1001, n° 14691, p. 45.
Convention américaine relative aux droits de l'homme: «Pacte de San José de Costa Rica» (San José, 22 novembre 1969)	Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969)	Ibid., vol. 1400, n° 23431, p. 231.
Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970)	Ibid., vol. 860, n° 12325, p. 105.
Convention sur les substances psychotropes (Vienne, 21 février 1971)	Ibid., vol. 1019, n° 14956, p. 175.



## Sources

- 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.
- Accord international de 1977 sur le sucre (Genève, 7 octobre 1977) Ibid., vol. 1064, n° 16200, p. 219.
- Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978) Ibid., vol. 1946, n° 33356, p. 3.
- Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979) Ibid., 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.
- Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 6 octobre 1999) Ibid., vol. 2131, n° 20378, p. 83.
- Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980) Ibid., vol. 1489, n° 25567, p. 3.
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981) Ibid., vol. 1520, n° 26363, p. 217.
- Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Ouagadougou, 10 juin 1998) Disponible sur le site Web de l'Union africaine: <https://au.int/fr> (dans « Traités »).
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, n° 31363, 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.
- 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 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, dans *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. II, A/CONF.129/16/Add.1 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.5), p. 93.
- Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Montréal, 16 septembre 1987) Nations Unies, *Recueil des Traités*, 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<sup>e</sup> éd., 2009.
- Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (Strasbourg, 26 novembre 1987) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1561, n° 27161, p. 363.
- Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 20 décembre 1988) Ibid., vol. 1582, n° 27627, p. 95.
- 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 relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989) Ibid., vol. 1577, n° 27531, p. 3.
- Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (New York, 25 mai 2000) Ibid., vol. 2171, n° 27531, p. 227.

## Sources

- Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications (New York, 19 décembre 2011) Ibid., vol. 2983, annexe A, n° 27531, p. 131.
- 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 interaméricaine sur l'entraide en matière pénale (Nassau, 23 mai 1992) Organisation des États américains, *Treaty Series*, n° 75.
- Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (Strasbourg, 5 novembre 1992) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2044, n° 35358, p. 575.
- Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (ouverte à la signature à Paris le 13 janvier 1993) Ibid., vol. 1975, n° 33757, p. 3.
- Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 15 avril 1994) Ibid., vol. 1867 à 1869, n° 31874.
- Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes [Belém do Pará (Brésil), 9 juin 1994] Organisation des États américains, Documents officiels, 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 interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996) E/1996/99.
- Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Oslo, 18 septembre 1997) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2056, n° 35597, p. 211.
- Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997) Ibid., vol. 2149, n° 37517, p. 256.
- Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe (Tampere, 18 juin 1998) Ibid., vol. 2296, n° 40906, p. 5.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998) Ibid., 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'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme (Alger, 14 juillet 1999) Ibid., vol. 2219, n° 39464, p. 179.
- Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999) Ibid., vol. 2178, n° 38349, p. 197.
- 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 contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (New York, 15 novembre 2000) Ibid., vol. 2241, n° 39574, p. 480.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Strasbourg, 7 décembre 2000) *Journal officiel de l'Union européenne*, C 364, 18 décembre 2000, p. 1.
- Protocole de la Communauté de développement de l'Afrique australe contre la corruption [Blantyre (Malawi), 14 août 2001] Disponible sur le site Web de la Communauté de développement de l'Afrique australe : [www.sadc.int](http://www.sadc.int) (dans « Documents », puis « SADC Protocols »).
- Convention interaméricaine contre le terrorisme (Bridgetown, 2 juin 2002) Organisation des États américains, *Actes et documents*, OEA/Ser.P/XXXII-O.2, vol. 1, résolution AG/RES.1840 (XXXII-O/02).
- Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (Maputo, 11 juillet 2003) Disponible sur le site Web de l'Union africaine : <https://au.int/fr> (dans « Traités »).
- Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146, p. 41.
- Traité d'entraide judiciaire en matières pénales (Kuala Lumpur, 29 novembre 2004) Ibid., vol. 2336, n° 41878, p. 271.

## Sources

Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (New York, 13 avril 2005)	Ibid., vol. 2445, n° 44004, p. 89.
Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (Varsovie, 16 mai 2005)	Ibid., vol. 2488, n° 44655, p. 129.
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 : <a href="http://www.icglr-rtf.org/fr/wp-content/uploads/2017/07/Prot.Crime-Prevention-Fre-1.12.2006.pdf">www.icglr-rtf.org/fr/wp-content/uploads/2017/07/Prot.Crime-Prevention-Fre-1.12.2006.pdf</a> .
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.
Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme [Cebu (Philippines), 13 janvier 2007]	<i>Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme international</i> (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.08.V.2), p. 347.
Convention sur les armes à sous-munitions (Dublin, 30 mai 2008)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2688, n° 47713, p. 39.

## Ouvrages cités dans le présent rapport

- ABTAHI, Hirad, et Philippa WEBB  
*The Genocide Convention: the Travaux Préparatoires*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008 (deux volumes).
- ALFORD, Roger P.  
«The Claims Resolution Tribunal», dans Chiara Giorgetti, dir. publ., *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012, p. 575 à 590.
- ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL  
«Reparation for victims of armed conflict», dans Association de droit International, *Report of the Seventy-Fourth Conference Held in The Hague, 15–19 August 2010*, Londres, 2010, p. 291 à 345.
- AUST, Anthony  
*Modern Treaty Law and Practice*, 3<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BASSIOUNI, M. Cherif  
*Introduction to International Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd. rév., Leyde, Martinus Nijhoff, 2013.  
*International Extradition: United States Law and Practice*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2014.
- BASSIOUNI, M. Cherif (dir. publ.)  
*International Criminal Law*, vol. 2: *Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*, 3<sup>e</sup> éd., Leyde, Martinus Nijhoff, 2008.
- BURGERS, J. Herman, et Hans DANIELIUS  
*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.
- CASSESE, Antonio  
*International Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- CASSESE, Antonio, et al.  
*Cassese's International Criminal Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2013.
- CEDE, Franz  
«The settlement of international disputes by legal means — arbitration and judicial settlement», dans Jacob Bercovitch, Victor Kremenyuk et I. William Zartman, dir. publ., *The SAGE Handbook of Conflict Resolution*, Londres, SAGE, 2009, p. 358 à 375.
- CORTEN, Olivier, et Pierre KLEIN (dir. publ.)  
*Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE, BUREAU INTERNATIONAL (dir. publ.)  
*Redressing Injustices Through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- CRYER, Robert, et al.  
*An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- DAS, Hans, et Hans VAN HOUTTE  
*Post-War Restoration of Property Rights under International Law*, vol. II, *Procedural Aspects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- DE WECK, Fanny  
*Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*, Leyde, Brill/Nijhoff, 2016.
- DÖRR, Oliver, et Kirsten SCHMALENBACH (dir. publ.)  
*Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin, Springer, 2012.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos  
«International law of victims», dans Armin von Bogdandy et Rüdiger Wolfrum, dir. publ., *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 14 (2010), p. 219 à 272.  
*International Law of Victims*, Heidelberg, Springer, 2012.
- FRIGESSI DI RATTALMA, Marco, et Tullio TREVES (dir. publ.)  
*The United Nations Compensation Commission: A Handbook*, La Haye, Kluwer Law International, 1999.
- GALBRAITH, Jean  
«Treaty options: towards a behavioral understanding of treaty design», *Virginia Journal of International Law*, vol. 53 (2013), p. 309 à 364.
- GAVRON, Jessica  
«Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), p. 91 à 117.

- GILBERT, Geoff  
*Aspects of Extradition Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.
- GRAY, Christine, et Benedict KINGSBURY  
 «Developments in dispute settlement: Inter-State arbitration since 1945», *British Year Book of International Law*, vol. 63 (1992), p. 97 à 134.
- HELPER, Laurence R.  
 «Not fully committed? Reservations, risk, and treaty design», *Yale Journal of International Law*, vol. 31 (2006), p. 367 à 382.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, et Louise DOSWALD-BECK  
*Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, Règles, Bruxelles, Comité international de la Croix-Rouge et Bruylant, 2006.
- HOLLIS, Duncan B. (dir. publ.)  
*The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- HOLTZMANN, Howard M., et Edda KRISTJÁNSDÓTTIR (dir. publ.)  
*International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- HUNEUS, Alexandra  
 «International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the human rights courts», *American Journal of International Law*, vol. 107 (2013), p. 1 à 44.
- LAMBERT, Joseph J.  
*Terrorism and Hostages in International Law: A Commentary on the Hostages Convention 1979*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- LOOPER, Robert B.  
 «“Federal State” clauses in multilateral instruments», *British Year Book of International Law 1955-6*, vol. 32 (1957), p. 162 à 203.
- MALLINDER, Louise  
 «The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America’s amnesty laws», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65 (2016), p. 645 à 680.
- MCCARTHY, Conor  
*Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- MCCLEAN, David  
*Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MCCRORY, Susan  
 «The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance», *Human Rights Law Review*, vol. 7 (2007), p. 545 à 566.
- MURPHY, Sean D., Won KIDANE et Thomas R. SNIDER  
*Litigating War: Mass Civil Injury and the Eritrea–Ethiopia Claims Commission*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- NOWAK, Manfred  
*U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2<sup>e</sup> éd. rév., Kehl, Allemagne, N.P. Engel, 2005.
- NOWAK, Manfred, et Elizabeth McARTHUR  
*The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME  
*Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, Vienne, Nations Unies, 2004.  
*Guides législatifs pour l’application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s’y rapportant* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.2).
- Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, New York, Nations Unies, 2010.  
*Travaux préparatoires des négociations en vue de l’élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, New York, Nations Unies, 2012.  
*Guide législatif pour l’application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, 2<sup>e</sup> éd. rév., New York, Nations Unies, 2012.
- O’KEEFE, Roger  
*International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- 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 Leila Nadya Sadat, dir. publ., *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 323 à 344.
- PAYNE, Cymie R., et Peter H. SAND (dir. publ.)  
*Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission: Environmental Liability*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- PEJIC, Jelena  
 «Renforcer le respect du droit: l’initiative conjointe du CICR et de la Suisse», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 98 (2016), sélection française, p. 159 à 174.
- PELLET, Alain  
 «Entry into force and amendment of the Statute», dans Antonio Cassese, Paolo Gaeta et John R.W.D. Jones, dir. publ., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 145 à 188.
- ROTH, Robert  
 «The extradition of *génocidaires*», dans Paola Gaeta, dir. publ., *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 278 à 309.
- SADOFF, David A.  
*Bringing International Fugitives to Justice: Extradition and its Alternatives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- SALOMON, Tim René  
 «Mutual legal assistance in criminal matters», Max Planck Encyclopedia of Public International Law, janvier 2013. Disponible à l’adresse suivante: <https://opil.ouplaw.com/home/MPIL>.
- SANDEN, J. VAN DER, et W. J. VAN DER WOLF (dir. publ.)  
*Mutual Legal Assistance in International Criminal Matters*, Nimègue, Wolf Legal Publishers, 2012.
- SAUL, Ben  
 «International Convention against the Taking of Hostages», note liminaire, Médiathèque de droit international des Nations Unies, disponible à l’adresse suivante: <http://legal.un.org/avl/ha/icath/icath.html>.
- SCHABAS, William A.  
 «Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform», *Annuaire canadien de droit international*, vol. 32 (1994), p. 39 à 82.  
 «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child», *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 3 (1997), p. 79 à 112.  
*Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.  
*The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2016.
- SCHIFFBAUER, Björn  
 «Article VII», dans Christian J. Tams, Lars Berster et Björn Schiffbauer, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*, Munich, C.H. Beck, 2014, p. 261 à 270.

SHELTON, Dinah

*Remedies in International Human Rights Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2015.

SWAINE, Edward T.

«Treaty reservations», dans Duncan B. Hollis, dir. publ., *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 277 à 303.

VAN HOUTTE, Hans

«Mass property claim resolution in a post-war society: the Commission for Real Property Claims in Bosnia and Herzegovina», dans Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage, dir. publ., *Institutional and Procedural Aspects of Mass Claims Settlement Systems*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 23 à 42.

VAN HOUTTE, Hans, Bart DELMARTINO et Iasson Yi

*Post-War Restoration of Property Rights under International Law*, vol. I, *Institutional Features and Substantive Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

VILLIGER, Mark E.

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

WEISSBRODT, David, et Isabel HÖRTREITER

«The principle of *non-refoulement*: article 3 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in comparison with the *non-refoulement* provisions of other international human rights treaties», *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 5 (1999), p. 1 à 73.

## Introduction

### A. Point des travaux sur le sujet

1. À sa soixante-sixième session, en 2014, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet «Crimes contre l'humanité» à son programme de travail en cours et a nommé un rapporteur spécial<sup>1</sup>. À sa soixante-septième session, en 2015, elle a consacré un débat général au premier rapport du Rapporteur spécial et adopté à titre provisoire quatre projets d'article et les commentaires y relatifs<sup>2</sup>.

2. À sa soixante-huitième session, en 2016, la Commission a tenu un débat général sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial et adopté à titre provisoire six nouveaux projets d'article et les commentaires y relatifs<sup>3</sup>.

### B. Débat à la Sixième Commission en 2016

3. Au cours du débat tenu à la Sixième Commission en 2016, 39 États (dont un au nom des pays nordiques) ont abordé le sujet «Crimes contre l'humanité»<sup>4</sup> et généralement

souscrit aux travaux déjà menés par la Commission du droit international, soulignant l'intérêt général du sujet<sup>5</sup> et accueillant favorablement les projets d'article adoptés à la soixante-huitième session<sup>6</sup>. De nombreux États ont de nouveau salué les mesures prises pour s'assurer que les travaux de la Commission du droit international n'entrent pas en conflit avec les instruments existants, en particulier avec le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998<sup>7</sup>. Dans le même esprit, plusieurs États se sont félicités que la Commission du droit international utilise dans certains cas des formulations similaires à celles employées dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale<sup>8</sup>, comme aux paragraphes 2 et 3 du projet d'article 5.

4. Plusieurs États ont salué l'insertion d'une obligation d'adopter des lois internes relatives aux crimes contre l'humanité<sup>9</sup> et souligné combien il importait d'harmoniser les législations nationales<sup>10</sup> pour parvenir à une solide coopération entre les États<sup>11</sup>. Des États ont également accueilli favorablement l'approche adoptée par la Commission sur les questions de la responsabilité du supérieur hiérarchique<sup>12</sup>, de l'impossibilité d'invoquer l'ordre d'un supérieur comme moyen de défense<sup>13</sup> et de

<sup>1</sup> Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 175, par. 266.

<sup>2</sup> Voir *Annuaire... 2015*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 35, par. 110 à 114.

<sup>3</sup> Voir *Annuaire... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 159, par. 79 à 83.

<sup>4</sup> Les pays suivants ont présenté un exposé sur ce sujet devant la Sixième Commission: Allemagne (A/C.6/71/SR.26, par. 34 à 36), Argentine (A/C.6/71/SR.29, par. 85), Australie (A/C.6/71/SR.25, par. 89 à 91), Autriche (ibid., par. 81 à 83), Bélarus (A/C.6/71/SR.23, par. 6), Brésil (A/C.6/71/SR.26, par. 89), Chili (A/C.6/71/SR.25, par. 98 à 100), Chine (A/C.6/71/SR.24, par. 87 et 88), Croatie (A/C.6/71/SR.25, par. 47 à 49), Cuba (A/C.6/71/SR.24, par. 65), Égypte (A/C.6/71/SR.23, par. 42), El Salvador (A/C.6/71/SR.25, par. 50 à 55), Espagne (A/C.6/71/SR.26, par. 2 à 8), États-Unis d'Amérique (ibid., par. 124), Fédération de Russie (A/C.6/71/SR.25, par. 65 et 66), France (A/C.6/71/SR.20, par. 74 et 75), Grèce (A/C.6/71/SR.25, par. 26 à 32), Hongrie (A/C.6/71/SR.24, par. 78 à 82), Inde (A/C.6/71/SR.27, par. 40), Indonésie (ibid., par. 35), Irlande (ibid., par. 13 à 16), Islande (au nom des pays nordiques) [A/C.6/71/SR.24, par. 58 à 61], Israël (A/C.6/71/SR.25, par. 42 à 44), Japon (A/C.6/71/SR.27, par. 30), Malaisie (A/C.6/71/SR.26, par. 64 à 66), Mexique (ibid., par. 14 à 19), Pays-Bas (ibid., par. 37 à 41), Pérou (A/C.6/71/SR.30, par. 5), Pologne (A/C.6/71/SR.26, par. 53 et 54), Portugal (A/C.6/71/SR.25, par. 92 et 93), République tchèque (A/C.6/71/SR.24, par. 69), Roumanie (A/C.6/71/SR.25, par. 74 à 76), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/C.6/71/SR.24, par. 73), Singapour (déclaration devant la Sixième Commission, le 28 octobre 2016), Slovaquie (A/C.6/71/SR.26, par. 139 à 142), Slovénie (ibid., par. 105 à 108), Soudan (A/C.6/71/SR.25, par. 69 à 71), Suisse (A/C.6/71/SR.24, par. 66 et 67) et Viet Nam (A/C.6/71/SR.26, par. 97 à 99).

<sup>5</sup> Voir, par exemple, Croatie, A/C.6/71/SR.25, par. 47; et El Salvador, ibid., par. 50.

<sup>6</sup> Voir, par exemple, République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 69; et Slovaquie, A/C.6/71/SR.26, par. 141.

<sup>7</sup> Voir, par exemple, Allemagne, A/C.6/71/SR.26, par. 35; Argentine, A/C.6/71/SR.29, par. 85; Australie, A/C.6/71/SR.25, par. 90; Islande, au nom des pays nordiques, A/C.6/71/SR.24, par. 58; Mexique, A/C.6/71/SR.26, par. 14; Pérou, A/C.6/71/SR.30, par. 5; Portugal, A/C.6/71/SR.25, par. 92; Royaume-Uni, A/C.6/71/SR.24, par. 73; et Suisse, ibid., par. 67.

<sup>8</sup> Voir, par exemple, Argentine, A/C.6/71/SR.29, par. 85; Irlande, A/C.6/71/SR.27, par. 14; Roumanie, A/C.6/71/SR.25, par. 74; et Slovénie, A/C.6/71/SR.26, par. 106.

<sup>9</sup> Voir, par exemple, Australie, A/C.6/71/SR.25, par. 90; Brésil, A/C.6/71/SR.26, par. 89; Hongrie, A/C.6/71/SR.24, par. 78; et Islande, au nom des pays nordiques, ibid., par. 58.

<sup>10</sup> Voir, par exemple, Brésil, A/C.6/71/SR.26, par. 89.

<sup>11</sup> Voir, par exemple, Australie, A/C.6/71/SR.25, par. 90; et Islande, au nom des pays nordiques, A/C.6/71/SR.24, par. 58.

<sup>12</sup> Voir, par exemple, Chili, A/C.6/71/SR.25, par. 98; Croatie, ibid., par. 48; et Suisse, A/C.6/71/SR.24, par. 66.

<sup>13</sup> Voir, par exemple, Chili, A/C.6/71/SR.25, par. 98; et Suisse, A/C.6/71/SR.24, par. 66.

l'imprescriptibilité<sup>14</sup>. Parallèlement, certains États ont exprimé le sentiment que le projet d'article 7 sur l'obligation d'enquêter manquait de clarté<sup>15</sup>, et que la notion de « compétence universelle »<sup>16</sup> et la responsabilité des personnes morales<sup>17</sup> pourraient être analysées plus avant. En outre, certains États ont préconisé de s'intéresser à d'autres questions, comme l'extradition<sup>18</sup>, l'entraide judiciaire<sup>19</sup>, l'octroi de réparations aux victimes<sup>20</sup> et l'amnistie<sup>21</sup>, tandis que d'autres étaient d'avis que certaines questions, comme la juridiction civile<sup>22</sup> ou les mécanismes de surveillance<sup>23</sup>, ne devraient pas être abordées.

5. Plusieurs États ont indiqué qu'ils appuyaient l'idée de donner au présent projet d'articles la forme d'une nouvelle convention<sup>24</sup>, tandis qu'un État a suggéré d'axer le projet sur l'élaboration de directives plutôt que d'un instrument contraignant<sup>25</sup>. Un État a également dit craindre que les travaux sur le sujet ne risquent de faire double emploi avec les régimes existants<sup>26</sup>. Certains États ont relevé que plusieurs États avaient entrepris, de leur côté, d'élaborer une convention portant sur l'entraide judiciaire et l'extradition dans le contexte des crimes graves de portée internationale en général, et ont encouragé la Commission à engager un dialogue avec les parties prenantes à cette initiative<sup>27</sup>. Un État a encouragé la Commission à achever ses travaux sur ce sujet « aussi rapidement que possible »<sup>28</sup>.

### C. Objet et économie du présent rapport

6. L'objet du présent rapport est d'aborder de nouvelles questions en rapport avec le sujet, de proposer un texte susceptible de servir de préambule dans l'hypothèse où le présent projet d'articles prendrait la forme d'une convention, et d'examiner la possibilité d'élaborer des clauses finales pour une telle convention. Sont envisagées ici les questions suivantes : les droits, obligations et procédures applicables dans le contexte de l'extradition de l'auteur présumé d'une infraction ; l'obligation de non-refoulement lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'une personne risque d'être victime d'un crime contre l'humanité ; les droits, obligations et procédures applicables en matière d'entraide judiciaire ; la participation et

la protection des victimes, des témoins et d'autres personnes dans le cadre des procédures entrant dans le champ d'application du présent projet d'articles ; les réparations à offrir aux victimes ; les relations avec les juridictions pénales internationales compétentes ; les obligations des États fédéraux ; les mécanismes de suivi et le règlement des différends ; un projet de préambule ; et d'autres questions pour lesquelles il n'est pas formulé de propositions.

7. Le chapitre I sera l'occasion d'analyser les droits, obligations et procédures applicables dans le contexte de l'extradition de l'auteur présumé d'une infraction, en se fondant sur les différents types de dispositions relatives à l'extradition figurant dans les traités visant des infractions spécifiques. Dans certains traités, les dispositions sur le sujet, peu détaillées, prévoient l'obligation générale de considérer les infractions visées dans le traité comme des infractions dont l'auteur peut être extradé dans les traités d'extradition déjà conclus par un État et dans tout futur traité d'extradition que celui-ci pourrait conclure. D'autres traités contiennent des dispositions plus détaillées sur le sujet, qui prévoient la possibilité d'utiliser le traité lui-même comme base de l'extradition et abordent un large éventail de questions qui peuvent se poser dans le contexte de l'extradition, telles que : l'inapplicabilité de l'exception pour infraction politique ; le respect des conditions prévues par le droit interne dans la procédure d'extradition ; l'extradition par un État de ses propres ressortissants ; l'interdiction de l'extradition lorsque la personne réclamée risque, une fois extradée, de subir des persécutions ; et les obligations en matière de consultation et de coopération. En conclusion du chapitre I, un projet d'article traitant de ces éléments dans le contexte des crimes contre l'humanité est proposé.

8. Le chapitre II aborde le principe de non-refoulement. Ce principe, qui désigne l'interdiction de refouler une personne vers un territoire lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être exposée à une atteinte codifiée, figure dans un large éventail d'instruments, notamment des conventions traitant des réfugiés et de l'asile, des droits de l'homme et du droit pénal. Ces instruments prévoient que le principe de non-refoulement s'applique lorsqu'il y a des motifs sérieux de penser que l'intéressé, en cas de renvoi, risquerait d'être persécuté ou de subir une autre atteinte codifiée, dont la nature varie selon l'objet du traité. S'il existe quelques exceptions au principe de non-refoulement dans les conventions relatives aux réfugiés, notamment pour des raisons tenant à la sécurité nationale, il n'en existe pas dans les traités relatifs aux droits de l'homme les plus récents. En conclusion du chapitre II, un projet d'article prévoyant une obligation de non-refoulement dans le contexte des crimes contre l'humanité est proposé.

9. Le chapitre III évoque les droits et obligations des États en matière d'entraide judiciaire dans les procédures pénales, en s'appuyant sur les différents types de dispositions relatives à l'entraide judiciaire figurant dans les traités. Certains traités contiennent des dispositions concises sur le sujet, prévoyant l'obligation générale de se prêter l'assistance la plus large possible. Les traités qui contiennent des dispositions plus détaillées imposent certaines obligations générales à tous les États parties, mais comprennent aussi un ensemble de dispositions

<sup>14</sup> Voir, par exemple, Chili, A/C.6/71/SR.25, par. 99 ; Roumanie, *ibid.*, par. 74 ; et Espagne, A/C.6/71/SR.26, par. 4.

<sup>15</sup> Voir, par exemple, Espagne, A/C.6/71/SR.26, par. 7.

<sup>16</sup> Voir, par exemple, Hongrie, A/C.6/71/SR.24, par. 82.

<sup>17</sup> Voir, par exemple, Hongrie, *ibid.*, par. 81 ; Mexique, A/C.6/71/SR.26, par. 18 ; et République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 69.

<sup>18</sup> Voir, par exemple, Espagne, A/C.6/71/SR.26, par. 3 ; et Suisse, A/C.6/71/SR.24, par. 67.

<sup>19</sup> Voir, par exemple, Mexique, A/C.6/71/SR.26, par. 19 ; Pays-Bas, *ibid.*, par. 40 ; et Portugal, A/C.6/71/SR.25, par. 93.

<sup>20</sup> Voir, par exemple, Pologne, A/C.6/71/SR.26, par. 54.

<sup>21</sup> Voir, par exemple, Espagne, *ibid.*, par. 3.

<sup>22</sup> Voir, par exemple, Royaume-Uni, A/C.6/71/SR.24, par. 73.

<sup>23</sup> Voir, par exemple, Israël, A/C.6/71/SR.25, par. 43 ; et Mexique, A/C.6/71/SR.26, par. 15.

<sup>24</sup> Voir, par exemple, Allemagne, A/C.6/71/SR.26, par. 34 ; Croatie, A/C.6/71/SR.25, par. 47 ; Égypte, A/C.6/71/SR.23, par. 42 ; et Hongrie, A/C.6/71/SR.24, par. 78.

<sup>25</sup> Voir Malaisie, A/C.6/71/SR.26, par. 66.

<sup>26</sup> Voir Inde, A/C.6/71/SR.27, par. 40.

<sup>27</sup> Voir, par exemple, Argentine, A/C.6/71/SR.29, par. 85 ; Chili, A/C.6/71/SR.25, par. 100 ; Irlande, A/C.6/71/SR.27, par. 16 ; et Pays-Bas, A/C.6/71/SR.26, par. 41.

<sup>28</sup> Voir Royaume-Uni, A/C.6/71/SR.24, par. 73.

qui constituent un «minitraité d'entraide judiciaire», qui établit les dispositions fondamentales relatives à l'entraide judiciaire sur lesquelles les deux États concernés doivent se fonder lorsqu'il n'existe entre eux aucun autre traité en vigueur en la matière (ou lorsqu'ils choisissent d'utiliser ce minitraité pour faciliter la coopération entre eux). Le minitraité d'entraide judiciaire règle des questions telles que : le transfèrement de personnes détenues vers un autre État aux fins de témoignage ; la désignation d'une autorité centrale chargée de traiter les demandes d'entraide ; l'utilisation de la vidéoconférence pour l'audition des témoins ; et les motifs recevables et irrecevables de refus d'une demande d'entraide judiciaire. En conclusion du chapitre III, un projet d'article sur l'entraide judiciaire adapté au contexte des crimes contre l'humanité est proposé.

10. Au chapitre IV est abordée la question de la participation et de la protection des victimes, des témoins et d'autres personnes aux procédures dans le contexte du présent projet d'articles, ainsi que la question des réparations à offrir aux victimes. Bien que dans le passé, les traités relatifs aux infractions de droit interne ne contenaient généralement pas de dispositions concernant les victimes et les témoins, de telles dispositions figurent dans les traités les plus récents. Ces traités abordent généralement la question de la protection des victimes et des témoins, ainsi que des réparations à offrir aux victimes ; ils traitent aussi parfois de la participation des victimes aux procédures judiciaires engagées contre l'auteur présumé d'une infraction. En conclusion du chapitre IV, un projet d'article est proposé sur ces questions.

11. Le chapitre V envisage les relations entre le présent projet d'articles et les droits et obligations des États envers les juridictions pénales internationales compétentes, comme la Cour pénale internationale. D'une façon générale, le présent projet d'articles a été élaboré dans le souci d'éviter tout conflit entre eux. Pour éviter tout conflit qui n'aurait pas été anticipé, cependant, il serait utile qu'une disposition indique clairement que les droits ou obligations conférés à un État par l'instrument constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente priment les droits et obligations de l'État énoncés dans le présent projet d'articles. Le texte d'un projet d'article correspondant est proposé en conclusion du chapitre V.

12. Le chapitre VI traite des obligations des États fédéraux. Y est examinée la pratique de certains États qui, lors de la signature ou de la ratification d'un traité, font une déclaration unilatérale visant à exclure son application sur une partie de leur territoire. Ces dernières années, de telles déclarations ont été perçues de façon suffisamment négative pour que soient prévus dans certains traités des

articles excluant la possibilité pour les États de faire de telles déclarations. Un projet d'article sur ce point est proposé en conclusion du chapitre VI.

13. Au chapitre VII sont abordés les mécanismes de suivi et le règlement des différends. Il existe déjà différents mécanismes de suivi qui permettent de surveiller les situations de crimes contre l'humanité, en tant que telles ou du point de vue des types de violations (par exemple, la torture) qui peuvent avoir lieu lors de la commission de tels crimes. Si des États souhaitent établir un nouveau mécanisme de suivi, de nombreux traités, notamment les traités relatifs aux droits de l'homme, prévoient la création d'un organe chargé du suivi. Celui-ci peut prendre la forme d'un comité, d'une commission, d'une cour ou d'une réunion des États parties. De nombreux traités prévoient également des clauses relatives au règlement des différends. Ces clauses visent généralement à faire obligation aux États parties de négocier entre eux lorsqu'un différend les oppose. En cas d'échec des négociations, elles prévoient d'autres procédures, contraignantes, de règlement des différends, telles que l'arbitrage ou la saisine de la Cour internationale de Justice. En conclusion du chapitre VII, un projet d'article relatif au règlement des différends est proposé.

14. Au chapitre VIII sont abordées d'autres questions qui se sont fait jour au cours des débats tenus par la Commission sur le sujet du présent rapport, en particulier les questions de la dissimulation des crimes contre l'humanité, de l'immunité et de l'amnistie.

15. Le chapitre IX contient un projet de préambule exposant les considérations fondamentales qui ont motivé l'élaboration du présent projet d'articles.

16. Le chapitre X traite de la question des dispositions finales, dans l'hypothèse où le présent projet d'articles prendrait la forme d'une convention. La Commission n'a pas pour pratique de faire figurer des dispositions finales dans ses projets d'articles, et il n'est donc pas fait de proposition à cet égard. Néanmoins, ce chapitre aborde les différentes options s'offrant aux États s'agissant d'une disposition finale relative aux réserves.

17. Dans le chapitre XI est exposé le programme de travail futur sur ce sujet, qui propose qu'une première lecture soit achevée en 2017 et une seconde lecture en 2019.

18. Il a été jugé bon de reproduire, à l'annexe I du présent rapport, le texte des 10 projets d'article provisoirement adoptés par la Commission à ce jour. L'annexe II contient le texte des sept projets d'article et du projet de préambule proposés dans le présent rapport.

## CHAPITRE I

### Extradition

#### A. Extradition et crimes contre l'humanité

19. Dans sa résolution 3074 (XXVIII) du 3 décembre 1973, l'Assemblée générale des Nations Unies a souligné l'importance de la coopération internationale dans

l'extradition des personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes contre l'humanité, lorsque celle-ci est nécessaire pour garantir leur poursuite et leur châtiement. L'Assemblée générale a indiqué à ce sujet que « [l]es États se prêtent mutuellement leur concours en vue du dépistage,

de l'arrestation et de la mise en jugement des individus soupçonnés d'avoir commis de tels crimes, ainsi que de leur châtement s'ils sont reconnus coupables» (par. 4). De plus, «[l]es individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis [...] des crimes contre l'humanité doivent être traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés, en règle générale, dans les pays où ils ont commis ces crimes. À cet égard, les États coopèrent pour tout ce qui touche à l'extradition de ces individus» (par. 5). En outre, «[l]es États ne prennent aucune mesure législative ou autre qui pourrait porter atteinte aux obligations internationales qu'ils ont assumées en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de [...] crimes contre l'humanité» (par. 8). En 2001, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a réaffirmé les principes énoncés dans la résolution 3074 de l'Assemblée générale<sup>29</sup> et demandé instamment «à tous les États de coopérer en vue de rechercher, arrêter, de juger ou extraditer, et de condamner les personnes coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité<sup>30</sup>».

20. Le paragraphe 2 du projet d'article 6 du présent projet d'articles dispose que chaque État prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées au projet d'article 5 dans les cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où il ne l'extrade ou ne le remet pas. Lorsque l'auteur présumé d'une infraction se trouve sur un territoire placé sous la juridiction d'un État et qu'il a été mis en détention préventive, l'État en question est tenu, conformément au paragraphe 3 du projet d'article 8, d'aviser les autres États ayant compétence pour le poursuivre, ce qui peut amener ces États à réclamer son extradition. De plus, le projet d'article 9 fait obligation à l'État concerné de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il n'extrade ou ne remet pas l'intéressé à un autre État ou à une juridiction pénale internationale compétente.

21. Ainsi, lorsque l'auteur présumé d'une infraction se trouve sous la juridiction d'un État, il peut être extradé vers un autre État aux fins de poursuites<sup>31</sup>. Le cas échéant, il est utile que les droits, obligations et procédures en matière d'extradition soient clairement établis. À ce jour, il n'existe pas de convention internationale ou régionale qui traite exclusivement de l'extradition des auteurs présumés de crimes contre l'humanité. Les auteurs de tels crimes sont extradés en application des dispositions (droits, obligations et procédures) définies par les accords

<sup>29</sup> Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, résolution 2001/22 du 16 août 2001 sur la coopération internationale en ce qui concerne la recherche, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, par. 3, contenue dans le rapport de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme sur sa cinquante-troisième session, Genève, 30 juillet-17 août 2001 (E/CN.4/2002/2-E/CN.4/Sub.2/2001/40). Dans sa résolution, la Sous-Commission a repris en grande partie les principes énoncés par l'Assemblée générale, en y apportant toutefois des modifications.

<sup>30</sup> Ibid., par. 2.

<sup>31</sup> Le présent chapitre ne traite pas des procédures concernant la remise à une juridiction pénale internationale compétente, lesquelles seraient régies par les instruments pertinents concernant la juridiction en question.

d'extradition multilatéraux<sup>32</sup> ou bilatéraux<sup>33</sup> visant les infractions en général, lorsque de tels accords existent entre l'État requérant et l'État requis, ou conformément aux lois ou politiques nationales lorsque l'État requis les juge suffisantes.

22. Les accords d'extradition multilatéraux ou bilatéraux visant les infractions en général n'ont pas permis d'assurer une couverture universelle. Le Traité type d'extradition a été conçu en 1990 pour aider les États à élaborer des accords d'extradition bilatéraux qui puissent porter sur un large éventail d'infractions<sup>34</sup>, mais chaque État ne conclut pas de tels accords avec tous les autres. La plupart des États ont des accords d'extradition avec quelques pays seulement, et n'ont pas de relations conventionnelles en matière d'extradition avec de nombreux autres États. Cependant, de nombreux États refusent d'extrader en l'absence d'accord d'extradition.

23. En conséquence, l'approche qui a été adoptée pour de nombreux traités visant une infraction particulière comme la torture, la corruption ou la disparition forcée consiste à incorporer au traité un article énonçant de manière assez détaillée les droits, obligations et procédures qui régiront l'extradition entre les États en ce qui concerne l'infraction en question, en l'absence de tout autre traité d'extradition applicable. On constate qu'il existe, dans les traités visant une infraction particulière, deux grands types de dispositions relatives à l'extradition. Les premières sont des dispositions assez concises, dont on trouve des exemples à l'article 8 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui contient quatre paragraphes seulement, et à l'article 13 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, qui contient sept paragraphes.

24. Les secondes sont des dispositions plus détaillées, dont on trouve des exemples à l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et à l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, deux articles très semblables l'un à l'autre et composés respectivement de 17 et 18 paragraphes. L'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption se lit comme suit :

#### *Article 44. Extradition*

1. Le présent article s'applique aux infractions établies conformément à la présente Convention lorsque la personne faisant l'objet de la demande d'extradition se trouve sur le territoire de l'État Partie requis, à condition que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée soit punissable par le droit interne de l'État Partie requérant et de l'État Partie requis.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, un État Partie dont la législation le permet peut accorder l'extradition d'une

<sup>32</sup> Voir, par exemple, la Convention européenne d'extradition de 1957. Voir également la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *Journal officiel des Communautés européennes*, L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

<sup>33</sup> Voir, de manière générale, Bassiouni, *International Criminal Law*, vol. 2, *Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*; et Sadoff, *Bringing International Fugitives to Justice...*

<sup>34</sup> Résolution 45/116 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe (modifiée ultérieurement par la résolution 52/88 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1997).



personne pour l'une quelconque des infractions visées par la présente Convention qui ne sont pas punissables en vertu de son droit interne.

3. Si la demande d'extradition porte sur plusieurs infractions distinctes, dont au moins une donne lieu à extradition en vertu du présent article et dont certaines ne donnent pas lieu à extradition en raison de la durée de l'emprisonnement mais ont un lien avec des infractions établies conformément à la présente Convention, l'État Partie requis peut appliquer le présent article également à ces infractions.

4. Chacune des infractions auxquelles s'applique le présent article est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États Parties en tant qu'infraction dont l'auteur peut être extradé. Les États Parties s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux. Un État Partie dont la législation le permet, lorsqu'il se fonde sur la présente Convention pour l'extradition, ne considère aucune des infractions établies conformément à la présente Convention comme une infraction politique.

5. Si un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un État Partie avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer la présente Convention comme la base légale de l'extradition pour les infractions auxquelles le présent article s'applique.

6. Un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité:

a) Au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention, indique au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies s'il considère la présente Convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États Parties; et

b) S'il ne considère pas la présente Convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition, s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États Parties afin d'appliquer le présent article.

7. Les États Parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux aux infractions auxquelles le présent article s'applique le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé.

8. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État Partie requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extraditer et aux motifs pour lesquels l'État Partie requis peut refuser l'extradition.

9. Les États Parties s'efforcent, sous réserve de leur droit interne, d'accélérer les procédures d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve y relatives en ce qui concerne les infractions auxquelles s'applique le présent article.

10. Sous réserve des dispositions de son droit interne et des traités d'extradition qu'il a conclus, l'État Partie requis peut, à la demande de l'État Partie requérant et s'il estime que les circonstances le justifient et qu'il y a urgence, placer en détention une personne présente sur son territoire dont l'extradition est demandée ou prendre à son égard d'autres mesures appropriées pour assurer sa présence lors de la procédure d'extradition.

11. Un État Partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'une infraction, s'il n'extrade pas cette personne au titre d'une infraction à laquelle s'applique le présent article au seul motif qu'elle est l'un de ses ressortissants, est tenu, à la demande de l'État Partie requérant l'extradition, de soumettre l'affaire sans retard excessif à ses autorités compétentes aux fins de poursuites. Lesdites autorités prennent leur décision et mènent les poursuites de la même manière que pour toute autre infraction grave en vertu du droit interne de cet État Partie. Les États Parties intéressés coopèrent entre eux, notamment en matière de procédure et de preuve, afin d'assurer l'efficacité des poursuites.

12. Lorsqu'un État Partie, en vertu de son droit interne, n'est autorisé à extraditer ou remettre de toute autre manière l'un de ses ressortissants que si cette personne est ensuite renvoyée sur son territoire pour purger la peine prononcée à l'issue du procès ou de la procédure à

l'origine de la demande d'extradition ou de remise, et lorsque cet État Partie et l'État Partie requérant s'accordent sur cette option et d'autres conditions qu'ils peuvent juger appropriées, cette extradition ou remise conditionnelle est suffisante aux fins de l'exécution de l'obligation énoncée au paragraphe 11 du présent article.

13. Si l'extradition, demandée aux fins d'exécution d'une peine, est refusée parce que la personne faisant l'objet de cette demande est un ressortissant de l'État Partie requis, celui-ci, si son droit interne le lui permet, en conformité avec les prescriptions de ce droit et à la demande de l'État Partie requérant, envisage de faire exécuter lui-même la peine prononcée conformément au droit interne de l'État Partie requérant, ou le reliquat de cette peine.

14. Toute personne faisant l'objet de poursuites en raison de l'une quelconque des infractions auxquelles le présent article s'applique se voit garantir un traitement équitable à tous les stades de la procédure, y compris la jouissance de tous les droits et de toutes les garanties prévus par le droit interne de l'État Partie sur le territoire duquel elle se trouve.

15. Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État Partie requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.

16. Les États Parties ne peuvent refuser une demande d'extradition au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales.

17. Avant de refuser l'extradition, l'État Partie requis consulte, s'il y a lieu, l'État Partie requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations.

18. Les États Parties s'efforcent de conclure des accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité.

25. Sont analysés dans la section ci-après les éléments fondamentaux qui sont traités dans les deux types de dispositions – concises et détaillées – relatives à l'extradition. On trouvera à la fin du présent chapitre un projet d'article, intitulé «Extradition», composé de 13 paragraphes. Le texte proposé est largement inspiré de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Cette convention, à laquelle 181 États sont actuellement parties, donne de très nombreuses indications sur les droits, obligations et procédures pertinents en matière d'extradition dans le contexte des crimes contre l'humanité, et ses dispositions sont déjà bien comprises grâce aux guides et autres ressources détaillées que l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) a élaborés<sup>35</sup>. En outre, le projet d'article relatif à l'entraide judiciaire qui est proposé

<sup>35</sup> Voir, par exemple, ONUDC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*; ONUDC, *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*; et ONUDC, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption*. On trouvera d'autres ouvrages de référence à l'adresse suivante : [www.onudc.org/onudc/en/corruption/publications.html](http://www.onudc.org/onudc/en/corruption/publications.html). L'ONUDC a élaboré des publications similaires au sujet de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, qui contient de nombreuses dispositions analogues à celles de la Convention des Nations Unies contre la corruption dans son article consacré à l'extradition. Voir, par exemple, ONUDC, *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant*; et Rapport du Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée sur les travaux de ses première à onzième sessions, Additif – Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (A/55/383/Add.1).

dans le présent rapport (voir *infra* le chapitre III) est également inspiré de la Convention des Nations Unies contre la corruption, et certaines des structures institutionnelles dont la mise en place est préconisée à cet égard, comme les points de contact nationaux, pourraient être mises à profit pour faciliter l'extradition dans le contexte des crimes contre l'humanité. Des modifications de forme et de fond doivent toutefois être apportées au texte de l'article 44 dans le contexte du présent projet d'articles.

26. Il est à noter que les traités d'extradition ne prévoient généralement pas, en cas de demandes d'extradition concurrentes, lequel des États requérants doit avoir la priorité, le cas échéant. Par exemple, le Traité type d'extradition dispose seulement, dans son article 16, ce qui suit : « Si une Partie reçoit des demandes d'extradition concernant le même individu, adressées par l'autre Partie et par un État tiers, elle sera libre de décider vers lequel de ces deux États l'intéressé sera extradé<sup>36</sup>. » Certains instruments indiquent quels éléments sont à prendre en considération, mais laissent l'État requis décider en dernier ressort<sup>37</sup>. Dans une situation donnée, un certain nombre de facteurs peuvent laisser penser qu'un État requérant ou un autre est le mieux placé pour exercer les poursuites, mais l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction peut en tout état de cause choisir de soumettre l'affaire à ses propres autorités compétentes aux fins de poursuites plutôt que d'extrader. Le présent rapport ne propose pas d'incorporer dans le projet d'articles une disposition relative au concours de demandes d'extradition.

## B. Dispositions relatives à l'extradition dans les traités visant des infractions particulières

27. Comme il est indiqué dans la section précédente, les traités qui portent sur une infraction particulière comme la torture, la corruption ou la disparition forcée contiennent habituellement des dispositions décrivant les droits, obligations et procédures qui régiront l'extradition entre les États parties en ce qui concerne l'infraction en question. Bien qu'il existe une certaine diversité parmi ces traités, ceux dont les dispositions relatives à l'extradition sont détaillées présentent en général des éléments communs, qui sont analysés ci-après.

### 1. DOUBLE INCRIMINATION

28. L'un des éléments figurant parfois dans ce type de traités est la règle de la « double incrimination », qui veut que les obligations en matière d'extradition naissent uniquement lorsque le comportement à l'origine de la demande d'extradition est considéré comme criminel tant dans l'État requérant que dans l'État requis<sup>38</sup>. Une

disposition de ce type est généralement incorporée au traité dans deux situations particulières.

29. Premièrement, la règle de la double incrimination est habituellement incorporée dans les traités d'extradition de portée générale, c'est-à-dire les traités qui pourraient viser un large éventail de comportements. Dans ce type de situations, un État requis peut ne pas souhaiter se voir imposer d'obligations en matière d'extradition face à un comportement qu'il ne considère pas comme criminel. La règle de la double incrimination est alors incorporée au traité afin qu'il n'y ait d'obligations en matière d'extradition que si le comportement en question est incriminé dans les deux États.

30. Deuxièmement, la règle de la double incrimination est habituellement incorporée dans les traités visant un type d'infractions particulier lorsque l'instrument prévoit à la fois des infractions dont l'établissement est impératif et d'autres dont l'établissement est facultatif, avec pour conséquence qu'un comportement peut être qualifié d'infraction dans un État et pas dans un autre. Par exemple, la Convention des Nations Unies contre la corruption prévoit à la fois des infractions dont l'établissement est impératif (art. 15, art. 16, par. 1, art. 17, art. 23 et art. 25) et des infractions dont l'établissement est facultatif (art. 16, par. 2, art. 18 à 22 et art. 24). Dans cette convention, les dispositions relatives à la double incrimination, qui correspondent aux trois premiers paragraphes de l'article 44<sup>39</sup>, ont essentiellement pour objet de permettre à un État partie de refuser une extradition demandée en raison d'une infraction dont l'établissement est facultatif<sup>40</sup>. Cela étant, la condition de la double incrimination est normalement remplie entre les États parties pour tous les comportements dont la Convention impose l'incrimination<sup>41</sup>.

31. À l'inverse, les traités visant un type particulier d'infractions dont l'établissement est impératif n'énoncent généralement pas la règle de la double incrimination. Ainsi, des instruments comme la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions

de la double incrimination, c'est-à-dire l'incrimination de la conduite pour laquelle l'extradition est demandée à la fois par la législation de l'État requérant et celle de l'État requis, est un principe profondément ancré dans le droit de l'extradition »).

<sup>39</sup> Voir aussi la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 16, par. 1 et 2 (« 1. Le présent article s'applique aux infractions visées par la présente Convention ou dans les cas où un groupe criminel organisé est impliqué dans une infraction visée à l'alinéa a ou b du paragraphe 1 de l'article 3 et que la personne faisant l'objet de la demande d'extradition se trouve sur le territoire de l'État Partie requis, à condition que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée soit punissable par le droit interne de l'État Partie requérant et de l'État partie requis. 2. Si la demande d'extradition porte sur plusieurs infractions graves distinctes, dont certaines ne sont pas visées par le présent article, l'État Partie requis peut appliquer également cet article à ces dernières infractions »).

<sup>40</sup> ONUDC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 165, par. 556 (« Pour les infractions dont l'établissement est facultatif et que certains États parties auront peut-être créées et d'autres non, [la double incrimination] peut constituer un obstacle à l'extradition. Aussi peut-on considérer que le paragraphe 2 de l'article 44 encourage les parties à accorder l'extradition en l'absence de double incrimination, si leur droit interne le permet »).

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Traité type d'extradition (voir *supra* la note 34), art. 16.

<sup>37</sup> Voir, par exemple, la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 (note 32 *supra*), p. 7, art. 16.

<sup>38</sup> Voir, par exemple, Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, p. 500 (« La double incrimination [...] désigne le fait que le comportement de la personne réclamée soit qualifié de criminelle à la fois dans la législation de l'État requérant et dans celle de l'État requis. La réciprocité de l'incrimination est considérée comme une condition de fond pour accorder l'extradition »); et ONUDC, *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 1<sup>re</sup> partie, « Revised Manual on the Model Treaty on Extradition », p. 10, par. 20 (« La règle

forcées, qui définissent des infractions spécifiques et font obligation aux États parties de prendre les mesures nécessaires pour qu'elles soient inscrites dans leur droit pénal, n'intègrent pas la règle de la double incrimination dans leurs dispositions relatives à l'extradition. La raison en est que lorsqu'une demande d'extradition est formulée au titre de l'une ou l'autre de ces conventions, l'infraction qui la motive devrait déjà être inscrite dans le droit pénal des deux États parties, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de vérifier que la condition de double incrimination est remplie. Une autre raison tient au fait que de tels traités ne prévoient d'ordinaire pas d'obligation absolue d'extrader, mais une obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), ce qui signifie que l'État requis peut toujours choisir de ne pas extrader à condition de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

32. Le présent projet d'articles relatifs aux crimes contre l'humanité définit les crimes contre l'humanité dans le projet d'article 3 et, sur la base de cette définition, demande, aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 5, que chaque État veille à ce que les « crimes contre l'humanité » constituent des « infractions » au regard de son droit pénal<sup>42</sup>. Dès lors, lorsqu'un État adresse une demande d'extradition à un autre État pour une infraction visée dans le projet d'article 5, l'infraction est criminelle dans les deux États; la condition de la double incrimination est donc automatiquement remplie.

33. Le paragraphe 4 du projet d'article 3 prévoit que la définition de l'infraction « est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou loi nationale » mais, aux fins des présents projets d'article, l'« infraction » de « crimes contre l'humanité » est telle que définie aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 5. Toute définition plus large des « crimes contre l'humanité » prévue par tout instrument international ou loi nationale n'est pas une « infraction » visée dans le projet d'article 5.

34. Le paragraphe 7 du projet d'article 5 traite de la responsabilité des personnes morales à l'égard des « infractions » visées dans le projet d'article 5 (aux paragraphes 1 à 3), et indique que cette responsabilité « peut être pénale, civile ou administrative ». Il peut donc exister des différences dans le droit interne des États pour ce qui touche à la responsabilité des personnes morales. Toutefois, ces différences ne concernent pas les « infractions » de « crimes contre l'humanité » mais plutôt la responsabilité des personnes morales à l'égard de ces infractions. Quoi qu'il en soit, les procédures d'extradition portent sur le transfert de personnes physiques.

35. Le paragraphe 1 du projet d'article 6 prévoit différents cas pour ce qui est de l'établissement de la compétence à l'égard des auteurs d'infraction. Cela étant, dans le contexte d'une demande d'extradition,

<sup>42</sup> Le paragraphe 4 du projet d'article 3 dispose que le projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou toute loi nationale. Une demande d'extradition motivée par une infraction présumée qui n'entre pas dans le champ d'application des paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3, cependant, ne saurait être considérée comme étant motivée par une infraction relevant du projet d'article 5.

l'État requis est l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé, qui relève du paragraphe 2 du projet d'article 6, qui lui ne prévoit pas plusieurs cas. Même si l'État requérant cherche à exercer un type de compétence nationale que l'État requis n'a pas établi (par exemple, la compétence basée sur la nationalité de la victime), le point à retenir est que l'infraction en question est considérée comme criminelle à la fois dans l'État requérant et dans l'État requis. L'État requis peut choisir de ne pas extrader s'il n'approuve pas le type de compétence nationale que l'État requérant cherche à exercer, mais il doit alors impérativement soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites, conformément au projet d'article 9.

36. Compte tenu de ce qui précède, il ne semble pas utile de faire figurer dans un projet d'article relatif à l'extradition une règle de double incrimination pareille à celle énoncée dans les trois premiers paragraphes de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

#### 2. INCLUSION COMME INFRACTION POUVANT DONNER LIEU À EXTRADITION DANS LES TRAITÉS EXISTANTS ET FUTURS

37. Un deuxième élément qui figure souvent dans les traités portant sur une infraction spécifique est l'obligation pour les États parties de considérer l'infraction visée par le traité comme une infraction pouvant donner lieu à extradition à la fois dans les traités d'extradition existants et dans tout futur traité d'extradition conclu entre les États parties<sup>43</sup>.

38. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose que « [l]es infractions visées à l'article 4 sont de plein droit comprises dans tout traité d'extradition conclu entre États parties. Les États parties s'engagent à comprendre lesdites infractions dans tout traité d'extradition à conclure entre eux. »

39. Dans le même ordre d'idées, les paragraphes 2 et 3 de l'article 13 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées prévoient ce qui suit :

2. Le crime de disparition forcée est de plein droit compris au nombre des infractions donnant lieu à extradition dans tout traité d'extradition conclu entre des États parties avant l'entrée en vigueur de la présente Convention.

3. Les États parties s'engagent à inclure le crime de disparition forcée au nombre des infractions qui justifient l'extradition dans tout traité d'extradition à conclure par la suite entre eux<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Voir l'article 7 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection internationale, *Annuaire... 1972*, vol. II, document A/8719/Rev.1, p. 347; et l'article 10 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 33. Voir également Lambert, *Terrorism and Hostages in International Law...*, p. 229; et 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. 138, 139 et 238.

<sup>44</sup> Au moment de la rédaction de ces articles, certains se sont inquiétés de ce qu'il pourrait ne pas être « possible d'engager des États parties à inclure la disparition forcée au nombre des infractions qui justifient l'extradition dans tout traité d'extradition auquel ils souscrivent (art. 13, par. 3), étant donné que le ou les autres parties contractantes, si elles n'étaient pas parties à l'instrument, pouvaient

40. On trouve des dispositions analogues dans les instruments suivants : la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs<sup>45</sup> ; la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile<sup>46</sup> ; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques<sup>47</sup> ; la Convention internationale contre la prise d'otages<sup>48</sup> ; la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé<sup>49</sup> ; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif<sup>50</sup> ; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>51</sup> ; et divers traités régionaux<sup>52</sup>. Il est également à noter que le projet

ne pas être d'accord » [Commission des droits de l'homme, rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2004/59), par. 110]. Il a été suggéré de modifier la formulation, ou de reprendre la formulation utilisée aux paragraphes 1 et 3 de l'article 8 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ibid., par. 110 à 114). Le texte définitif du paragraphe 3 de l'article 13 reprend une formulation semblable à celle du paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (« Les États parties s'engagent à [comprendre] [inclure] »).

<sup>45</sup> Art. 8, par. 1 (« L'infraction est de plein droit comprise comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre États contractants. Les États contractants s'engagent à comprendre l'infraction comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux »).

<sup>46</sup> Art. 8, par. 1 (« Les infractions sont de plein droit comprises comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre États contractants. Les États contractants s'engagent à comprendre les infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux »).

<sup>47</sup> Art. 8, par. 1 (« Pour autant que les infractions prévues à l'article 2 ne figurent pas sur la liste de cas d'extradition dans un traité d'extradition en vigueur entre les États parties, elles sont considérées comme y étant comprises. Les États parties s'engagent à comprendre ces infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux »). Pour l'analyse de cette disposition par la Commission, voir *Annuaire... 1972*, vol. II, document A/8719/Rev.1, p. 347 et 348, paragraphes 1 à 3 du commentaire de l'article 7 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection internationale.

<sup>48</sup> Art. 10, par. 1 (« Les infractions prévues à l'article premier sont de plein droit comprises comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre États parties. Les États parties s'engagent à comprendre ces infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux »).

<sup>49</sup> Art. 15, par. 1 (« Si les infractions visées à l'article 9 ne figurent pas en tant que cas d'extradition dans un traité d'extradition conclu entre les États parties, elles sont réputées y figurer à ce titre. Les États parties s'engagent à faire figurer ces infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux »).

<sup>50</sup> Art. 9, par. 1 (« Les infractions prévues à l'article 2 sont de plein droit considérées comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre États Parties avant l'entrée en vigueur de la présente Convention. Les États Parties s'engagent à considérer ces infractions comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure par la suite entre eux »).

<sup>51</sup> Art. 16, par. 3 (« Chacune des infractions auxquelles s'applique le présent article est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États Parties en tant qu'infraction dont l'auteur peut être extradé. Les États Parties s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux »).

<sup>52</sup> Voir l'article 13 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, dont la partie pertinente se lit comme suit : « Le crime visé à l'article 2 est réputé inclus dans les crimes qui donnent lieu à extradition dans tout traité que les États parties ont déjà

de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996) de la Commission dispose, au paragraphe 1 de son article 10, que « [s]i les crimes visés aux articles 17, 18, 19 et 20 ne figurent pas en tant que cas d'extradition dans un traité d'extradition conclu entre les États parties, ils sont réputés y figurer à ce titre. Les États parties s'engagent à faire figurer ces crimes comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux »<sup>53</sup>. »

41. Le paragraphe 4 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption contient un libellé similaire et pourrait servir de point de départ pour un des paragraphes d'un projet d'article sur l'extradition (voir *infra* le paragraphe 1 du projet d'article 11 proposé). Le paragraphe 4 prévoit également l'interdiction d'invoquer l'exception de l'« infraction politique », dont il sera question dans la section ci-après.

### 3. EXCLUSION DE L'EXCEPTION À L'EXTRADITION POUR « INFRACTION POLITIQUE »

42. Un troisième élément qui figure habituellement dans les traités visant une infraction spécifique est l'exclusion de l'exception pour « infraction politique » dans le cas de certains crimes, qui signifie que l'extradition doit avoir lieu même si l'infraction motivant la demande d'extradition peut être considérée par l'État requis comme une infraction de nature politique.

43. Certains traités relatifs à l'extradition des auteurs d'infractions en général prévoient que l'État requis peut refuser d'extrader s'il considère que l'infraction à l'origine de la demande d'extradition est de nature politique, par exemple si un comportement tenant du militantisme politique est qualifié d'infraction de « trahison »<sup>54</sup>. Cela étant, « sous l'effet de la montée du terrorisme et d'autres formes de criminalité internationale et transnationale, certains gouvernements font machine arrière et cherchent à exclure cette exception dans le cas des crimes internationaux et des crimes violents graves »<sup>55</sup>.

44. En particulier, certains soutiennent l'idée que les crimes comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne devraient pas être considérés

conclu entre eux. Ces États s'obligent à inclure ce crime au nombre des infractions donnant lieu à extradition dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux à l'avenir » ; l'article V de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, dont la partie pertinente se lit comme suit : « La disparition forcée est considérée comme incluse au nombre des délits qui donnent lieu à l'extradition dans tout traité sur l'extradition conclu entre les États parties » ; et le paragraphe 2 de l'article XIII de la Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme, dont la partie pertinente se lit comme suit : « Les infractions visées à l'article II de la présente Convention sont réputées passibles d'extradition dans tout traité d'extradition existant entre les Parties avant l'entrée en vigueur de la présente Convention. »

<sup>53</sup> *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 33.

<sup>54</sup> Pour une analyse générale des infractions de nature politique et de l'exception pour infraction politique, voir Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, p. 113 et suiv.

<sup>55</sup> Bassiouni, *International Extradition...*, p. 669 à 739, à la page 671. Il existe également une tendance à ne plus inclure l'exception pour infraction politique dans son intégralité. Voir la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 (note 32 *supra*) ; et Royaume-Uni, loi sur l'extradition n° 2003 c. 41, 2003, disponible à l'adresse suivante : [www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/contents).

comme des « infractions politiques ». Par exemple, l'article VII de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dispose que les infractions visées dans la Convention ne sont soumises à aucune exception pour infraction politique : « Le génocide et les autres actes énumérés à l'article III ne seront pas considérés comme des crimes politiques pour ce qui est de l'extradition<sup>56</sup> ». Des commentateurs ont souligné que, l'objectif de la Convention étant de « prévenir l'impunité en cas de génocide », l'article VII « n'avait pas fait l'objet de controverse dans les travaux préparatoires »<sup>57</sup> et avait été « accepté sans trop susciter de polémique par une majorité de pays comme une disposition centrale de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide<sup>58</sup> ».

45. Il existe des raisons similaires de ne pas accepter que les crimes contre l'humanité puissent être considérés comme une « infraction politique » pour empêcher l'extradition<sup>59</sup>. Ainsi, il est indiqué dans le Manuel révisé sur le Traité type d'extradition que « certains crimes, comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, sont perçus par la communauté internationale comme tellement haineux que leurs auteurs ne peuvent pas compter sur cette restriction à l'extradition<sup>60</sup> ». La Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a également déclaré que les personnes « accusées de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité ne peuvent faire valoir, à titre d'exception à l'extradition, que les faits relèvent d'une "infraction politique"<sup>61</sup> ».

46. Plusieurs autres traités multilatéraux visant des crimes spécifiques contiennent des dispositions interdisant l'exception pour « infraction politique », notamment : la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif<sup>62</sup>; la Convention internationale

pour la répression du financement du terrorisme<sup>63</sup>; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées<sup>64</sup>. Les traités bilatéraux d'extradition contemporains précisent eux aussi souvent quelles infractions ne devraient pas pouvoir être considérées comme une « infraction politique » pour empêcher l'extradition<sup>65</sup>. Il n'existe cependant ni dans la Convention internationale contre la prise d'otages<sup>66</sup> ni dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>67</sup> de disposition interdisant l'exception à l'extradition pour infraction politique.

47. Le paragraphe 4 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption contient une phrase finale qui dit ce qui suit : « Un État Partie dont la législation le permet, lorsqu'il se fonde sur la présente Convention pour l'extradition, ne considère aucune des

connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour la seule raison qu'elle concerne une infraction politique, une infraction connexe à une infraction politique, ou une infraction inspirée par des mobiles politiques »).

<sup>56</sup> Art. 14 (« Pour les besoins de l'extradition ou de l'entraide judiciaire entre États Parties, aucune des infractions visées à l'article 2 n'est considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire fondée sur une telle infraction ne peut être rejetée pour la seule raison qu'elle concerne une infraction politique, une infraction connexe à une infraction politique ou une infraction inspirée par des mobiles politiques »).

<sup>57</sup> Art. 13, par. 1 (« Pour les besoins de l'extradition entre États parties, le crime de disparition forcée n'est pas considéré comme une infraction politique, une infraction connexe à une infraction politique ou une infraction inspirée par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour ce seul motif »).

<sup>58</sup> Voir, par exemple, le Traité d'extradition entre les États-Unis et l'Afrique du Sud (Washington, 16 septembre 1999, disponible à l'adresse suivante : [www.state.gov/wp-content/uploads/2019/02/13060-South-Africa-Extradition-September-16-1999.pdf](http://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/02/13060-South-Africa-Extradition-September-16-1999.pdf)), art. 4, par. 2 (« Aux fins du présent Traité, les infractions suivantes ne sont pas considérées comme des infractions politiques : [...] b) une infraction pour laquelle l'État requérant et l'État requis ont l'obligation, en vertu d'un accord multilatéral international, d'extrader la personne réclamée ou de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour décider des poursuites ; c) le meurtre ; d) toute infraction concernant un enlèvement, une prise d'otages ou toute autre forme de détention illégale ») ; le Traité d'extradition entre la République de Corée et l'Australie (Séoul, 5 septembre 1990, disponible à l'adresse suivante : [www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/ATS/1991/3.html](http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/ATS/1991/3.html)), art. 4, par. 1 a (« Ne sont pas considérées comme une infraction politique [...] ii) une infraction sur laquelle les Parties contractantes ont l'obligation d'établir leur compétence ou d'extrader en vertu d'un accord multilatéral international auquel l'une et l'autre sont parties ; et iii) une infraction à la loi relative au génocide ») ; et le Traité d'extradition entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis mexicains (Mexico, 16 mars 1990, disponible à l'adresse suivante : [www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=101339&Lang=fra](http://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=101339&Lang=fra)), art. IV, al. a (« Pour les fins du présent paragraphe, n'est pas considérée comme une infraction politique, l'infraction pour laquelle les Parties ont l'une et l'autre l'obligation, aux termes d'un accord multilatéral international, d'extrader la personne réclamée ou de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuite »). Voir aussi Bassiouni, *International Extradition...*, p. 670.

<sup>59</sup> Voir aussi Saul, « International Convention against the Taking of Hostages ».

<sup>60</sup> Voir aussi Nowak et McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, p. 373 (où l'on indique que « [l]a Suisse craignait que les mobiles des actes de torture puissent être tels qu'ils permettent à leurs auteurs d'invoquer la nature politique de leurs actions comme argument contre leur extradition », et l'on suggère d'ajouter un libellé indiquant que les actes définis dans la Convention « ne sont pas considérés comme des infractions de nature politique »).

<sup>56</sup> Voir, de manière générale, Roth, « The extradition of *génocidaires* », p. 283.

<sup>57</sup> Ibid., p. 279. Voir aussi Schiffbauer, « Article VII », p. 262 et 263. Pour l'historique des négociations de la Convention, voir Abtahi et Webb, *The Genocide Convention: the Travaux Préparatoires*.

<sup>58</sup> Roth, « The extradition of *génocidaires* », p. 284 et 289. Voir aussi Conseil économique et social, Comité spécial du génocide, rapport du Comité et projet de convention élaboré par le Comité (E/794), p. 37 ; et A/C.6/31/SR.55, p. 8 et 9, en particulier le paragraphe 30 (exposé de l'Australie faisant référence aux crimes de guerre, au génocide et aux violations des droits de l'homme comme des crimes dont « [le] caractère politique ne doit pas empêcher l'extradition »).

<sup>59</sup> Voir, par exemple, tribunal de district des États-Unis pour le sud de l'État de New York, *In the Matter of the Extradition of Mousa Mohammed Abu Marzook*, 924 F. Supp. 565 (1996), p. 577 (« si l'acte faisant l'objet de la plainte revêt un tel caractère haineux qu'il constitue un crime contre l'humanité, il est nécessairement en dehors du champ d'application de l'exception pour infraction politique ») ; cour d'appel des États-Unis pour le quatrième circuit, *Ordinola v. Hackman*, 478 F.3d 588 (2007) [où il est fait un tour d'horizon de la doctrine relative à l'infraction politique aux États-Unis] ; et cour d'appel des États-Unis pour le quatrième circuit, *Nezirovic v. Holt*, 779 F.3d 233 (2015) [où la Cour a estimé que l'exception pour infraction politique ne s'appliquait pas aux actes de torture commis pendant le conflit en Bosnie].

<sup>60</sup> ONUDC, *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 1<sup>re</sup> partie, « Revised Manual on the Model Treaty on Extradition », p. 17, par. 45.

<sup>61</sup> Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, résolution 2001/22 (voir *supra* la note 29), par. 3.

<sup>62</sup> Art. 11 (« Pour les besoins de l'extradition ou de l'entraide judiciaire entre États Parties, aucune des infractions visées à l'article 2 n'est considérée comme une infraction politique, comme une infraction

infractions établies conformément à la présente Convention comme une infraction politique.» Cette formulation limite l'exclusion de l'exception pour infraction politique aux seules extraditions demandées au titre de la Convention elle-même. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées élargit quant à elle l'exclusion de l'exception pour infraction politique à toutes les extraditions entre deux États parties, au paragraphe 1 de son article 13, qui se lit comme suit : « Pour les besoins de l'extradition entre États parties, le crime de disparition forcée n'est pas considéré comme une infraction politique, une infraction connexe à une infraction politique ou une infraction inspirée par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour ce seul motif. »

48. Dans un projet d'article sur l'extradition, il serait préférable d'utiliser une telle formulation élargissant la portée de l'exclusion (voir *infra* le paragraphe 2 du projet d'article 11 proposé).

49. Un tel libellé présente l'intérêt d'indiquer clairement que le *comportement* qui consiste à commettre un crime contre l'humanité ne saurait en aucun cas être considéré comme une « infraction politique » (en d'autres termes, qu'un tel comportement ne peut, en soi, être considéré comme une forme de militantisme politique). Cette question diffère toutefois de la question de savoir si un État requérant *cherche à obtenir l'extradition* en raison des opinions politiques de l'individu réclamé ; autrement dit, elle diffère de la question de savoir si l'État allègue d'un crime contre l'humanité et demande l'extradition aux fins de persécuter un individu pour ses opinions politiques. La question de la persécution est traitée séparément plus bas.

#### 4. LES ÉTATS QUI ONT BESOIN D'UN TRAITÉ POUR EXTRADER PEUVENT UTILISER LE PRÉSENT PROJET D'ARTICLES

50. Un quatrième élément établit le traité lui-même comme base légale possible de l'extradition, à l'intention des États qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité<sup>68</sup>. Le paragraphe 5 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption contient un exemple d'une telle disposition. Il est ainsi libellé : « Si un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un État Partie avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer la présente Convention comme la base légale de l'extradition pour les infractions auxquelles le présent article s'applique. »

51. Une disposition identique ou similaire figure dans les instruments ci-après : la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs<sup>69</sup> ; la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de

l'aviation civile<sup>70</sup> ; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques<sup>71</sup> ; la Convention internationale contre la prise d'otages<sup>72</sup> ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>73</sup> ; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif<sup>74</sup> ; la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme<sup>75</sup> ; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>76</sup> ; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées<sup>77</sup>. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaboré par la Commission en 1996 contient également une disposition de ce type<sup>78</sup>.

52. Outre cette disposition, et à la différence d'autres instruments, tant la Convention des Nations Unies contre

<sup>70</sup> Art. 8, par. 2 (essentiellement le même libellé que dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>71</sup> Art. 8, par. 2 (« Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il peut, s'il décide d'extrader, considérer la présente Convention comme constituant la base juridique de l'extradition à l'égard de ces infractions. L'extradition est soumise aux règles de procédure et aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis »). Pour l'analyse qu'en a fait la Commission, voir *Annuaire... 1972*, vol. II, document A/8719/Rev.1, p. 347 et 348, commentaire de l'article 7 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection internationale.

<sup>72</sup> Art. 10, par. 2 (« Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, l'État requis a la latitude de considérer la présente Convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne les infractions prévues à l'article premier. L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis »).

<sup>73</sup> Art. 8, par. 2 (« Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il peut considérer la présente Convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne lesdites infractions. L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis »).

<sup>74</sup> Art. 9, par. 2 (« Lorsqu'un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État Partie avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, l'État Partie requis a la latitude de considérer la présente Convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne les infractions prévues à l'article 2. L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par la législation de l'État requis »).

<sup>75</sup> Art. 11, par. 2 (essentiellement le même libellé que dans la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif).

<sup>76</sup> Art. 16, par. 4 (« Si un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un État Partie avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer la présente Convention comme la base légale de l'extradition pour les infractions auxquelles le présent article s'applique »).

<sup>77</sup> Art. 13, par. 4 (« Tout État partie qui assujettit l'extradition à l'existence d'un traité peut, s'il reçoit une demande d'extradition d'un autre État partie auquel il n'est pas lié par un traité, considérer la présente Convention comme la base juridique de l'extradition en ce qui concerne l'infraction de disparition forcée »).

<sup>78</sup> *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 33, art. 10, par. 2 (« Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État partie auquel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il a la faculté de considérer le présent Code comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne ces crimes. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par la législation de l'État requis »).

<sup>68</sup> Voir Lambert, *Terrorism and Hostages in International Law...*, p. 238 et 239 ; et Olson, « Re-enforcing enforcement in a specialized convention on crimes against humanity... », p. 330.

<sup>69</sup> Art. 8, par. 2 (« Si un État contractant qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre État contractant avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il a la latitude de considérer la présente convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne l'infraction »).

la criminalité transnationale organisée<sup>79</sup>, au paragraphe 5 de son article 16, que la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>80</sup>, au paragraphe 6 de son article 44, exigent à l'alinéa *a* que tout État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité indique au dépositaire s'il considère la convention comme la base légale en matière d'extradition vers ou depuis des États avec lesquels il n'a pas conclu de traité d'extradition. En outre, l'alinéa *b* dispose que si l'État partie ne considère pas la convention comme la base légale en matière d'extradition, il «s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États Parties».

53. Un commentateur affirme que l'alinéa *a* «vise à rendre transparent le processus envisagé [d'utiliser la convention comme base légale en matière d'extradition] en demandant aux États parties de préciser s'ils exercent la faculté de choisir la convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition<sup>81</sup>». Cependant, le point de savoir si la disposition en question est efficace pour ce qui est d'assurer la transparence n'est pas clair. Par exemple, en 2016, seulement 50 des 181 États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption avaient indiqué au Secrétaire général s'ils avaient l'intention de considérer la Convention comme la base légale en matière d'extradition vers ou depuis des États avec lesquels ils n'avaient pas conclu de traité d'extradition<sup>82</sup>. Ainsi, pour plus des deux tiers des États parties, le point de savoir s'ils considèrent la Convention comme la base légale en matière d'extradition vers ou depuis des États avec lesquels ils n'ont pas conclu de traité d'extradition n'est pas clair.

54. L'alinéa *b* oblige un État partie qui n'utilise pas la Convention comme base légale de l'extradition à conclure, «s'il y a lieu», des traités d'extradition avec d'autres États parties. Malgré la clause «s'il y a lieu», il est indiqué dans un rapport de la Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée que «les États exigeant une base conventionnelle pour accorder l'extradition, qui ne considèrent pas la Convention comme la base légale en la matière, sont tenus en vertu du paragraphe 5 de s'efforcer de conclure des traités d'extradition avec d'autres États parties afin de renforcer la coopération internationale en matière pénale en tant qu'objectif déclaré de la Convention<sup>83</sup>».

<sup>79</sup> Art. 16, par. 5 *a* («Les États Parties qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité: *a*) [au moment du dépôt de leur instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention, indiquent au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies s'ils considèrent la présente Convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États Parties]»).

<sup>80</sup> Art. 44, par. 6 (essentiellement le même libellé que dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée).

<sup>81</sup> McClean, *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, p. 180.

<sup>82</sup> Une liste des «notifications faites en vertu du paragraphe 3 de l'article 6, du paragraphe 6, alinéa *a* de l'article 44 et des paragraphes 13 et 14 de l'article 46» de la Convention des Nations Unies contre la corruption figure dans la base de données de la Collection des Traités des Nations Unies, à l'adresse suivante : [https://treaties.un.org/pages/View-Details.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=XVIII-14&chapter=18&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/View-Details.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&clang=_fr).

<sup>83</sup> Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, rapport analytique du Secrétaire sur l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée : informations actualisées sur la base des réponses supplémentaires reçues des États pour le premier cycle de collecte d'informations (CTOC/COP/2005/2/Rev.1), par. 69.

55. Eu égard à ce qui précède, le paragraphe 6 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption offre une base appropriée pour l'élaboration d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'extradition. Le texte de l'alinéa *a* pourrait toutefois être modifié pour prévoir par défaut l'utilisation du projet d'articles comme base légale de l'extradition, sauf indication contraire au dépositaire de la part de l'État (voir *infra* le paragraphe 4 du projet d'article 11 proposé). Cela inciterait fortement les États à la transparence quant à leur intention d'utiliser ou non le projet d'articles comme base légale de l'extradition.

#### 5. LES ÉTATS QUI N'ONT PAS BESOIN D'UN TRAITÉ POUR EXTRADER DOIVENT UTILISER LE PRÉSENT PROJET D'ARTICLES

56. Un cinquième élément prévoit qu'un État partie qui ne subordonne pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaît les infractions visées par la convention comme cas d'extradition entre lui-même et les autres États parties. Une disposition de ce type figure au paragraphe 7 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Elle est libellée comme suit : «Les États Parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux aux infractions auxquelles le présent article s'applique le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé.»

57. Des dispositions similaires figurent dans de nombreux autres instruments traitant d'infractions, comme la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs<sup>84</sup>; la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile<sup>85</sup>; la Convention internationale contre la prise d'otages<sup>86</sup>; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>87</sup>; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées<sup>88</sup>. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaboré par la Commission en 1996 contient également une disposition de ce type<sup>89</sup>.

58. Eu égard à ce qui précède, le paragraphe 7 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'extradition (voir *infra* le paragraphe 5 du projet d'article 11 proposé).

<sup>84</sup> Art. 8, par. 3 («Les États contractants qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent l'infraction comme cas d'extradition entre eux dans les conditions prévues par le droit de l'État requis»).

<sup>85</sup> Art. 8, par. 3 (essentiellement le même libellé que dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>86</sup> Art. 10, par. 3 («Les États parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent les infractions prévues à l'article premier comme cas d'extradition entre eux dans les conditions prévues par le droit de l'État requis»).

<sup>87</sup> Art. 8, par. 3 («Les États parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent lesdites infractions comme cas d'extradition entre eux dans les conditions prévues par le droit de l'État requis»).

<sup>88</sup> Art. 13, par. 5 («Les États parties qui n'assujettissent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent le crime de disparition forcée comme susceptible d'extradition entre eux»).

<sup>89</sup> *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 33, art. 10, par. 3 («Les États parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent ces crimes comme cas d'extradition entre eux conformément aux conditions prévues par la législation de l'État requis»).

6. OBSERVATION DES AUTRES PRESCRIPTIONS  
DU DROIT INTERNE DE L'ÉTAT REQUIS

59. Un sixième élément prévoit que l'extradition est par ailleurs subordonnée aux conditions ou exigences énoncées dans le droit interne de l'État requis. Une disposition de ce type figure au paragraphe 8 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Elle est ainsi libellée : « L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État Partie requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extradier et aux motifs pour lesquels l'État Partie requis peut refuser l'extradition. »

60. Des dispositions similaires figurent dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs<sup>90</sup> ; la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile<sup>91</sup> ; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques<sup>92</sup> ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>93</sup> ; la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé<sup>94</sup> ; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif<sup>95</sup> ; la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme<sup>96</sup> ; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>97</sup> ; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées<sup>98</sup>. Des conventions régionales contiennent également des formulations similaires<sup>99</sup>.

<sup>90</sup> L'article 8, paragraphe 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis. »

<sup>91</sup> L'article 8, paragraphe 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis. »

<sup>92</sup> L'article 8, paragraphe 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition est soumise aux règles de procédure et aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis. »

<sup>93</sup> L'article 8, paragraphe 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'État requis. »

<sup>94</sup> L'article 15, paragraphe 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par la législation de l'État requis. »

<sup>95</sup> L'article 9, paragraphe 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par la législation de l'État requis. »

<sup>96</sup> L'article 11, paragraphe 2, est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition est assujettie aux autres conditions prévues par la législation de l'État requis. »

<sup>97</sup> L'article 16, paragraphe 7, est ainsi libellé : « L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État partie requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extradier et aux motifs pour lesquels l'État partie requis peut refuser l'extradition. »

<sup>98</sup> Art. 13, par. 6 (« L'extradition est, dans tous les cas, subordonnée aux conditions prévues par le droit de l'État partie requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extradier et aux motifs pour lesquels l'État partie requis peut refuser l'extradition ou l'assujettir à certaines conditions »).

<sup>99</sup> Voir, par exemple, l'article 13 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition est aussi régie par les autres conditions définies dans le droit de l'État requis » ; l'article V de la Convention

61. Ce type de dispositions n'a pas suscité de controverse. Par exemple, l'historique des négociations de la Convention des Nations Unies contre la corruption montre que le paragraphe 8 de l'article 44 a été conservé sous la même forme tout au long des négociations et qu'il n'y a pas eu d'objections notables au texte ni de suggestions de modification<sup>100</sup>.

62. Le libellé de la disposition permet aux règles relatives à l'extradition couramment incorporées dans la législation de l'État requis de continuer à fonctionner. Cette législation peut prévoir que l'extradition ne peut avoir lieu que si l'infraction en cause est passible d'une peine minimale donnée, par exemple un an d'emprisonnement<sup>101</sup> ; interdire l'extradition des ressortissants de l'État requis ; interdire l'extradition lorsque la demande est liée à un procès qui a été conduit *in absentia* ; ou exiger qu'une personne extradée ne puisse l'être que pour répondre de l'accusation qui a motivé la demande d'extradition (principe de spécialité)<sup>102</sup>. Quelle que soit la raison, dans le contexte du présent projet d'articles, il convient de garder à l'esprit que l'État requis sur le territoire duquel l'auteur de l'infraction se trouve est tenu de soumettre l'affaire à ses autorités pour l'exercice de l'action pénale conformément au projet d'article 9 s'il n'extrade ou ne remet pas la personne en question. Ainsi, bien que la législation de l'État requis puisse interdire l'extradition vers un État requérant dans certaines circonstances, l'État requis demeure tenu de soumettre l'affaire à ses autorités de poursuite<sup>103</sup>.

63. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>104</sup> et la Convention des Nations Unies contre la corruption contiennent une disposition supplémentaire relative à la législation de l'État requis qui, pour l'essentiel, encourage celui-ci à rationaliser ses procédures d'extradition dans la mesure autorisée par le droit interne. Ainsi, le paragraphe 9 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption est libellé comme suit : « Les États Parties s'efforcent, sous réserve de leur droit interne, d'accélérer les procédures

interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, ainsi libellé dans sa partie pertinente : « L'extradition sera assujettie aux mêmes conditions prévues dans la Constitution et les autres lois de l'État requis » ; et l'article 27, paragraphe 4, de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe (« L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit de la Partie requise ou par les traités d'extradition applicables, y compris les motifs pour lesquels la Partie requise peut refuser l'extradition »).

<sup>100</sup> Voir ONUDC, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 361 à 378.

<sup>101</sup> Voir, par exemple, Bassiouni, *International Extradition...*, p. 511.

<sup>102</sup> Voir, par exemple, la loi du Royaume-Uni sur l'extradition (note 55 *supra*), art. 17.

<sup>103</sup> Voir Saul, « International Convention against the Taking of Hostages », p. 6 [« Le droit interne continue de régir les conditions préalables à l'extradition dans la mesure où elles n'ont pas été modifiées par la Convention. Ainsi, les États qui refusent d'extrader leurs ressortissants peuvent continuer à ne pas le faire ; les États pourraient aussi insister sur l'application de la règle de "spécialité" (celle voulant qu'une personne extradée ne puisse l'être que pour répondre de l'accusation qui a motivé la demande d'extradition). L'État doit alors soumettre l'affaire aux fins de poursuites »].

<sup>104</sup> Art. 16, par. 8 (« Les États Parties s'efforcent, sous réserve de leur droit interne, d'accélérer les procédures d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve y relatives en ce qui concerne les infractions auxquelles s'applique le présent article »).



d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve y relatives en ce qui concerne les infractions auxquelles s'applique le présent article.»

64. Eu égard à ce qui précède, les paragraphes 8 et 9 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption sont un bon point de départ pour la rédaction de paragraphes à insérer dans un projet d'article sur l'extradition (voir *infra* les paragraphes 6 et 7 du projet d'article 11 proposé).

7. CAS OÙ L'INFRACTION EST CONSIDÉRÉE COMME AYANT ÉTÉ COMMISE DANS L'ÉTAT REQUÉRANT

65. Un septième élément concerne les cas où l'infraction n'a pas été commise dans l'État requérant. Certains traités et lois nationales disposent que l'État requis n'est tenu d'accueillir une demande d'extradition que si elle émane de l'État dans lequel l'infraction a eu lieu<sup>105</sup>. Pour contourner cette règle, de nombreux traités comprennent une disposition indiquant que l'infraction visée doit être considérée comme ayant eu lieu non seulement dans l'État où elle a été physiquement commise mais aussi dans tout État tenu d'établir sa compétence aux fins de connaître de l'infraction en vertu du traité, si une telle démarche est nécessaire pour que l'extradition puisse se dérouler. Ainsi, le paragraphe 4 de l'article 8 de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques dispose que, «[e]ntre États parties, ces infractions sont considérées aux fins d'extradition comme ayant été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États tenus d'établir leur compétence en vertu du paragraphe 1 de l'article 3».

66. Il est à noter que la disposition ci-dessus n'a pas été incluse dans le projet d'articles de la Commission du droit international qui a servi de base à la Convention<sup>106</sup>, mais insérée par la Sixième Commission dans le texte final<sup>107</sup>. Des dispositions au libellé pour l'essentiel similaire figurent dans la Convention pour la répression

de la capture illicite d'aéronefs<sup>108</sup>; la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile<sup>109</sup>; la Convention internationale contre la prise d'otages<sup>110</sup>; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>111</sup>; la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé<sup>112</sup>; et la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif<sup>113</sup>. Une formulation récente figure au paragraphe 4 de l'article 11 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme: «Si nécessaire, les infractions prévues à l'article 2 sont réputées, aux fins d'extradition entre États Parties, avoir été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États ayant établi leur compétence conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 7.»

67. Les dispositions de ce type se réfèrent aux États qui ont établi leur compétence sur la base d'un lien touchant au territoire, à la nationalité ou à la compétence personnelle passive (article 7, paragraphes 1 et 2, de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme); elles ne visent pas l'État qui a établi sa compétence sur la base de la présence de l'auteur de l'infraction (article 7, paragraphe 4, de la Convention). La raison en est que l'État requérant n'est jamais l'État où se trouve l'auteur de l'infraction et que, par conséquent, il n'est pas nécessaire pour l'État requis de considérer que l'infraction visée a été commise dans un État qui a établi sa compétence sur la base de la présence de l'auteur de l'infraction.

68. Dans son commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, qui contient une disposition similaire au paragraphe 4 de l'article 10<sup>114</sup>, la Commission a indiqué que «[l]e paragraphe 4 permet à l'État de détention de faire droit à une demande d'extradition présentée par n'importe quel État partie [...] à raison d'un des crimes» visés dans le projet de code, et que «[c]ette approche plus ouverte cadre

<sup>105</sup> *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 34, paragraphe 3 du commentaire de l'article 10 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité («Certains traités et législations nationales n'autorisent l'État de détention à faire droit à une demande d'extradition que si elle émane de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis»).

<sup>106</sup> Voir *Annuaire... 1972*, vol. II, document A/8719/Rev.1, p. 347 et 348, article 7 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection internationale et commentaire y relatif; et A/C.6/SR.1437, par. 27 et 28 (à propos du fait que le paragraphe 4 du projet d'article 7, traitant des cas de conflit entre plusieurs demandes d'extradition, «établissait un système de priorités trop rigide» et a été remplacé par le texte suggéré par le Japon dans le document A/C.6/L.934). Voir aussi A/C.6/SR.1419, par. 15 et 16 (le Japon a fait sa proposition de modification du paragraphe 4 de l'article 7 dans le but «de l'harmoniser avec la disposition correspondante des Conventions de La Haye et de Montréal», car la «délégation avait le sentiment que le texte des Conventions de La Haye et de Montréal pour ce paragraphe précis était essentiel pour permettre à certains États de mettre leur mécanisme d'extradition en mouvement lorsqu'ils recevaient des demandes d'extradition émanant d'États autres que l'État où les infractions avaient été commises»).

<sup>107</sup> Voir Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 8, par. 4.

<sup>108</sup> Art. 8, par. 4 («Entre États contractants, l'infraction est considérée aux fins d'extradition comme ayant été commise tant au lieu de sa perpétration que sur le territoire des États tenus d'établir leur compétence en vertu de l'article 4, paragraphe 1»).

<sup>109</sup> Art. 8, par. 4 (essentiellement le même libellé que dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>110</sup> Art. 10, par. 4 («Entre États parties, les infractions prévues à l'article premier sont considérées aux fins d'extradition comme ayant été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États tenus d'établir leur compétence en vertu du paragraphe 1 de l'article 5»).

<sup>111</sup> Art. 8, par. 4 («Entre États parties lesdites infractions sont considérées aux fins d'extradition comme ayant été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire sous la juridiction des États tenus d'établir leur compétence en vertu du paragraphe 1 de l'article 5»).

<sup>112</sup> Art. 15, par. 4 («Entre États parties, chacune de ces infractions est considérée aux fins d'extradition comme ayant été commise tant au lieu de sa perpétration que sur le territoire des États parties qui ont établi leur compétence conformément au paragraphe 1 ou 2 de l'article 10»).

<sup>113</sup> Art. 9, par. 4 («Les infractions prévues à l'article 2 sont, le cas échéant, considérées aux fins d'extradition entre États parties comme ayant été commises tant au lieu de leur perpétration que sur le territoire des États ayant établi leur compétence conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 6»).

<sup>114</sup> *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 33 («Entre États parties, chacun de ces crimes est considéré aux fins d'extradition comme ayant été commis tant au lieu de sa perpétration que sur le territoire de tout autre État partie»).

avec l'obligation générale de tout État partie d'établir sa compétence à l'égard [de ces] crimes»<sup>115</sup>. Une telle approche «se justifie d'autant plus que le [...] code ne désigne pas d'États particuliers comme compétents au premier chef et n'établit pas d'ordre de priorité entre les demandes d'extradition»<sup>116</sup>.

69. Ce type de disposition ne figure toutefois pas dans certaines conventions récentes, en particulier la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, la Convention des Nations Unies contre la corruption et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Cela étant, il semble qu'une telle disposition puisse être utile dans les situations où l'extradition pose problème pour un État requis parce que le crime contre l'humanité n'a pas eu lieu physiquement dans l'État requérant, mais que l'État requérant a établi sa compétence conformément au paragraphe 1 ou 2 du projet d'article 6<sup>117</sup>. L'insertion d'une telle disposition dans le projet d'article sur l'extradition, sur la base de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et avec un renvoi à l'article 6 du présent projet d'articles, semble donc justifiée (voir *infra* le paragraphe 8 du projet d'article 11 proposé).

#### 8. EXTRADITION PAR UN ÉTAT REQUIS DE SES PROPRES RESSORTISSANTS

70. Un huitième élément, qui figure aux paragraphes 10 à 12 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et aux paragraphes 11 à 13 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, concerne les situations où un État requis est limité dans sa capacité à extraditer ses propres ressortissants.

71. Ces paragraphes traitent de trois questions. Premièrement, si un État ne peut extraditer l'un de ses ressortissants parce que la législation nationale le lui interdit, il est tenu de soumettre l'affaire sans retard excessif à ses autorités aux fins de poursuites. Une telle disposition apparaît au paragraphe 11 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Compte tenu de l'article 9 du présent projet d'articles, il ne semble pas nécessaire de prévoir un paragraphe de ce type dans un projet d'article sur l'extradition.

72. Deuxièmement, ces paragraphes traitent de la situation où l'État requis peut extraditer l'un de ses ressortissants, mais uniquement si l'auteur présumé de l'infraction est ensuite renvoyé dans l'État requis pour purger la peine prononcée par l'État requérant. Dans une telle situation, la disposition indique clairement que cette extradition conditionnelle est pour l'État requis une manière acceptable d'exécuter l'obligation *aut dedere aut judicare*. Une disposition de ce type figure au paragraphe 12 de l'article 44 de la Convention des

Nations Unies contre la corruption, et serait appropriée dans un projet d'article sur l'extradition (voir *infra* le paragraphe 9 du projet d'article 11 proposé).

73. Troisièmement, ces paragraphes traitent de la situation où le ressortissant de l'État requis est réclamé aux fins de l'exécution d'une peine, par exemple lorsque l'auteur de l'infraction a été jugé mais n'a pas encore exécuté ou entièrement purgé sa peine, et se trouve dans l'État dont il a la nationalité. Les deux conventions susmentionnées disposent que, si son droit interne le lui permet, l'État requis envisage de faire exécuter lui-même la peine prononcée ou le reliquat de cette peine. Une telle disposition apparaît au paragraphe 13 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, et serait appropriée dans un projet d'article sur l'extradition (voir *infra* le paragraphe 10 du projet d'article 11 proposé).

#### 9. REFUS D'EXTRADER MOTIVÉ PAR UN RISQUE DE PERSÉCUTION

74. Un neuvième élément, présent dans de nombreuses conventions, repose sur le principe voulant «qu'un individu ne devrait pas être extradé vers un État où il risque de subir une persécution ou un préjudice pour des motifs étrangers à sa culpabilité en tant qu'auteur de l'infraction visée»<sup>118</sup>. Une disposition de ce type figure au paragraphe 14 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>119</sup> et au paragraphe 15 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, ainsi libellé :

Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État Partie requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons<sup>120</sup>.

75. À strictement parler, cette disposition ne semble pas nécessaire dans un instrument qui contient des dispositions obligeant un État à établir sa compétence lorsque l'auteur présumé de l'infraction est présent et à soumettre l'affaire aux fins de poursuites, sauf si l'individu est extradé. Un tel instrument ne crée pas d'obligation d'extrader, et encore moins d'obligation qui pourrait exposer l'intéressé à un risque de préjudice. Au contraire, l'État peut refuser d'extrader pour quelque raison que ce soit, pour autant qu'il soumette l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

76. Néanmoins, plusieurs instruments multilatéraux de nature semblable au présent projet d'articles contiennent une disposition de ce type, notamment : la Convention

<sup>118</sup> Lambert, *Terrorism and Hostages in International Law...*, p. 211.

<sup>119</sup> L'article 16, paragraphe 14, est ainsi libellé : «Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État Partie requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.»

<sup>120</sup> Pour un examen de ce que l'on entend par «sérieuses raisons» dans les dispositions relatives au non-refoulement, qui couvrent un champ plus vaste que la seule extradition, voir *infra* le chapitre II.

<sup>115</sup> Ibid., p. 34, paragraphe 3 du commentaire de l'article 10.

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Ainsi, cette disposition s'appliquerait aux cas où l'État requérant a établi sa compétence nationale conformément au projet d'article 6 en s'appuyant sur un élément autre que le fait que le crime contre l'humanité a été commis sur son territoire.

internationale contre la prise d'otages<sup>121</sup>; la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes<sup>122</sup>; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif<sup>123</sup>; la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme<sup>124</sup>; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées<sup>125</sup>. Cette disposition se trouve aussi couramment dans les accords bilatéraux d'extradition<sup>126</sup>

<sup>121</sup> L'article 9 est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « Il ne sera pas fait droit à une demande d'extradition soumise en vertu de la présente Convention au sujet d'un auteur présumé de l'infraction si l'État partie requis a des raisons substantielles de croire : a) Que la demande d'extradition relative à une infraction prévue à l'article premier a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en considération de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques ».

<sup>122</sup> Art. 6, par. 6 (« Lorsqu'elle examine les demandes reçues en application du présent article, la Partie requise peut refuser d'y faire droit si ses autorités judiciaires ou autres autorités compétentes ont de sérieuses raisons de penser que l'extradition faciliterait l'exercice de poursuites ou l'imposition d'une sanction pénale à l'encontre d'une personne en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques, ou causerait un préjudice pour l'une quelconque de ces raisons à une personne mise en cause par la demande »).

<sup>123</sup> Art. 12 (« [a]ucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme impliquant une obligation d'extradition [...] si l'État Partie requis a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition pour les infractions visées à l'article 2 [...] a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité, d'origine ethnique ou d'opinions politiques »).

<sup>124</sup> Art. 15 (« Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme énonçant une obligation d'extradition [...] si l'État Partie requis a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition pour les infractions visées à l'article 2 [...] a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des raisons tenant à sa race, sa religion, sa nationalité, son origine ethnique ou ses opinions politiques, ou que faire droit à la demande porterait préjudice à la situation de cette personne pour l'une quelconque de ces raisons »).

<sup>125</sup> Art. 13, par. 7 (« Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État partie requis d'extrader s'il y a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons »).

<sup>126</sup> Voir, par exemple, Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de l'Inde en matière d'extradition (Paris, 24 janvier 2003), *Journal officiel de la République française*, n° 257, 4 novembre 2005, art. 3, par. 3 (« L'extradition n'est pas non plus accordée lorsque l'État requis a des raisons sérieuses de croire que la demande a été présentée en vue de poursuivre ou de condamner la personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques, ou que la situation de cette personne risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons »); Traité d'extradition entre les États-Unis et l'Afrique du Sud (note 65 *supra*), art. 4, par. 3 (« l'extradition n'est pas accordée lorsque les autorités exécutives de l'État requis considèrent qu'il existe des raisons sérieuses de croire que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en considération de son genre, de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques »); Traité d'extradition entre la République de Corée et l'Australie (note 65 *supra*), art. 4, par. 1 b (« L'extradition n'est pas accordée en vertu du présent traité [...] lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour toute raison qui constituerait un motif de refus de l'extradition au regard du droit de l'État requis [ou] que la situation de cette personne se détériorerait pour l'une quelconque de ces raisons »); et Traité d'extradition entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis mexicains (note 65 *supra*), art. IV b (« L'extradition n'est pas accordée [...] s'il existe des motifs sérieux de croire que la demande d'extradition a été formée afin de poursuivre ou de punir la personne réclamée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité

et les lois nationales<sup>127</sup> et elle figure dans le Traité type d'extradition<sup>128</sup>.

77. La présence d'une telle disposition souligne, en particulier, la capacité qu'ont les États de refuser l'extradition lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire que la personne réclamée est ou va être persécutée pour les raisons exposées. Ce faisant, la disposition semble servir trois objectifs. En tout premier lieu, elle contribue à garantir que les personnes ne seront pas extradées en cas de risque de violation de leurs droits. En deuxième lieu, les États qui comptent déjà une disposition de ce type dans leurs traités d'extradition ou leurs lois nationales sur l'extradition sont assurés que l'existence de motifs sérieux de croire que la personne sera exposée à la persécution restera une raison de refuser l'extradition. En troisième lieu, les États qui n'ont pas expressément prévu une disposition de ce type dans leurs accords bilatéraux auront un texte sur lequel s'appuyer pour refuser l'extradition si pareil cas se présente.

78. De ce point de vue, la présence d'une telle disposition dans un projet d'article sur l'extradition semble justifiée (voir *infra* le paragraphe 11 du projet d'article 11 proposé). Il pourrait être envisagé d'ajouter les mots « ou de son appartenance à un certain groupe social », après la liste de motifs, comme dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (art. 13, par. 7). En tout état de cause, il est souligné que, dans le contexte du présent projet d'articles, le projet d'article 9 exige toutefois que l'État requis, s'il n'extrade pas, soumette l'affaire à ses propres autorités de poursuite.

ou de ses opinions politiques ou que, dans les circonstances de l'espèce, accorder l'extradition serait aller à l'encontre des principes de justice fondamentale »).

<sup>127</sup> Voir, par exemple, Chine, loi sur l'extradition : décret n° 42 du Président de la République populaire de Chine adopté à la dix-neuvième session du Comité permanent de la neuvième Assemblée populaire nationale le 28 décembre 2000, disponible à l'adresse suivante : [www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/92661/108054/F-1983230303/CHN92661%20Eng.pdf](http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/92661/108054/F-1983230303/CHN92661%20Eng.pdf), art. 8, par. 4 (« La demande d'extradition adressée par un État étranger à la République populaire de Chine est rejetée lorsque [...] la personne réclamée fait l'objet de poursuites pénales ou risque d'être punie pour des raisons tenant à sa race, sa religion, sa nationalité, son sexe, ses opinions politiques ou sa situation personnelle, ou que cette personne risque, pour l'une quelconque de ces raisons, de subir un traitement inéquitable lors de la procédure judiciaire »); et Royaume-Uni, loi sur l'extradition (note 55 *supra*), art. 13 (« L'extradition d'une personne [...] est refusée au motif que la demande est fondée sur des considérations non pertinentes si (et seulement si) il apparaît que a) la demande présentée au titre de la Partie 1 (bien que censée être motivée par l'infraction nécessitant l'extradition) vise en fait à poursuivre ou à punir l'intéressé en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son genre, de son orientation sexuelle ou de ses opinions politiques, ou b) une fois extradé, l'intéressé pourrait subir un traitement inéquitable lors de la procédure judiciaire ou être puni, mis en détention ou subir une restriction de sa liberté en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son genre, de son orientation sexuelle ou de ses opinions politiques »).

<sup>128</sup> Traité type d'extradition (voir *supra* la note 34), art. 3, al. b (« si l'État requis a de sérieux motifs de croire que la demande d'extradition a été présentée en vue de poursuivre ou de punir une personne en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de ses opinions politiques, de son sexe ou de son statut, ou qu'il pourrait être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons »). Voir aussi ONUDC, *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 1<sup>re</sup> partie, « Revised Manual on the Model Treaty on Extradition », p. 17, par. 47 (« L'alinéa b [...] ne suscite guère de controverse, il est utilisé (parfois sous une forme différente) dans des traités d'extradition partout dans le monde »).

## 10. CONSULTATION ET COOPÉRATION

79. Un dixième élément vise à promouvoir la consultation entre États lorsqu'une demande d'extradition est présentée et à encourager la coopération générale entre États pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité.

80. En ce qui concerne la consultation, l'article 44, paragraphe 17, de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose que, «[a]vant de refuser l'extradition, l'État Partie requis consulte, s'il y a lieu, l'État Partie requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations». Une disposition identique figure dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>129</sup>.

81. En ce qui concerne la coopération, l'article 44, paragraphe 18, de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose que «[l]es États Parties s'efforcent de conclure des accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité». Des dispositions similaires figurent dans la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes<sup>130</sup> et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>131</sup>.

82. La présence de dispositions s'inspirant des paragraphes 17 et 18 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption dans un projet d'article sur l'extradition semble justifiée (voir *infra* les paragraphes 12 et 13 du projet d'article 11 proposé).

### C. Projet d'article 11. Extradition

83. À la lumière des sources indiquées ci-dessus, le Rapporteur spécial est d'avis qu'il faudrait s'inspirer largement, pour la rédaction d'un projet d'article sur l'extradition pour crimes contre l'humanité, du libellé de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. À ce jour, 181 États ont adhéré au texte de cet instrument. Les dispositions de la Convention donneraient des orientations utiles au sujet de tous les droits, obligations et procédures pertinents pour l'extradition dans le contexte des crimes contre l'humanité, et elles sont bien comprises par les États, notamment grâce aux guides législatifs et autres ressources mises au point par l'ONUDC<sup>132</sup>. De plus, bien que par sa nature, un crime contre l'humanité soit très différent d'un crime de corruption, les questions qui se posent dans le contexte de l'extradition sont pour l'essentiel les mêmes, indépendamment de la nature du crime visé. Enfin, la disposition

<sup>129</sup> Art. 16, par. 16 («Avant de refuser l'extradition, l'État Partie requis consulte, le cas échéant, l'État Partie requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de donner des informations à l'appui de ses allégations»).

<sup>130</sup> Art. 6, par. 11 («Les Parties s'efforcent de conclure des accords bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité»).

<sup>131</sup> Art. 16, par. 17 («Les États Parties s'efforcent de conclure des accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité»).

<sup>132</sup> Voir ONUDC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*.

proposée dans le présent rapport sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le chapitre III) s'inspire de la Convention des Nations Unies contre la corruption, et certaines structures institutionnelles préconisées dans ce domaine – telles que les points de contact nationaux – pourraient être utilisées pour mettre en œuvre l'extradition dans le contexte des crimes contre l'humanité.

84. Cela étant, certaines modifications du texte de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption se justifient dans le contexte des crimes contre l'humanité. Des changements d'ordre rédactionnel sont nécessaires pour assurer une certaine cohérence avec les projets d'article déjà adoptés à titre provisoire, comme le remplacement du mot «article» par «projet d'article» et des mots «la présente Convention» par «le présent projet d'articles» et «État partie» par «État». De la même manière, il est souhaitable d'apporter à divers endroits des modifications supplémentaires pour préciser que les infractions dont il est question sont celles qui sont visées au projet d'article 5.

85. Quelques modifications ayant trait au fond sont également nécessaires. Premièrement, comme il a été expliqué plus haut, les trois premiers paragraphes de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, relatifs à la double incrimination, sont inutiles et ne doivent donc pas figurer dans le projet d'article 11 proposé.

86. Deuxièmement, l'exception relative aux infractions politiques prévue au paragraphe 4 de l'article 44 de la Convention devrait être élargie grâce à un libellé s'inspirant du paragraphe 1 de l'article 13 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées et faire l'objet d'un paragraphe distinct dans le projet d'article 11 (voir *infra* le paragraphe 2 du projet d'article 11 proposé).

87. Troisièmement, le paragraphe 6 *a* de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption devrait être remanié de sorte que la règle par défaut, lorsqu'un État s'abstient, soit que l'État considère le présent projet d'articles comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États. L'État peut éviter une telle issue en informant du contraire le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation du présent projet d'articles ou d'adhésion à celui-ci (voir *infra* le paragraphe 4 *a* du projet d'article 11 proposé).

88. Quatrièmement, l'article 44 de la Convention ne contient pas de paragraphe indiquant que, si nécessaire, les infractions sont considérées, aux fins de l'extradition, comme ayant eu lieu non seulement à l'endroit où elles ont été commises mais aussi sur le territoire des États qui ont établi leur compétence conformément au projet d'article 6 proposé. Pour les raisons expliquées précédemment, il conviendrait d'ajouter un tel paragraphe au projet d'article 11 (voir *infra* le paragraphe 8 du projet d'article 11 proposé).

89. Cinquièmement, le paragraphe 10 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption se recoupe avec l'actuel paragraphe 1 du projet d'article 8 et ne devrait donc pas figurer dans le projet d'article 11.

90. Sixièmement, le paragraphe 11 de l'article 44 de la Convention est repris dans l'actuel projet d'article 9, et ne devrait donc pas figurer dans le projet d'article 11.

91. Septièmement, le paragraphe 14 de l'article 44 de la Convention se recoupe avec l'actuel projet d'article 10, et ne devrait donc pas figurer dans le projet d'article 11.

92. Enfin, le paragraphe 16 de l'article 44 de la Convention des Nations Unies contre la corruption contient une disposition empêchant un État partie de refuser une demande d'extradition au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales, ce qui est approprié dans le contexte de la corruption (et dans celui de la criminalité transnationale organisée), où l'infraction peut toucher à des questions telles que la fraude fiscale et la fraude aux droits et aux taxes. De tels éléments ne font pas partie de l'infraction de crimes contre l'humanité et, en conséquence, une telle disposition ne semble pas justifiée dans un projet d'article sur l'extradition.

93. Ayant ces considérations à l'esprit, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

*«Projet d'article 11. Extradition*

«1. Chacune des infractions visées au projet d'article 5 est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États en tant qu'infraction dont l'auteur peut être extradé. Les États s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux.

«2. Aux fins de l'extradition entre États, les infractions visées au projet d'article 5 ne sont pas considérées comme des infractions politiques, des infractions connexes à des infractions politiques ou des infractions inspirées par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour ce seul motif.

«3. Si un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition émanant d'un État avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer le présent projet d'articles comme la base légale de l'extradition pour les infractions visées au projet d'article 5.

«4. Un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité :

«a) utilise le présent projet d'articles comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États, à moins qu'il n'informe du contraire le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation du présent projet d'articles ou d'adhésion à celui-ci ; et

«b) s'il n'utilise pas le présent projet d'articles comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition, s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États afin d'appliquer le présent projet d'article.

«5. Les États qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux aux infractions auxquelles le présent projet d'article s'applique le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé.

«6. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extraditer et aux motifs pour lesquels l'État requis peut refuser l'extradition.

«7. Les États s'efforcent, sous réserve de leur droit interne, d'accélérer les procédures d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve y relatives en ce qui concerne les infractions visées au projet d'article 5.

«8. Si nécessaire, les infractions visées au projet d'article 5 sont considérées, aux fins de l'extradition entre États, comme ayant eu lieu non seulement à l'endroit où elles ont été commises mais aussi sur le territoire des États qui ont établi leur compétence conformément au projet d'article 6, paragraphe 1.

«9. Lorsqu'un État, en vertu de son droit interne, n'est autorisé à extraditer ou à remettre de toute autre manière l'un de ses ressortissants que si cette personne est ensuite renvoyée sur son territoire pour purger la peine prononcée à l'issue du procès ou de la procédure à l'origine de la demande d'extradition ou de remise, et lorsque cet État et l'État requérant s'accordent sur cette option et d'autres conditions qu'ils peuvent juger appropriées, cette extradition ou remise conditionnelle est suffisante aux fins de l'exécution de l'obligation énoncée au projet d'article 9.

«10. Si l'extradition, demandée aux fins d'exécution d'une peine, est refusée parce que la personne faisant l'objet de cette demande est un ressortissant de l'État requis, celui-ci, si son droit interne le lui permet, en conformité avec les prescriptions de ce droit et à la demande de l'État requérant, envisage de faire exécuter lui-même la peine prononcée, ou le reliquat de cette peine, conformément au droit interne de l'État requérant.

«11. Aucune disposition du présent projet d'articles ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État requis d'extraditer s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.

«12. Avant de refuser l'extradition, l'État requis consulte, s'il y a lieu, l'État requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses alléguations.

«13. Les États s'efforcent de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité.»

## CHAPITRE II

## Non-refoulement

## A. Principe de non-refoulement

94. Le principe de non-refoulement fait obligation aux États de s'abstenir de refouler une personne vers un autre État lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risquera d'y être persécutée ou exposée à une autre atteinte codifiée, telle que la torture ou d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>133</sup>. Au XX<sup>e</sup> siècle, ce principe a été incorporé dans des traités, notamment dans la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)<sup>134</sup>, mais il est le plus souvent associé au droit international des réfugiés et, en particulier, à l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés, qui se lit comme suit :

*Article 33. Défense d'expulsion et de refoulement*

1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays<sup>135</sup>.

95. Ce principe a été incorporé dans d'autres conventions traitant des réfugiés, notamment dans la Convention de l'OUA [Organisation de l'Unité africaine] régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique<sup>136</sup>,

<sup>133</sup> Voir, de manière générale, De Weck, *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*.

<sup>134</sup> L'article 45 de cet instrument dispose notamment ce qui suit : « Une personne protégée ne pourra, en aucun cas, être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses. » Il est dit dans le récent commentaire du Comité international de la Croix-Rouge sur l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre que « [l']article 3 commun ne contient pas d'interdiction expresse du refoulement. Toutefois, de l'avis du [Comité], les interdictions visant certaines catégories d'actes énoncées dans l'article 3 commun s'appliqueraient aussi au transfert de personnes vers des lieux ou à des autorités, lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'elles risqueraient de subir des atteintes à leur vie ou à leur intégrité, telles que le meurtre, la torture ou d'autres formes de mauvais traitements » (Comité international de la Croix-Rouge, commentaire de 2016 sur l'article 3, par. 710, disponible à l'adresse suivante : <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC>).

<sup>135</sup> La même obligation découle du Protocole relatif au statut des réfugiés, en vertu du paragraphe 1 de son article premier. À la différence d'autres dispositions de la Convention relative au statut des réfugiés, l'application de l'article 33 n'est pas subordonnée au fait qu'un réfugié réside régulièrement sur le territoire d'un État contractant. Sur le point de savoir si l'article 33 régit le comportement des États parties même hors de leur territoire, voir Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967, 26 janvier 2007, disponible à l'adresse suivante : [www.refworld.org/pdfid/470ccbb42.pdf](http://www.refworld.org/pdfid/470ccbb42.pdf).

<sup>136</sup> Art. 2, par. 3 (« Nul ne peut être soumis par un État membre à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou

ainsi que dans certains instruments non contraignants<sup>137</sup>, en des termes similaires à ceux de la Convention relative au statut des réfugiés. Tel qu'il est décrit dans la Convention relative au statut des réfugiés, ce principe a aussi été appliqué aux étrangers de façon plus large (qu'ils soient ou non réfugiés)<sup>138</sup>, par exemple dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica »<sup>139</sup>, ainsi que dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>140</sup>, et il a fait l'objet d'une disposition du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers que la Commission a adopté en 2014<sup>141</sup>.

96. Le principe de non-refoulement se traduit souvent dans les conventions générales sur l'extradition par une disposition précisant qu'aucune disposition de ladite convention ne doit être interprétée comme impliquant une obligation d'extrader l'auteur présumé d'une infraction si l'État partie requis a des motifs sérieux de croire que la demande a été présentée aux fins de persécuter la personne concernée pour une raison quelconque. Le paragraphe 11 du projet d'article 11 qui est proposé et dont traite le chapitre précédent est une disposition de ce type.

l'expulsion qui l'obligeraient à retourner ou à demeurer dans un territoire où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté seraient menacées pour les raisons énumérées à l'article 1, paragraphes 1 et 2 »).

<sup>137</sup> Voir, par exemple, la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, adoptée lors du Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama : problèmes juridiques et humanitaires, tenu à Carthagène (Colombie) du 19 au 22 novembre 1984, conclusion 5 [« Réaffirmer l'importance et la signification du principe du non-refoulement (y compris l'interdiction du refoulement à la frontière) comme pierre angulaire de la protection internationale des réfugiés [...] »].

<sup>138</sup> Voir, par exemple, résolution 2312 (XXII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1967 ; article III, paragraphe 1, du texte final des Principes de Bangkok de 1966 sur le statut et le traitement des réfugiés, adopté par l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique à sa quarantième session tenue à New Delhi le 24 juin 2001, disponible à l'adresse suivante : [www.aalco.int/Final%20text%20of%20Bangkok%20Principles.pdf](http://www.aalco.int/Final%20text%20of%20Bangkok%20Principles.pdf) (« Aucune personne cherchant asile conformément à ces principes ne peut être soumise à des mesures telles que le refoulement à la frontière, le renvoi ou l'expulsion dont il résulterait une menace pour sa vie ou sa liberté en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ») ; et Conseil de l'Europe, Recommandation n° R(84)1 du Comité des ministres aux États membres relative à la protection des personnes remplissant les conditions de la Convention de Genève qui ne sont pas formellement reconnues comme réfugiés, adoptée le 25 janvier 1984 (« le principe de non-refoulement est reconnu comme un principe général applicable à toute personne »).

<sup>139</sup> Art. 22, par. 8 (« En aucun cas l'étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risque de faire l'objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques »).

<sup>140</sup> Art. 12, par. 3 (« Toute personne a le droit, en cas de persécution, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger, conformément à la loi de chaque pays et aux conventions internationales »).

<sup>141</sup> *Annuaire... 2014*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 48, art. 23, par. 1 (« Un étranger ne peut être expulsé vers un État où sa vie serait menacée en raison notamment de sa race, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de ses opinions politiques ou de toute autre opinion, de son origine nationale, ethnique ou sociale, de sa fortune, de sa naissance ou de toute autre situation, ou de tout autre motif non admis en droit international »).

97. Le principe de non-refoulement est également incorporé dans des traités portant sur des infractions particulières, comme la torture ou les disparitions forcées, et on peut y voir un aspect de la prévention de ces infractions. De tels traités interdisent le refoulement de toute personne – qu'elle soit, ou non, auteur présumé d'une infraction et que le renvoi ait lieu, ou non, dans le contexte d'une extradition – vers un autre État où il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risquera d'y être victime de l'infraction visée par le traité. L'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose ainsi ce qui suit :

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

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives.

98. Le paragraphe 1 inscrit le principe de non-refoulement dans le contexte de l'objet de la Convention (la torture). Les termes de cet instrument sont calqués sur ceux de la Convention relative au statut des réfugiés, auxquels a été ajouté l'élément supplémentaire de l'extradition, afin d'« englober toutes les mesures possibles pour le transfert physique d'une personne vers un autre État<sup>142</sup> ». Un article similaire figure dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>143</sup>.

99. Le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme ont interprété l'interdiction de la torture ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants figurant dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>144</sup> et dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

(Convention européenne des droits de l'homme)<sup>145</sup> comme imposant implicitement une obligation de non-refoulement même si ces instruments ne l'énoncent pas expressément.

100. La question du critère à appliquer pour donner effet à cette obligation a été traitée par les comités et tribunaux compétents. Le Comité contre la torture a indiqué, à l'occasion de l'examen de communications faisant grief à un État d'avoir violé l'article 3, que, pour établir s'il existait des « motifs sérieux » donnant à croire qu'un individu risquait d'être soumis à la torture, il devait déterminer si le refoulement « aurait comme conséquence prévisible de l'exposer à un risque réel et personnel d'être arrêté et torturé<sup>146</sup> ». De même, le Comité des droits de l'homme a estimé que les États devaient s'abstenir d'exposer des personnes à un « risque réel » de violations des droits que leur reconnaît le Pacte<sup>147</sup>. Plus récemment, le Comité des droits de l'homme a déclaré que les États parties avaient l'obligation de « ne pas extraditer, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable [...], tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte<sup>148</sup> ». La Cour européenne des droits de l'homme a également estimé que la responsabilité de l'État était engagée lorsqu'il y avait des motifs sérieux de penser qu'une personne serait exposée à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3<sup>149</sup>.

101. Il n'y a pas de définition précise de ce qui constitue un « risque réel ». Le Comité contre la torture a indiqué que si l'existence d'un tel risque doit être appréciée selon des éléments « qui ne se limitent pas à de simples supputations ou soupçons », il n'est toutefois « pas nécessaire de montrer que le risque couru est hautement probable »<sup>150</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé également qu'un risque réel est un risque dont

<sup>142</sup> Weissbrodt et Hörtreiter, «The principle of non-refoulement: article 3 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in comparison with the non-refoulement provisions of other international human rights treaties», p. 7 et 8.

<sup>143</sup> Art. 19, par. 2 («Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants»). Voir aussi la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 337, 20 décembre 2011, p. 9, art. 2, al. f, et art. 15 (dans lesquels il est dit qu'une personne a le droit de bénéficier d'une protection contre le renvoi lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée [...] courrait un risque réel de subir les atteintes graves) que « sont : a) la peine de mort ou l'exécution ; ou b) la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine ; ou c) des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international »).

<sup>144</sup> Voir Comité des droits de l'homme, observation générale n° 20 (1992) sur l'interdiction de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 40 (A/47/40)*, annexe VI, par. 9 (« les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement »).

<sup>145</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, par. 80, *Recueil des arrêts et décisions 1996-V* (« chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 [interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants] si elle est expulsée vers un autre État, la responsabilité de l'État contractant – la protéger de tels traitements – est engagée en cas d'expulsion »).

<sup>146</sup> *Amei c. Suisse*, communication n° 34/1995, constatations adoptées le 9 mai 1997, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 44 (A/52/44)*, annexe V, sect. B.2, par. 9.5. Voir aussi *A. R. J. c. Australie*, communication n° 692/1996, constatations adoptées le 28 juillet 1997, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 40 (A/52/40 [Vol. II])*, annexe VI, sect. T, par. 6.14 (dans laquelle le Comité estime que le risque de torture doit être « la conséquence nécessaire et prévisible de [l']expulsion »).

<sup>147</sup> *Chitang Ng c. Canada*, communication n° 469/1991, constatations adoptées le 5 novembre 1993, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 40 [A/49/40 (Vol. II)]*, annexe IX, sect. CC, par. 14.1.

<sup>148</sup> Voir Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 40 [A/59/40 (Vol. I)]*, annexe III, par. 12.

<sup>149</sup> Voir Cour européenne des droits de l'homme, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, par. 88, série A n° 161 ; et *Chahal c. Royaume-Uni* (note 145 *supra*), par. 74.

<sup>150</sup> Comité contre la torture, observation générale n° 1 (1997) sur l'application de l'article 3, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 44 (A/53/44 et Corr.1 et 2)*, annexe IX, par. 6.

la réalisation est plus qu'une simple possibilité sans être plus probable qu'improbable<sup>151</sup>.

102. La Cour européenne des droits de l'homme a souligné que l'examen des preuves de l'existence d'un risque réel doit être « rigoureux »<sup>152</sup>. Pour déterminer s'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'il existe un risque réel de traitement contraire à l'article 3, dans l'évaluation des éléments de preuve du risque, « il faut se référer en priorité aux circonstances dont l'État en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion<sup>153</sup> », mais cela n'empêche pas la Cour de tenir compte de renseignements ultérieurs<sup>154</sup>. Adoptant la même approche, le Comité des droits de l'homme a en outre indiqué que l'on n'exigeait pas « qu'il soit prouvé que des actes de torture ont été commis par la suite, même si les informations ayant trait à des événements ultérieurs sont pertinentes pour évaluer le risque initial<sup>155</sup> ». Pour établir ce risque, le Comité doit examiner tous les éléments pertinents et « [l]'existence d'assurances, leur teneur et l'existence et la mise en œuvre de mécanismes d'exécution sont autant d'éléments utiles pour déterminer si, dans la pratique, il existait un risque réel de mauvais traitements interdits<sup>156</sup> ». Le Comité contre la torture a établi une liste non exhaustive de sept éléments que les États doivent prendre en considération lorsqu'ils déterminent si le renvoi est possible<sup>157</sup>.

103. L'article 16 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées est rédigé dans les mêmes termes que ceux de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, à ceci près que l'expression « soumise à la torture » y est remplacée par « victime d'une disparition forcée » et le verbe « remet » a été ajouté, ainsi que, *in fine*, le membre de phrase « ou de violations graves du droit international humanitaire ». Il se lit donc comme suit :

1. Aucun État partie n'expulse, ne refoule, ne remet ni n'extrade une personne vers un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'une disparition forcée.

<sup>151</sup> *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, par. 131 et 140, CEDH 2008.

<sup>152</sup> *Ibid.*, par. 128.

<sup>153</sup> *Ibid.*, par. 133.

<sup>154</sup> *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, par. 214, CEDH 2012.

<sup>155</sup> *Maksudov et consorts c. Kirghizistan*, communications n°s 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 et 1477/2006, constatations adoptées le 16 juillet 2008, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 40* [A/63/40 (Vol. II)], annexe V, sect. W, par. 12.4.

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> Observation générale n° 1 (voir *supra* la note 150), par. 8. Cette liste vise les éléments suivants : a) s'il y a dans l'État intéressé des preuves de l'existence d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives ; b) si la personne concernée a été torturée ou maltraitée dans le passé 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 ; c) s'il existe des éléments de preuve de nature médicale ou d'autres éléments de preuve de source indépendante à l'appui des allégations de la personne concernée qui affirme avoir été torturée ou maltraitée dans le passé ; d) si la situation interne en ce qui concerne les droits de l'homme dans l'État concerné a changé ; e) si la personne concernée s'est livrée, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État intéressé, à des activités politiques qui font qu'elle court un risque particulier d'être soumise à la torture ; f) s'il existe des preuves de la crédibilité de la personne concernée ; et g) s'il existe des incohérences factuelles dans ce que la personne concernée affirme.

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État concerné, d'un ensemble de violations systématiques graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire<sup>158</sup>.

104. Lors de l'élaboration de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, certaines délégations ont estimé que le paragraphe 1 pourrait être formulé en termes plus larges pour qu'il couvre la question du refoulement en cas de risque de violation grave des droits de l'homme. Cependant, la plupart des délégations « ont considéré que l'obligation de non-refoulement [...] devait uniquement s'appliquer en cas de risque de disparition forcée, et non de risque de violation grave des droits de l'homme, qui est une formule trop large<sup>159</sup> ». En conséquence, la Convention vise uniquement le non-refoulement des personnes courant un risque de disparition forcée, celui d'être exposé à d'autres violations des droits de l'homme étant laissé aux régimes établis par d'autres traités et par le droit international coutumier.

105. La Convention relative au statut des réfugiés prévoit des exceptions à l'obligation de non-refoulement en vue de permettre le refoulement de personnes ayant commis une infraction ou posant un risque grave de sécurité. Toutefois, depuis lors, ces exceptions n'ont pas été incluses dans les autres traités, qui considèrent dès lors que l'obligation de non-refoulement a un caractère absolu<sup>160</sup>. De fait, l'obligation de non-refoulement est considérée comme non susceptible de dérogation<sup>161</sup>.

## B. Projet d'article 12. Non-refoulement

106. À la lumière des considérations qui précèdent, il semble justifié de faire figurer dans le présent projet d'articles un projet d'article sur le non-refoulement, qui pourrait être fondé sur le texte de la disposition de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées citée au paragraphe 103 *supra*. Le paragraphe 1 de ce projet d'article

<sup>158</sup> Pour une analyse de cette question, voir McCrory, « The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance », p. 554 et 555.

<sup>159</sup> Commission des droits de l'homme, rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2003/71), par. 49.

<sup>160</sup> Voir, par exemple, *Maksudov et consorts c. Kirghizistan* (note 155 *supra*), par. 12.4 (indiquant que le principe de l'interdiction du refoulement figurant dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques « ne saurait être mis en balance avec des considérations relatives à la sécurité nationale ou à la nature du comportement criminel dont une personne est accusée ou soupçonnée »). Voir aussi *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, par. 185, CEDH 2012 (extraits) ; et Comité contre la torture, *Gorki Ernesto Tapia Paez c. Suède*, communication n° 39/1996, constatations adoptées le 28 avril 1997, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 44* (A/52/44), annexe V, sect. B.4, par. 14.5.

<sup>161</sup> Rapport du Comité exécutif du programme du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés sur les travaux de sa quarante-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 12 A* (A/51/12/Add.1 et Corr.1), par. 21 i (« rappelle qu'il ne peut être dérogé au principe du non-refoulement ») ; et résolution 51/75 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1996, par. 3 (« demande à tous les États [...] de respecter scrupuleusement le principe fondamental et intangible du non-refoulement »).



serait spécifiquement consacré à l'énonciation du principe de non-refoulement dans le contexte du risque d'être victime d'un crime contre l'humanité. L'emploi de l'expression « vers le territoire relevant de la juridiction d'un autre État » permettrait en particulier de ne pas limiter la portée de la disposition aux situations dans lesquelles l'auteur du crime contre l'humanité est un agent d'un gouvernement étranger, mais de prendre en considération le fait que le risque visé peut aussi venir d'acteurs non étatiques présents sur le territoire de l'autre État. Le paragraphe 2 inviterait les États parties à tenir compte de toutes les considérations pertinentes, tout en signalant, à titre non exclusif, celles qui méritent une attention particulière.

107. Le projet d'article ci-après est proposé :

« *Projet d'article 12. Non-refoulement*

« 1. Aucun État n'expulse, ne refoule, ne remet ni n'extrade une personne vers un territoire relevant de la juridiction d'un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'un crime contre l'humanité.

« 2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, sur le territoire relevant de la juridiction de l'État concerné, d'un ensemble de violations systématiques graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire. »

### CHAPITRE III

#### Entraide judiciaire

108. Après la commission d'un crime contre l'humanité, l'État qui enquête sur les infractions visées au projet d'article 5 ou en poursuit les auteurs pourra juger utile de solliciter l'aide d'un autre État en vue de rassembler des informations et des preuves, notamment sous forme de documents, de déclarations sous serment et de dépositions orales de victimes ou de témoins. La coopération dans ces domaines, généralement apportée sous réserve de réciprocité, est appelée « entraide judiciaire »<sup>162</sup>.

109. À ce jour, aucun instrument mondial ou régional ne traite expressément de l'entraide judiciaire dans le contexte des crimes contre l'humanité. Lorsqu'une coopération de cette nature se met en place dans le contexte de tels crimes, il s'agit en réalité d'une coopération volontaire que les États accordent par courtoisie ou en application d'éventuels traités bilatéraux ou multilatéraux relatifs, plus généralement, à l'entraide judiciaire en matière pénale (dénommés traités d'entraide judiciaire). Il est jugé souhaitable de faire de cette entraide une obligation juridique afin d'établir un cadre de coopération plus prévisible et une structure définissant clairement le mode de coopération<sup>163</sup>.

110. S'il y a quelques exemples de traités multilatéraux d'entraide judiciaire sur le plan régional<sup>164</sup>, il n'existe pas de traité mondial d'entraide judiciaire et la plupart des efforts de coopération reposent sur des accords bilatéraux conclus entre les États<sup>165</sup>. Souvent,

les traités multilatéraux d'entraide judiciaire cèdent le pas devant d'éventuels accords bilatéraux entre les deux États concernés ; un accord bilatéral est en effet susceptible d'être plus détaillé et mieux adapté, en ce qu'il prend en considération les particularités du système juridique des États concernés<sup>166</sup>.

111. Les dispositions des traités bilatéraux d'entraide judiciaire se ressemblent souvent, d'une part, parce que les États emploient les formules utilisées dans de précédents accords bilatéraux et, d'autre part, en raison de l'influence des traités « types » ou de la législation nationale<sup>167</sup>. Il convient de noter qu'en 1990 l'Assemblée générale a adopté le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale et le Protocole facultatif au Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale concernant les fruits d'activités criminelles<sup>168</sup>, pour « fournir aux États intéressés un cadre qui leur facilite la négociation et la conclusion d'arrangements bilatéraux propres à renforcer la coopération en matière de prévention du crime et de justice pénale<sup>169</sup> ». En 2007, l'ONUSC a en outre établi la Loi type d'entraide judiciaire en matière pénale, que les États étaient libres d'adopter à l'échelle nationale<sup>170</sup>.

112. S'il arrive que l'entraide judiciaire dans le contexte de crimes contre l'humanité s'appuie sur des traités multilatéraux et bilatéraux d'entraide judiciaire existants, dans bien des cas, l'État requérant et l'État requis n'ont conclu

<sup>162</sup> Voir, de manière générale, Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, p. 504 à 506 ; Salomon, « Mutual legal assistance in criminal matters » ; et van der Sanden et van der Wolf, *Mutual Legal Assistance in International Criminal Matters*.

<sup>163</sup> Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, p. 504 à 506.

<sup>164</sup> Voir, par exemple, Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, de 1959 ; Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, de 1992 ; Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, de 2000 (complément à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 et au Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1978) ; et Traité d'entraide judiciaire en matières pénales (de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est).

<sup>165</sup> Pour une carte des relations conventionnelles bilatérales entre les États en matière d'entraide judiciaire, voir Access Now, « Mutual legal

assistance treaties », disponible à l'adresse suivante : <https://mlat.info>.

<sup>166</sup> Voir Olson, « Re-enforcing enforcement in a specialized convention on crimes against humanity... », p. 338.

<sup>167</sup> Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, p. 506.

<sup>168</sup> Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, résolution 45/117 de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1990, annexe.

<sup>169</sup> Ibid., par. 1. Voir aussi ONUDC, *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 2<sup>e</sup> partie, « Revised Manual on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters », p. 65.

<sup>170</sup> Voir ONUDC, Loi type d'entraide judiciaire en matière pénale, disponible à l'adresse suivante : [www.unodc.org/documents/congress/background-information/International\\_Cooperation\\_CM/Model\\_Law\\_MLA\\_FR.pdf](http://www.unodc.org/documents/congress/background-information/International_Cooperation_CM/Model_Law_MLA_FR.pdf).

aucun traité en la matière<sup>171</sup>. Dans le domaine de l'entraide judiciaire comme en matière d'extradition (dont il est question *supra* au chapitre I), les États n'ont le plus souvent aucune relation conventionnelle avec les autres États, si bien qu'en cas de nécessité, dans le contexte d'un crime contre l'humanité, il n'existe pas d'instrument juridique international régissant la coopération.

113. Eu égard à l'absence d'obligations juridiques multilatérales d'entraide judiciaire dans le contexte des crimes contre l'humanité, on a considéré qu'une nouvelle convention internationale sur les crimes contre l'humanité devait contenir une disposition relative à l'entraide judiciaire<sup>172</sup>. Pendant les débats à la Sixième Commission en 2015 et 2016, les États ont relevé qu'il n'existait pas, en droit international, de règles relatives à l'entraide judiciaire dans le contexte des crimes contre l'humanité et estimé que cette question devait être traitée dans le cadre du sujet à l'examen<sup>173</sup>.

114. Aux fins de la rédaction d'un projet d'article en la matière, on pourra s'aider des traités existants relatifs à une infraction spécifique, telle que la torture ou la corruption. De manière générale, pareils traités comportent un article sur l'entraide judiciaire qui peut être « concis », c'est-à-dire peu détaillé, ou « détaillé », c'est-à-dire plus précis. Dans un cas comme dans l'autre, l'article établit l'obligation fondamentale de coopérer, mais lorsqu'il est détaillé, il énonce de façon bien plus précise les modalités de la coopération. En réalité, un article détaillé contient ce que l'on pourrait appeler un « minitraité d'entraide judiciaire », qui établit les dispositions fondamentales relatives à l'entraide judiciaire sur lesquelles les deux États concernés doivent se fonder lorsqu'il n'existe entre eux aucun autre traité multilatéral ou bilatéral en vigueur en la matière.

#### A. Article concis relatif à l'entraide judiciaire

115. L'article concis concernant l'entraide judiciaire que l'on trouve dans certains traités relatifs à des infractions relevant de la compétence des tribunaux internes n'entre pas dans les détails. Il se borne à exiger la coopération la plus large possible entre les États, sans en préciser les modalités, et prévoit l'application de tout traité d'entraide judiciaire qui peut exister entre les États intéressés. Par exemple, l'article 9 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose ce qui suit :

<sup>171</sup> Voir Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 1998, faite à Vienne le 20 décembre 1988 (E/CN.7/590), p. 160, par. 7.22 (dans lequel il est estimé qu'il « subsiste [...] bien des États qui ne sont pas Parties aux traités d'entraide judiciaire de caractère général et bien des cas dans lesquels aucun traité bilatéral ne régit les relations entre les deux États intéressés par une affaire déterminée »). Voir aussi Olson, « Re-enforcing enforcement in a specialized convention on crimes against humanity... », p. 336.

<sup>172</sup> Olson, « Re-enforcing enforcement in a specialized convention on crimes against humanity », p. 336.

<sup>173</sup> Voir, par exemple, Suisse, A/C.6/70/SR.22, par. 20 (« Le futur projet d'articles devrait comprendre des dispositions sur l'entraide judiciaire exigeant des États qu'ils coopèrent tout en respectant les contraintes imposées par les systèmes nationaux »); et Pays-Bas, A/C.6/71/SR.26, par. 40 (« Une convention sur l'interdiction des crimes contre l'humanité devrait comporter des dispositions sur la coopération et l'entraide judiciaires entre les États, ce qui constitue un autre sujet de préoccupation pour sa délégation »).

1. Les États parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative aux infractions visées à l'article 4, y compris en ce qui concerne la communication de tous les éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure.

2. Les États parties s'acquittent de leurs obligations en vertu du paragraphe 1 du présent article en conformité avec tout traité d'entraide judiciaire qui peut exister entre eux.

116. De même, aux termes de l'article 10 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif :

1. Les États Parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible pour toute enquête ou procédure pénale ou procédure d'extradition relative aux infractions visées à l'article 2, y compris pour l'obtention des éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure.

2. Les États Parties s'acquittent des obligations qui leur incombent en vertu du paragraphe 1 en conformité avec tout traité ou accord d'entraide judiciaire qui peut exister entre eux. En l'absence d'un tel traité ou accord, les États Parties s'accordent cette entraide en conformité avec leur législation interne.

117. On trouve l'exemple le plus récent de ce type de disposition à l'article 14 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, qui dispose ce qui suit :

1. Les États parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative à un crime de disparition forcée, y compris en ce qui concerne la communication de tous les éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure.

2. Cette entraide judiciaire est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État partie requis ou par les traités d'entraide judiciaire applicables, y compris, notamment, concernant les motifs pour lesquels l'État partie requis peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire ou la soumettre à des conditions<sup>174</sup>.

<sup>174</sup> Dans sa première version, cet article, initialement l'article 8 du projet de convention de 1998, était libellé comme suit : « 1. Les États parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute enquête ou procédure pénale relative au crime de disparition forcée, y compris en ce qui concerne la communication de tous les éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure. 2. Les États parties coopèrent entre eux et s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans la recherche, la localisation, la libération des personnes disparues et le secours à leur apporter ou, en cas de décès, la restitution de leurs restes. 3. Les États parties s'acquittent des obligations qui leur incombent en vertu des paragraphes 1 et 2 du présent article, sans préjudice de celles qui découlent des traités d'entraide judiciaire qui les lient » [Commission des droits de l'homme, rapport du Groupe de travail de session sur l'administration de la justice (E/CN.4/Sub.2/1998/19), annexe, p. 26]. Plusieurs délégations étaient favorables à la suppression du paragraphe 3 du projet d'article 8 : elles le jugeaient vague et estimaient qu'il faisait double emploi avec le paragraphe 2 [voir le rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (note 44 *supra*), p. 20 (le paragraphe 3 traitait du « refus d'entraide judiciaire pour des motifs liés à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou autres intérêts essentiels de l'État requis »)]. Dans l'anglais, *judicial assistance* a été remplacé par *legal assistance* pour suivre l'évolution de l'usage [Commission des droits de l'homme, rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2005/66), par. 70 ; voir aussi ONUDC, *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 2<sup>e</sup> partie, « Revised Manual on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters », p. 67, par. 6 et 7 (dans lesquels il est question d'employer dans l'anglais l'expression *mutual assistance* à la place de *judicial assistance* pour éviter certains problèmes dus aux différences qui existent entre les divers systèmes juridiques)].

118. On trouve également des articles concis de ce type dans d'autres instruments, notamment : la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (art. 10); la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (art. 10)<sup>175</sup>; la Convention interaméricaine contre la corruption (art. XIV); la Convention interaméricaine contre le terrorisme (art. 9); et la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (art. 18).

### B. Article détaillé relatif à l'entraide judiciaire

119. Si l'on trouve un article concis relatif à l'entraide judiciaire dans plusieurs instruments, les États s'intéressent également aux articles détaillés, qui comportent bien plus de précisions sur les modalités d'une assistance de cette nature.

120. On trouve ce type d'articles détaillés dans plusieurs instruments internationaux, parmi lesquels : la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (art. 7); la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme<sup>176</sup>; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 18); et la Convention des Nations Unies contre la corruption (art. 46).

121. Il ressort clairement des travaux préparatoires de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée que l'usage de l'article détaillé tend à s'imposer. L'article de la Convention qui portait sur l'entraide judiciaire se composait au départ de deux paragraphes, comme c'est le cas des articles concis<sup>177</sup>. Cependant, les États avaient rapidement décidé qu'il fallait remplacer cet article concis par un autre, bien plus détaillé, rédigé sur le modèle de l'article 7 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants

<sup>175</sup> L'article 10 de cette convention est essentiellement libellé, à quelques modifications près, sur le modèle de l'article 10 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs. Voir *Annuaire... 1972*, vol. II, document A/8719/Rev.1, p. 349, paragraphe 2 du commentaire de l'article 10 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection internationale («L'article 10 reproduit, en substance, les dispositions [de l'article] 10 de la Convention de La Haye [...], on a ajouté le membre de phrase "y compris en ce qui concerne la communication de toutes les preuves dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure" afin d'assurer que l'article ne recevra pas une interprétation restrictive fondée sur le sens technique étroit qui est parfois attribué à l'expression "entraide judiciaire" »).

<sup>176</sup> Art. 7, par. 5, et art. 12 à 16. Dans la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, les dispositions relatives à l'entraide judiciaire sont éparpillées entre plusieurs articles; ainsi, il est question de l'entraide judiciaire dans différentes dispositions relatives tant à l'entraide qu'à l'extradition. Dans d'autres instruments plus récents, comme la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption, la tendance est au regroupement des dispositions relatives à l'entraide judiciaire en un seul et même article (voir les articles 18 et 46, respectivement).

<sup>177</sup> Voir Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, rapport du Secrétaire général sur la question de l'élaboration d'une convention internationale contre la criminalité transnationale organisée (E/CN.15/1997/7/Add.1), p. 14 et 15; et McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 201.

et de substances psychotropes<sup>178</sup>. De la même manière, les rédacteurs de la Convention des Nations Unies contre la corruption ont opté pour une disposition détaillée, qui reprend presque intégralement l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. L'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui traite de l'entraide judiciaire, comporte 30 paragraphes et dispose ce qui suit :

1. Les États Parties s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées par la présente Convention.

2. L'entraide judiciaire la plus large possible est accordée, autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État Partie requis le permettent, lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions dont une personne morale peut être tenue responsable dans l'État Partie requérant, conformément à l'article 26 de la présente Convention.

3. L'entraide judiciaire qui est accordée en application du présent article peut être demandée aux fins suivantes :

- a) Recueillir des témoignages ou des dépositions ;
- b) Signifier des actes judiciaires ;
- c) Effectuer des perquisitions et des saisies, ainsi que des gels ;
- d) Examiner des objets et visiter des lieux ;
- e) Fournir des informations, des pièces à conviction et des estimations d'experts ;
- f) Fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents, y compris des documents administratifs, bancaires, financiers ou commerciaux et des documents de société ;
- g) Identifier ou localiser des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve ;
- h) Faciliter la comparution volontaire de personnes dans l'État Partie requérant ;
- i) Fournir tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État Partie requis ;
- j) Identifier, geler et localiser le produit du crime, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention ;
- k) Recouvrer des avoirs, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention.

4. Sans préjudice du droit interne, les autorités compétentes d'un État Partie peuvent, sans demande préalable, communiquer des informations concernant des affaires pénales à une autorité compétente d'un autre État Partie, si elles pensent que ces informations pourraient aider celle-ci à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes et des poursuites pénales, ou amener ce dernier État Partie à formuler une demande en vertu de la présente Convention.

5. La communication d'informations conformément au paragraphe 4 du présent article se fait sans préjudice des enquêtes et poursuites pénales dans l'État dont les autorités compétentes fournissent les informations. Les autorités compétentes qui reçoivent ces informations accèdent à toute demande tendant à ce que lesdites informations restent confidentielles, même temporairement, ou à ce que leur utilisation soit assortie de restrictions. Toutefois, cela n'empêche pas l'État Partie qui reçoit les informations de révéler, lors de la procédure judiciaire, des informations à la décharge d'un prévenu. Dans ce dernier cas, l'État Partie qui reçoit les informations avise l'État Partie qui les communique avant la révélation, et s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État Partie qui reçoit les informations informe sans retard de la révélation l'État Partie qui les communique.

<sup>178</sup> Voir le rapport du Secrétaire général sur la question de l'élaboration d'une convention internationale contre la criminalité transnationale organisée (note 177 *supra*), p. 15 (propositions de l'Australie et de l'Autriche).

6. Les dispositions du présent article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire.

7. Les paragraphes 9 à 29 du présent article sont applicables aux demandes faites conformément au présent article si les États Parties en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Si lesdits États Parties sont liés par un tel traité, les dispositions correspondantes de ce traité sont applicables, à moins que les États Parties ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions des paragraphes 9 à 29 du présent article. Les États Parties sont vivement encouragés à appliquer ces paragraphes s'ils facilitent la coopération.

8. Les États Parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent article.

9. a) Lorsqu'en application du présent article il répond à une demande d'aide en l'absence de double incrimination, un État Partie requis tient compte de l'objet de la présente Convention tel qu'énoncé à l'article premier;

b) Les États Parties peuvent invoquer l'absence de double incrimination pour refuser de fournir une aide en application du présent article. Toutefois, un État Partie requis, lorsque cela est compatible avec les concepts fondamentaux de son système juridique, accorde l'aide demandée si elle n'implique pas de mesures coercitives. Cette aide peut être refusée lorsque la demande porte sur des questions mineures ou des questions pour lesquelles la coopération ou l'aide demandée peut être obtenue sur le fondement d'autres dispositions de la présente Convention;

c) Chaque État Partie peut envisager de prendre les mesures nécessaires pour lui permettre de fournir une aide plus large en application du présent article, en l'absence de double incrimination.

10. Toute personne détenue ou purgeant une peine sur le territoire d'un État Partie, dont la présence est requise dans un autre État Partie à des fins d'identification ou de témoignage ou pour qu'elle apporte de toute autre manière son concours à l'obtention de preuves dans le cadre d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires relatives aux infractions visées par la présente Convention, peut faire l'objet d'un transfèrement si les conditions ci-après sont réunies :

a) Ladite personne y consent librement et en toute connaissance de cause;

b) Les autorités compétentes des deux États Parties concernés y consentent, sous réserve des conditions que ces États Parties peuvent juger appropriées.

11. Aux fins du paragraphe 10 du présent article :

a) L'État Partie vers lequel la personne est transférée a le pouvoir et l'obligation de la garder en détention, sauf demande ou autorisation contraire de la part de l'État Partie à partir duquel elle a été transférée;

b) L'État Partie vers lequel la personne est transférée s'acquitte sans retard de l'obligation de la remettre à la garde de l'État Partie à partir duquel elle a été transférée, conformément à ce qui aura été convenu au préalable ou autrement décidé par les autorités compétentes des deux États Parties;

c) L'État Partie vers lequel la personne est transférée ne peut exiger de l'État Partie à partir duquel elle a été transférée qu'il engage une procédure d'extradition pour qu'elle lui soit remise;

d) Il est tenu compte de la période que la personne a passée en détention dans l'État Partie vers lequel elle a été transférée aux fins du décompte de la peine à purger dans l'État Partie à partir duquel elle a été transférée.

12. À moins que l'État Partie à partir duquel une personne doit être transférée en vertu des paragraphes 10 et 11 du présent article ne donne son accord, ladite personne, quelle que soit sa nationalité, n'est pas poursuivie, détenue, punie ni soumise à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur le territoire de l'État Partie vers lequel elle est transférée à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État Partie à partir duquel elle a été transférée.

13. Chaque État Partie désigne une autorité centrale qui a la responsabilité et le pouvoir de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et, soit de les exécuter, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution. Si un État Partie a une région ou un territoire spécial doté d'un système d'entraide judiciaire différent, il peut désigner une autorité centrale distincte qui aura la même fonction pour ladite région ou ledit territoire. Les autorités centrales assurent l'exécution ou la transmission rapide et en bonne et due forme des demandes reçues. Si l'autorité centrale transmet la demande à une autorité compétente pour exécution, elle encourage l'exécution rapide et en bonne et due forme de la demande par l'autorité compétente. L'autorité centrale désignée à cette fin fait l'objet d'une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où chaque État Partie dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention. Les demandes d'entraide judiciaire et toute communication y relative sont transmises aux autorités centrales désignées par les États Parties. La présente disposition s'entend sans préjudice du droit de tout État Partie d'exiger que ces demandes et communications lui soient adressées par la voie diplomatique et, en cas d'urgence, si les États Parties en conviennent, par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle, si cela est possible.

14. Les demandes sont adressées par écrit ou, si possible, par tout autre moyen pouvant produire un document écrit, dans une langue acceptable pour l'État Partie requis, dans des conditions permettant audit État Partie d'en établir l'authenticité. La ou les langues acceptables pour chaque État Partie sont notifiées au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où ledit État Partie dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention. En cas d'urgence et si les États Parties en conviennent, les demandes peuvent être faites oralement mais doivent être confirmées sans délai par écrit.

15. Une demande d'entraide judiciaire doit contenir les renseignements suivants :

a) La désignation de l'autorité dont émane la demande ;

b) L'objet et la nature de l'enquête, des poursuites ou de la procédure judiciaire auxquelles se rapporte la demande, ainsi que le nom et les fonctions de l'autorité qui en est chargée ;

c) Un résumé des faits pertinents, sauf pour les demandes adressées aux fins de la signification d'actes judiciaires ;

d) Une description de l'assistance requise et le détail de toute procédure particulière que l'État Partie requérant souhaite voir appliquée ;

e) Si possible, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée ; et

f) Le but dans lequel le témoignage, les informations ou les mesures sont demandés.

16. L'État Partie requis peut demander un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément à son droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution.

17. Toute demande est exécutée conformément au droit interne de l'État Partie requis et, dans la mesure où cela ne contrevient pas au droit interne de l'État Partie requis et lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande.

18. Lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, si une personne qui se trouve sur le territoire d'un État Partie doit être entendue comme témoin ou comme expert par les autorités judiciaires d'un autre État Partie, le premier État Partie peut, à la demande de l'autre, autoriser son audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'elle compare en personne sur le territoire de l'État Partie requérant. Les États Parties peuvent convenir que l'audition sera conduite par une autorité judiciaire de l'État Partie requérant et qu'une autorité judiciaire de l'État Partie requis y assistera.

19. L'État Partie requérant ne communique ni n'utilise les informations ou les éléments de preuve fournis par l'État Partie requis pour des enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État Partie requis. Rien dans le présent paragraphe n'empêche l'État Partie requérant de révéler, lors de la procédure, des informations ou des éléments de preuve à décharge. Dans ce cas, l'État Partie requérant avise l'État Partie requis avant la révélation et, s'il lui en est fait la demande,

consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État Partie requérant informe sans retard l'État Partie requis de la révélation.

20. L'État Partie requérant peut exiger que l'État Partie requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Si l'État Partie requis ne peut satisfaire à cette exigence, il en informe sans délai l'État Partie requérant.

21. L'entraide judiciaire peut être refusée :

a) Si la demande n'est pas faite conformément aux dispositions du présent article ;

b) Si l'État Partie requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels ;

c) Au cas où le droit interne de l'État Partie requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une procédure judiciaire dans le cadre de sa propre compétence ;

d) Au cas où il serait contraire au système juridique de l'État Partie requis concernant l'entraide judiciaire d'accepter la demande.

22. Les États Parties ne peuvent refuser une demande d'entraide judiciaire au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales.

23. Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé.

24. L'État Partie requis exécute la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés par l'État Partie requérant et qui sont motivés, de préférence dans la demande. L'État Partie requérant peut présenter des demandes raisonnables d'informations sur l'état d'avancement des mesures prises par l'État Partie requis pour faire droit à sa demande. L'État Partie requis répond aux demandes raisonnables de l'État Partie requérant concernant les progrès réalisés dans l'exécution de la demande. Quand l'entraide demandée n'est plus nécessaire, l'État Partie requérant en informe promptement l'État Partie requis.

25. L'entraide judiciaire peut être différée par l'État Partie requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours.

26. Avant de refuser une demande en vertu du paragraphe 21 du présent article ou d'en différer l'exécution en vertu du paragraphe 25, l'État Partie requis étudie avec l'État Partie requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État Partie requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières.

27. Sans préjudice de l'application du paragraphe 12 du présent article, un témoin, un expert ou une autre personne qui, à la demande de l'État Partie requérant, consent à déposer au cours d'une procédure ou à collaborer à une enquête, à des poursuites ou à une procédure judiciaire sur le territoire de l'État Partie requérant ne sera pas poursuivi, détenu, puni ni soumis à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur ce territoire à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieures à son départ du territoire de l'État Partie requis. Cette immunité cesse lorsque le témoin, l'expert ou ladite personne ayant eu, pendant une période de quinze jours consécutifs ou toute autre période convenue par les États Parties à compter de la date à laquelle ils ont été officiellement informés que leur présence n'était plus requise par les autorités judiciaires, la possibilité de quitter le territoire de l'État Partie requérant, y sont néanmoins demeurés volontairement ou, l'ayant quitté, y sont revenus de leur plein gré.

28. Les frais ordinaires encourus pour exécuter une demande sont à la charge de l'État Partie requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États Parties concernés. Lorsque des dépenses importantes ou extraordinaires sont ou se révèlent ultérieurement nécessaires pour exécuter la demande, les États Parties se consultent pour fixer les conditions selon lesquelles la demande sera exécutée, ainsi que la manière dont les frais seront assumés.

29. L'État Partie requis :

a) Fournit à l'État Partie requérant copie des dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public a accès ;

b) Peut, à son gré, fournir à l'État Partie requérant intégralement, en partie ou aux conditions qu'il estime appropriées, copie de tous dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public n'a pas accès.

30. Les États Parties envisagent, s'il y a lieu, la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent.

122. Aux fins de l'élaboration d'un projet d'articles relatif aux crimes contre l'humanité, il est vraisemblablement préférable d'opter pour un article détaillé de ce type, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, un article détaillé donne aux États des orientations bien plus précises en matière d'entraide judiciaire ; ceux-ci pourront donc se fonder sur ses dispositions en l'absence d'autre traité d'entraide judiciaire entre les États concernés. Deuxièmement, les États jugent nécessaire d'adopter des articles détaillés, aux fins de la prévention et de la répression de la criminalité, dans différentes branches importantes du droit pénal transnational<sup>179</sup>. Troisièmement, les articles détaillés ont été acceptés par les États dans la pratique. Par exemple, 187 États sont parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et 181, à la Convention des Nations Unies contre la corruption. Aucun d'eux n'a émis de réserve quant aux termes ou à la teneur des articles relatifs à l'entraide judiciaire qui figurent dans ces deux conventions<sup>180</sup>. En outre, les dispositions des articles détaillés que l'on trouve dans certains traités d'entraide judiciaire sont bien comprises par les États, qui peuvent s'aider d'un grand nombre de guides et d'autres ressources, notamment ceux que l'ONU DC a élaborés pour faciliter l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et de la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>181</sup>.

<sup>179</sup> La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes a été négociée au sein de la Commission des stupéfiants, à la demande de l'Assemblée générale et du Conseil économique et social. La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme a été établie par un comité spécial créé par les résolutions 53/108 et 51/210 de l'Assemblée générale, en date des 8 décembre 1998 et 17 décembre 1996 respectivement. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption ont été négociées au sein de la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, créée par la résolution 1992/1 du Conseil économique et social en date du 6 février 1992 en tant que commission technique du Conseil, comme l'avait demandé l'Assemblée générale dans sa résolution 46/152 du 18 décembre 1991. Cette commission est le principal organe de décision de l'Organisation des Nations Unies dans les domaines de la prévention du crime et de la justice pénale.

<sup>180</sup> Les États parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ont fait des déclarations relatives aux paragraphes 13 et 14 de l'article 18 pour informer le Secrétaire général de l'autorité centrale qu'ils avaient désignée et de la langue dans laquelle ils souhaitaient que les demandes leur soient adressées. Les États ont fait des déclarations semblables relatives à la Convention des Nations Unies contre la corruption, comme ils étaient tenus de le faire en application des paragraphes 13 et 14 de l'article 46.

<sup>181</sup> Voir, par exemple, *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant* ; *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* ; *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption* ; *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption* ; et *Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (A/55/383/Add.1)*.

123. Pour toutes ces raisons, le projet d'article proposé à la fin de ce chapitre a été en grande partie rédigé sur le modèle de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, à quelques modifications près, indiquées ci-après. Les paragraphes ci-dessous traitent des dispositions de l'article 46, regroupées en trois catégories : 1) l'obligation générale d'accorder l'entraide judiciaire ; 2) la coopération lorsqu'un traité d'entraide judiciaire lie les États concernés ; et 3) la coopération lorsque aucun traité d'entraide judiciaire ne lie les États concernés.

#### 1. OBLIGATION GÉNÉRALE D'ACCORDER L'ENTRAIDE JUDICIAIRE

124. Le paragraphe 1 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption énonce l'obligation générale selon laquelle les États parties « s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible<sup>182</sup> » dans le contexte des infractions visées par la Convention. Les États parties ont l'obligation de s'accorder cette entraide dans le cadre non seulement des « enquêtes », mais aussi des « poursuites » et des « procédures judiciaires ». Cette obligation vise à favoriser la réalisation de l'objectif plus général qu'est l'application du traité en question, en assurant une coopération sur tous les plans entre tous les États parties susceptibles de disposer d'informations et de preuves utiles dans le contexte de l'infraction en cause<sup>183</sup>. Le paragraphe 1 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 1 du projet d'article 13 proposé).

125. Le paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption énonce l'obligation générale, pour les États parties, d'accorder également l'entraide judiciaire la plus large possible concernant les infractions dont une « personne morale » peut être tenue responsable, mais uniquement « autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État Partie requis le permettent »<sup>184</sup>. Cette précision repose sur le

constat que, d'un système juridique à un autre, il existe des différences considérables dans le traitement pénal des personnes morales et que, dans ce contexte, l'entraide judiciaire n'est donc possible que dans les limites prévues par le droit interne de l'État partie requis en matière pénale<sup>185</sup>. Le paragraphe 2 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 2 du projet d'article 13 proposé).

126. Le paragraphe 3 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption prévoit plusieurs grandes formes d'aide pouvant être sollicitées par un État partie<sup>186</sup>. Ces formes d'aide, exposées dans les grandes lignes, sont pratiquement calquées sur celles que l'on trouve dans d'autres traités multilatéraux<sup>187</sup> et un grand

montrées favorables à l'ajout d'une disposition relative à l'entraide judiciaire concernant les personnes morales, même si certaines d'entre elles estimaient que la question était déjà traitée au paragraphe 1. Voir McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 207 et 208. À l'inverse, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme ne fait pas obligation aux États d'accorder une aide dans les affaires mettant en cause des personnes morales, mais elle dispose en son article 12, paragraphe 4, que « [c]haque État Partie peut envisager d'établir des mécanismes afin de partager avec d'autres États Parties les informations ou les éléments de preuve nécessaires pour établir les responsabilités pénales, civiles ou administratives, comme prévu à l'article 5 [sur la responsabilité des personnes morales] ».

<sup>185</sup> On pourrait citer, à ce propos, les différences qui existent entre les systèmes juridiques nationaux, différences dont il est question au paragraphe 7 du projet d'article 5.

<sup>186</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 2 et 3 (où l'on trouve un libellé essentiellement semblable à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption) ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 3 (libellé identique) ; et Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (note 168 *supra*), art. 1<sup>er</sup>, par. 2 (libellé essentiellement semblable à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption). Pour un examen de cette question, voir McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 208 à 212 ; et ONUDC, *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant*, par. 475 (« D'une manière générale, les traités d'entraide judiciaire prévoient ces types de coopération [visés au paragraphe 3 de l'article 18] »).

<sup>187</sup> Voir, par exemple, Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, art. 7 (« L'entraide visée dans la présente Convention implique, notamment, les actes de procédure suivants : a. Notification des décisions judiciaires et des jugements ; b. Réception de témoignages et de déclaration de personnes ; c. Citation de témoins et d'experts aux fins de déposition ; d. Exécution de saisies et de séquestres de biens, immobilisation d'actifs et assistance aux procédures relatives à la confiscation ; e. Réalisation d'inspections et de saisies ; f. Examen d'objets et descentes de lieux ; g. Présentation de pièces judiciaires ; h. Remise de documents, de rapports, d'informations et de preuves ; i. Transfèrement de personnes détenues, aux effets de la présente Convention ; j. Tout autre acte de procédure pourvu qu'un accord soit intervenu entre l'État requérant et l'État requis ») ; et Traité d'entraide judiciaire en matières pénales (de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est), art. 1<sup>er</sup>, par. 2 (« L'entraide à fournir conformément aux dispositions du présent Traité portera notamment sur les activités ci-après : a) collecter des preuves ou des dépositions volontaires de personnes ; b) prendre des dispositions pour permettre aux personnes de faire des dépositions ou de fournir assistance en matière pénale ; c) notifier les documents judiciaires ; d) effectuer des perquisitions et des saisies ; e) examiner objets et lieux ; f) fournir l'original ou des copies certifiées des documents, dossiers et preuves pertinents ; g) identifier ou localiser les biens provenant d'une infraction et les moyens utilisés pour commettre un acte criminel ; h) imposer des restrictions aux tractations portant sur des biens ou bloquer les biens provenant d'une infraction et qui pourraient être récupérés ou confisqués ; i) récupérer ou confisquer les biens provenant d'un délit ; j) localiser et identifier témoins et suspects ; et k) prêter toute autre assistance convenue en conformité avec les objectifs du présent Traité et la législation de la Partie requise »).

<sup>182</sup> Voir aussi Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 9, par. 1 (« Les États parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative aux infractions visées à l'article 4, y compris en ce qui concerne la communication de tous les éléments de preuve dont ils disposent et qui sont nécessaires aux fins de la procédure ») ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 12, par. 1 (« Les États Parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible pour toute enquête ou procédure pénale ou procédure d'extradition relative aux infractions visées à l'article 2, y compris pour l'obtention des éléments de preuve en leur possession qui sont nécessaires aux fins de la procédure ») ; et Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 1 (« [L]es États Parties s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées par la présente Convention »).

<sup>183</sup> *Annuaire...* 1972, vol. II, document A/8719/Rev.1, p. 349, paragraphe 2 du commentaire de l'article 10 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection internationale (« Il est clair que si l'auteur présumé de l'infraction doit être jugé dans un État autre que celui où l'infraction a été commise, il sera nécessaire de mettre les preuves à la disposition du tribunal saisi de l'affaire, sous la forme exigée par la loi dudit État. En outre, une partie des preuves requises peuvent se trouver dans les États tiers. Aussi l'obligation en question est-elle imposée à tous les États parties »).

<sup>184</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 2 (libellé identique). Au cours de l'élaboration de la Convention, l'ensemble des délégations s'étaient

nombre de traités bilatéraux<sup>188</sup> d'extradition. Le libellé de cet article est suffisamment général pour englober les diverses formes d'aide susceptibles d'être utiles dans le cadre d'enquêtes et de poursuites concernant un crime contre l'humanité, notamment la recherche de casiers judiciaires et de dossiers des services de renseignements ; de dossiers judiciaires ; de pièces d'identité, de dossiers d'immigration et d'actes de naissance, de mariage et de décès ; de dossiers médicaux ; de pièces à l'usage de la police scientifique ; et de données biométriques. En outre, la liste n'est pas exhaustive, puisqu'elle comporte, à l'alinéa *i*, une disposition très générale prévoyant la possibilité de demander « tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État Partie requis ». De manière générale, dans les cas où un traité bilatéral d'entraide judiciaire existant entre les États parties ne prévoirait pas les types de coopération énoncés au paragraphe 3 de l'article 46, il doit être considéré que « ces types de coopération viennent compléter de plein droit » le traité en question<sup>189</sup>. Compte tenu de ce qui précède, le paragraphe 3 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 3 du projet d'article 13 proposé).

127. Le paragraphe 4 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption encourage chaque État partie à communiquer des informations à un autre État partie, même en l'absence de demande, si ces informations sont susceptibles d'aider ce dernier État partie à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes et des poursuites pénales, ou de l'amener à formuler une demande d'entraide judiciaire<sup>190</sup>. Cette disposition, considérée

<sup>188</sup> Voir, par exemple, Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (note 168 *supra*), art. 1<sup>er</sup>, par. 2 (« L'entraide judiciaire à accorder conformément au présent Traité peut inclure : a) Le recueil de témoignages ou de dépositions ; b) La fourniture d'une aide pour mise à la disposition des autorités judiciaires de l'État requérant de personnes détenues ou d'autres personnes, aux fins de témoignage ou d'aide dans la conduite de l'enquête ; c) La remise de documents judiciaires ; d) Les perquisitions et les saisies ; e) L'examen d'objets et de lieux ; f) La fourniture de renseignements et de pièces à conviction ; g) La fourniture des originaux ou de copies certifiées conformes de dossiers et documents pertinents y compris de relevés bancaires, de pièces comptables, de registres montrant le fonctionnement de l'entreprise ou ses activités commerciales ») ; et le Traité d'entraide judiciaire entre les États-Unis et la Fédération de Russie (Moscou, 17 juin 1999), disponible à l'adresse suivante : [www.state.gov/wp-content/uploads/2019/02/13046-Russian-Federation-Judicial-Assistance-June-17-1999.pdf](http://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/02/13046-Russian-Federation-Judicial-Assistance-June-17-1999.pdf), art. 2 (« L'entraide judiciaire à accorder en application du présent Traité inclut : 1) l'obtention de témoignages ou de dépositions ; 2) la fourniture de documents, de dossiers et d'autres pièces ; 3) la remise de documents ; 4) la localisation et l'identification de personnes et de pièces ; 5) l'exécution de demandes de perquisition et de saisie ; 6) le transfèrement de personnes détenues aux fins de témoignage ou à d'autres fins prévues par le présent Traité ; 7) la localisation et l'immobilisation d'actifs aux fins de confiscation, de restitution ou de la perception d'amendes ; 8) la fourniture de toute autre aide judiciaire que n'interdit pas la législation de la Partie requise »).

<sup>189</sup> ONUDC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 184, par. 605 (dans lequel il est indiqué, en outre, que pour certains systèmes juridiques il peut être nécessaire de modifier la législation de façon à prévoir des modes de coopération supplémentaires).

<sup>190</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 4 (libellé identique) ; et ONUDC, *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 187 (« Ces dispositions ont pour but d'encourager les États parties à échanger de façon volontaire et proactive des informations concernant les questions pénales »).

comme innovante lorsqu'elle a été employée dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, ne fait pourtant qu'affirmer « ce qui a sans doute toujours été, à savoir que les autorités d'un État peuvent, de leur propre initiative, fournir des renseignements à celles d'un autre<sup>191</sup> ». Cela étant, elle est formulée de telle sorte qu'elle laisse à l'État partie une liberté d'appréciation, puisqu'elle dispose que celui-ci « peu[t] » communiquer des informations, et elle comporte en outre une clause « [s]ans préjudice du droit interne », si bien qu'il appert clairement que les États parties n'ont pas l'obligation de communiquer des informations. Le paragraphe 4 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 6 du projet d'article 13 proposé).

128. Le paragraphe 5 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption se rapporte au paragraphe 4 en ce qu'il traite des cas dans lesquels l'État partie qui communique les informations exige que celles-ci restent confidentielles ou que leur utilisation soit assortie de restrictions. Ces restrictions doivent être observées, à moins que les informations en cause ne constituent des éléments de preuve à décharge et que, à ce titre, elles doivent être divulguées à l'auteur présumé de l'infraction<sup>192</sup>. Les rédacteurs de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ont décidé d'ajouter une « note interprétative » dans les travaux préparatoires de la Convention pour apporter des précisions à ce sujet :

Il conviendrait d'indiquer dans les travaux préparatoires que : a) lorsqu'un État partie envisage de communiquer spontanément des informations de nature particulièrement sensible ou envisage d'assortir de restrictions rigoureuses leur utilisation, il est jugé souhaitable qu'il consulte auparavant l'État qui doit recevoir éventuellement ces informations ; b) lorsqu'un État partie qui reçoit des informations conformément à cette disposition est déjà en possession d'informations similaires, il n'est pas tenu d'observer les restrictions que lui impose l'État qui les lui a communiquées<sup>193</sup>.

Le paragraphe 5 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 7 du projet d'article 13 proposé).

129. Aux termes du paragraphe 8 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, « [l]es États Parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent article ». Selon le *Guide législatif pour l'application de la Convention* :

Il importe de noter que ce paragraphe ne figure pas parmi ceux qui ne sont applicables qu'en l'absence d'un traité d'entraide judiciaire. Au contraire, les États parties doivent faire en sorte que ce motif de refus ne puisse pas être invoqué en vertu de leur législation ou de leurs traités d'entraide judiciaire. [...] Par conséquent, lorsque la législation d'un État partie autorise actuellement un tel motif de refus, il faudra la modifier. Lorsqu'un tel motif de refus est prévu dans un traité d'entraide

<sup>191</sup> McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 212.

<sup>192</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 5 (libellé identique) ; et McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 213.

<sup>193</sup> Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (A/55/383/Add.1), par. 37.

judiciaire d'un État partie, le fait pour cet État de devenir partie à la Convention contre la corruption devrait, selon le droit conventionnel, entraîner automatiquement la nullité des dispositions contraires d'un traité antérieur. Si dans le système juridique d'un État partie, les traités ne sont pas directement applicables, l'adoption de dispositions législatives internes peut être nécessaire<sup>194</sup>.

On trouve un libellé analogue dans d'autres traités multilatéraux et bilatéraux d'entraide judiciaire<sup>195</sup>. On pourrait toutefois avancer qu'il n'est pas nécessaire d'inclure une telle disposition dans le présent projet d'articles, les infractions en cause n'étant pas de nature financière. Néanmoins, des capitaux peuvent être volés dans le cadre de la commission d'un crime contre l'humanité et il peut alors être utile de bénéficier d'une entraide judiciaire concernant ces capitaux pour pouvoir établir l'existence de l'infraction ; pareille disposition pourrait donc avoir sa place. Par conséquent, le paragraphe 8 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article consacré à l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 4 du projet d'article 13 proposé).

130. Enfin, le paragraphe 30 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption invite les États parties à envisager « la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent<sup>196</sup> ». Le paragraphe 30 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 5 du projet d'article 13 proposé).

## 2. COOPÉRATION LORSQU'UN TRAITÉ D'ENTRAIDE JUDICIAIRE LIE LES ÉTATS CONCERNÉS

131. Le paragraphe 6 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption indique clairement que « [l]es dispositions du présent article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire ». Autrement dit, tout autre traité d'entraide judiciaire liant les deux États parties, qu'il ait été conclu avant ou après l'entrée en vigueur

de la Convention pour ces parties, continue de s'appliquer<sup>197</sup>. On trouve un libellé identique au paragraphe 6 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et un libellé pratiquement identique au paragraphe 6 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes<sup>198</sup>.

132. Cette disposition préserve les obligations découlant de traités d'entraide judiciaire en vigueur, mais elle ne fait pas automatiquement prévaloir ces traités sur les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>199</sup>. Il faut plutôt l'interpréter comme exigeant des États parties la fourniture de l'assistance la plus large convenue entre eux, que ce soit dans la Convention ou dans un autre traité d'entraide judiciaire bilatéral ou multilatéral<sup>200</sup>. Cela ressort clairement du texte du Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes :

Le paragraphe 6 renferme une disposition importante tendant à régler tout conflit potentiel avec des traités d'entraide judiciaire existants ou futurs. Il ne donne pas à ces traités priorité générale sur les dispositions de la Convention de 1988. Il tend plutôt à empêcher que les obligations assumées dans le cadre de traités d'entraide judiciaire de caractère général se trouvent amoindries du fait des dispositions spécifiques de la Convention. Cela signifie que lorsque la Convention exige la fourniture d'une assistance plus large, dans le contexte du trafic illicite, que celle qui est prévue par les dispositions du traité bilatéral ou multilatéral applicable, ce sont les dispositions de la Convention qui prévaudront. Inversement, lorsque c'est le traité qui prévoit une assistance plus large, ce paragraphe entre en jeu et les dispositions du traité prévaudront quant à l'étendue des obligations qui incombent à la Partie requise<sup>201</sup>.

133. Dans le même temps, le paragraphe 7 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose que les paragraphes 9 à 29 de l'article 46 ne s'appliquent *pas* si les États parties en question sont liés par un traité d'entraide judiciaire<sup>202</sup>. Dans ce cas, les

<sup>194</sup> ONUDC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 185, par. 611 et 612.

<sup>195</sup> Voir Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 8 (« Les États Parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent article ») ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 12, par. 2 (« Les États Parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser de faire droit à une demande d'entraide judiciaire ») ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (note 168 *supra*), art. 4, par. 2 (« Le secret bancaire ou imposé à des institutions financières analogues ne sera pas à lui seul un motif de refus ») ; et Traité d'entraide judiciaire en matières pénales (de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est), art. 3, par. 5 (« Le secret imposé par les banques ou institutions financières similaires à leurs opérations ni le fait que l'infraction en question est également considérée comme impliquant des questions financières ne justifieront pas à eux seuls le refus d'entraide »). Pour une réflexion sur cette question, voir McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 215 et 216.

<sup>196</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 20 (libellé quasi identique) ; et Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 30 (libellé quasi identique). Pour une analyse de cette question, voir Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (note 171 *supra*), p. 172, par. 7.59.

<sup>197</sup> *Annuaire... 1972*, vol. II, document A/8719/Rev.1, p. 349, paragraphe 1 du commentaire de l'article 10 du projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection internationale (visant une disposition comparable figurant dans le projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale : « L'entraide en matière judiciaire est une question qui a toujours préoccupé les États et qui fait l'objet de nombreux traités bilatéraux et multilatéraux. Le présent article préserve pleinement les obligations découlant de tels traités en vigueur entre les États parties au présent projet »).

<sup>198</sup> Art. 7, par. 6 (« Les dispositions du présent article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire en matière pénale »).

<sup>199</sup> Voir McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 214.

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (voir *supra* la note 171), p. 159 et 160, par. 7.20.

<sup>202</sup> La question de savoir si l'autre instrument doit nécessairement être un traité ou s'il peut s'agir d'une autre forme d'arrangement est controversée. Comparer le Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (*ibid.*), p. 160 et 161, par. 7.24 (« Il existe un certain nombre de Parties dont la pratique en matière d'entraide judiciaire en général est régie par un instrument ou un autre, comme le Mécanisme du Commonwealth [pour l'assistance mutuelle en matière criminelle],



dispositions correspondantes de ce traité sont applicables, et seuls les paragraphes 1 à 8 et 30 de la Convention s'appliquent entre les États parties en question.

134. Il est en outre indiqué au paragraphe 7 que, dans une telle situation, les États parties «sont vivement encouragés à appliquer» les paragraphes 9 à 29 «s'ils facilitent la coopération». Le même libellé est employé au paragraphe 7 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, et des termes semblables sont utilisés au paragraphe 7 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes<sup>203</sup>. Le Commentaire de cette dernière convention précise ce qui suit :

Lorsqu'il n'existe pas de traité d'entraide judiciaire applicable, la Convention fournit les dispositions nécessaires, qui sont reflétées aux paragraphes 8 à 19 de l'article. Lorsqu'il existe un traité applicable, ses dispositions seront suivies plutôt que celles des paragraphes 8 à 19, ce qui permet aux deux États intéressés de suivre les procédures qu'ils ont apprises à connaître dans le contexte général de l'entraide judiciaire [...]. Les Parties à un traité d'entraide judiciaire de caractère général intéressées par une affaire spécifique peuvent néanmoins décider que les dispositions de la Convention s'appliqueront dans ce contexte<sup>204</sup>.

135. Il résulte des paragraphes 6 et 7 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption que si certaines dispositions s'appliquent à tous les États parties (par. 1 à 8 et 30), d'autres dispositions (les dispositions des paragraphes 9 à 29 relatives à un «minitraité d'entraide judiciaire») ne s'appliquent qu'aux États parties qui ne sont pas liés par un traité bilatéral ou multilatéral

(Suite de la note 202.)

qui n'a pas le même caractère formel qu'un traité en bonne et due forme. Le texte du paragraphe 7 emploie l'expression "traité d'entraide judiciaire", ce qui est devenu l'expression communément utilisée mais qui, apparemment, n'englobe pas des arrangements ou accords de caractère moins formel, dans le cas desquels les dispositions des paragraphes 8 à 19 s'appliqueront à toutes les affaires relevant de la Convention, à moins que les Parties n'en conviennent autrement», avec McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 215 (qui maintient que le renvoi à «un traité d'entraide judiciaire» au paragraphe 7 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée englobe les conventions multilatérales, ajoutant qu'«il serait malvenu qu'elles ne visent pas, à côté des traités bilatéraux d'entraide judiciaire, des arrangements tels que le Mécanisme du Commonwealth, qui ne sont pas des "traités" à proprement parler»).

<sup>203</sup> Art. 7, par. 7 («Les paragraphes 8 à 19 du présent article sont applicables aux demandes faites conformément au présent article si les Parties en question ne sont pas liées par un traité d'entraide judiciaire. Si ces Parties sont liées par un tel traité, les dispositions correspondantes de ce traité sont applicables, à moins que les Parties ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions des paragraphes 8 à 19 du présent article»).

<sup>204</sup> Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (voir *supra* la note 171), p. 160, par. 7.23. Voir aussi ONUDC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 184, par. 608 («Si un traité lie les États parties concernés, ils appliqueront les dispositions de celui-ci, à moins qu'ils ne conviennent d'appliquer les paragraphes 9 à 29 de l'article 46 de la Convention»); et McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 215 (indiquant, au sujet du paragraphe 7 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, que «lorsqu'il existe une convention multilatérale en vigueur ou [un traité d'entraide judiciaire] bilatéral, ses dispositions seront suivies à la place de celles énoncées aux paragraphes 9 à 29» et que le remplacement des dispositions «négociées en ayant surtout à l'esprit les principes des systèmes juridiques nationaux des deux États concernés [...] n'aurait pas manqué de poser de sérieuses difficultés car, si on l'avait fait, il aurait fallu déterminer au cas par cas quel ensemble de règles s'appliquait»).

d'entraide judiciaire<sup>205</sup> (ces États sont néanmoins encouragés à utiliser certaines ou l'ensemble des dispositions du «minitraité d'entraide judiciaire» pour faciliter la coopération). Les paragraphes 6 et 7 sont un bon point de départ pour la rédaction de deux paragraphes à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* les paragraphes 8 et 9 du projet d'article 13 proposé).

### 3. COOPÉRATION LORSQUE AUCUN TRAITÉ D'ENTRAIDE JUDICIAIRE NE LIE LES ÉTATS CONCERNÉS

136. Comme cela est indiqué plus haut, le paragraphe 7 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose que, si les États parties en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire, les dispositions des paragraphes 9 à 29 du «minitraité d'entraide judiciaire» s'appliquent.

137. Le paragraphe 9 de l'article 46 de la Convention porte sur la question d'une demande d'aide en l'absence de la double incrimination<sup>206</sup>. Comme cela est indiqué plus haut dans la section consacrée à la double incrimination, le présent projet d'articles sur les crimes contre l'humanité est rédigé de manière à garantir l'existence de la double incrimination dans l'État requérant et l'État requis, si bien que le paragraphe 9 ne semble ici ni nécessaire, ni même approprié.

138. Les paragraphes 10 à 12 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption renvoient à la situation où une personne est détenue ou purge une peine dans un État partie, et dont la présence est requise dans un autre État partie à des fins d'identification ou de témoignage ou à toute autre fin. De manière générale, ces dispositions établissent les conditions fondamentales auxquelles une telle personne pourrait être transférée dans un autre État partie aux fins indiquées, puis remise au premier État<sup>207</sup>. Les paragraphes 10 à 12 sont un bon point de départ pour la rédaction de paragraphes à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* les paragraphes 25 à 27 du projet d'article 13 proposé).

139. Les paragraphes 13 à 17 de l'article 46 de la Convention décrivent de manière assez détaillée les procédures à suivre pour un État envoyant une demande à un autre État. Entre autres choses, les paragraphes 13 et 14

<sup>205</sup> McClean, *Transnational Organized Crime*, p. 215 (au sujet du paragraphe 7 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée : «Particulièrement dans le cas de traités bilatéraux, les dispositions ont été négociées en ayant surtout à l'esprit les principes des systèmes juridiques nationaux des deux États concernés. Le remplacement de ces dispositions n'était pas souhaité, et il n'aurait pas manqué de poser de sérieuses difficultés car, si on l'avait fait, il aurait fallu déterminer au cas par cas quel ensemble de règles s'appliquait»).

<sup>206</sup> Pour un examen de cette question, voir McClean, *Transnational Organized Crime*, p. 216 et 217.

<sup>207</sup> *Ibid.* ; voir aussi Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 16 (libellé pratiquement identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption); et Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 10 à 12 (libellé identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption). McClean relève à ce propos que «[l']une des particularités du texte est qu'il traite très vite de la question du transfert de personnes détenues dans le mini[traité d'entraide judiciaire], bien avant les dispositions consacrées aux demandes d'entraide ou à la procédure à suivre» (McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 218).

demandent aux États parties : de désigner une autorité centrale qui a la responsabilité de traiter les demandes d'aide, entrantes ou sortantes<sup>208</sup>, en précisant que les demandes doivent généralement être adressées par écrit ; d'indiquer la ou les langues dans lesquelles ils considéreraient acceptable de recevoir les demandes ; et de donner notification au dépositaire de la Convention des Nations Unies contre la corruption (le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies) concernant l'autorité centrale désignée et la ou les langues jugées acceptables<sup>209</sup>. Le paragraphe 15 précise ce qui doit figurer dans toute demande d'entraide judiciaire, comme une indication concernant l'objet et la nature de l'enquête, et un résumé des faits pertinents<sup>210</sup>. Le paragraphe 16 autorise essentiellement l'État requis à demander un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément à son droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution<sup>211</sup>. Le paragraphe 17 dispose que toute demande doit être exécutée conformément au droit de l'État requis et, dans la mesure où cela ne contrevient pas

<sup>208</sup> La désignation d'une autorité centrale « est un élément commun à un grand nombre de traités et d'arrangements » ; il s'agit donc d'une obligation à laquelle les États ont l'habitude de se conformer [Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (voir *supra* la note 171), p. 161, par. 7.25].

<sup>209</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 8 et 9 (« 8. Les Parties désignent une autorité ou, si besoin est, des autorités qui ont la responsabilité et le pouvoir de répondre aux demandes d'entraide judiciaire ou de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution. L'autorité ou les autorités désignées à cette fin font l'objet d'une notification adressée au Secrétaire général. La transmission des demandes d'entraide judiciaire et de toute communication y relative se fait entre les autorités désignées par les Parties ; la présente disposition s'entend sans préjudice du droit de toute Partie d'exiger que ces demandes et communications lui soient adressées par la voie diplomatique et, dans des cas urgents, si les Parties en conviennent, par l'intermédiaire de l'[Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL)] si cela est possible. 9. Les demandes sont adressées par écrit, dans une langue acceptable pour la Partie requise. La ou les langues acceptables pour chaque Partie sont notifiées au Secrétaire général. En cas d'urgence et si les Parties en conviennent, les demandes peuvent être faites oralement, mais doivent être confirmées sans délai par écrit ») ; et Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 13 et 14 (libellé identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption).

<sup>210</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 10 (libellé quasi identique) ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 15 (libellé identique) ; Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (note 168 *supra*), art. 5, par. 1 (libellé quasi identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption, mais avec l'exigence supplémentaire que les demandes incluent : « f) La spécification du délai dans lequel l'État requérant souhaiterait qu'il soit donné suite à sa demande ») ; et ONUDC, *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 2<sup>e</sup> partie, « Revised Manual on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters », p. 93, par. 106 (« La plupart des instruments et des mécanismes, notamment la [Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes], la [Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée], la [Convention des Nations Unies contre la corruption] et le Mécanisme du Commonwealth [pour l'assistance mutuelle en matière criminelle], énumèrent les renseignements que les demandes doivent contenir. Malgré quelques différences dans les termes utilisés et sur des points de détail, les listes données par tous ces instruments sont, de manière générale, très semblables »).

<sup>211</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 11 (libellé quasi identique) ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 16 (libellé quasi identique) ; et Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (note 168 *supra*), art. 5, par. 3.

au droit interne de l'État requis et lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande<sup>212</sup>. La partie liminaire du paragraphe 17 vise à préserver l'intégrité du système juridique de l'État requis, parce que les actes demandés seront exécutés sur son territoire, tandis que, dans le reste du paragraphe, il est souligné qu'il y a lieu de suivre les procédures spécifiées par l'État requérant pour que, par exemple, les éléments de preuve recueillis soient admissibles selon les règles de procédure appliquées par ses tribunaux<sup>213</sup>.

140. Les paragraphes 13 à 17 sont un bon point de départ pour la rédaction de paragraphes à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* les paragraphes 10 à 14 du projet d'article 13 proposé).

141. Le paragraphe 18 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption porte sur la pratique des dépositions par vidéoconférence, technologie intéressante sur le plan des coûts, qui tend à se généraliser. S'il n'est pas obligatoire de prévoir des auditions par vidéoconférence, il est attendu, « lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, que les États parties prévoient la possibilité d'entendre un témoin par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable que ce dernier se déplace<sup>214</sup> ». L'inclusion d'une telle disposition inédite à l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>215</sup> a conduit la conférence diplomatique à adopter une note interprétative, qui se lit comme suit :

Il conviendrait d'indiquer dans les travaux préparatoires que la délégation italienne a présenté une proposition sur la question traitée dans ce paragraphe (voir document A/AC.254/5/Add.23). Durant le débat sur la proposition, il a été souligné que les dispositions ci-après figurant dans cette dernière, qui n'ont pas été reprises dans le texte de la Convention, pouvaient servir de principes directeurs aux États parties pour l'application du paragraphe 18 de l'article 18 :

« a) L'autorité judiciaire de l'État partie requis est chargée d'identifier la personne qui doit être entendue et, à l'issue de l'audition, de dresser un procès-verbal indiquant la date et le lieu de l'audition et les serments éventuellement prêtés. L'audition est conduite sans qu'aucune pression physique ou psychologique ne soit exercée sur la personne questionnée ;

« b) Si l'autorité judiciaire de l'État requis considère que, durant l'audition, les principes fondamentaux du droit dudit État sont enfreints, elle a le pouvoir d'interrompre l'audition ou, si possible, de prendre les mesures nécessaires pour la poursuite de l'audition conformément à ces principes ;

<sup>212</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 12 (libellé quasi identique) ; et Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 17 (libellé identique).

<sup>213</sup> Voir Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (note 171 *supra*), p. 165, par. 7.35 et 7.36.

<sup>214</sup> ONUDC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 188 et 189, par. 628 et 629.

<sup>215</sup> Le paragraphe 18 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée se lit comme suit : « Lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, si une personne qui se trouve sur le territoire d'un État Partie doit être entendue comme témoin ou comme expert par les autorités judiciaires d'un autre État Partie, le premier État Partie peut, à la demande de l'autre, autoriser son audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'elle compare en personne sur le territoire de l'État Partie requérant. Les États Parties peuvent convenir que l'audition sera conduite par une autorité judiciaire de l'État Partie requérant et qu'une autorité judiciaire de l'État Partie requis y assistera ».

«c) Au besoin, la personne qui doit être entendue et l'autorité judiciaire de l'État requis sont assistées d'un interprète;

«d) La personne qui doit être entendue peut se prévaloir du droit de ne pas témoigner prévu par le droit interne de l'État requis ou de l'État requérant; le droit interne de l'État requis s'applique aux faux témoignages;

«e) Tous les frais de la liaison vidéo sont à la charge de l'État partie requérant, qui peut également fournir du matériel technique selon les besoins<sup>216</sup>.»

Le paragraphe 18 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 24 du projet d'article 13 proposé).

142. Le paragraphe 19 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose que l'État partie requérant est généralement soumis à des restrictions quant à l'emploi ou à la communication d'informations fournies par l'État partie requis à des fins autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État partie requis<sup>217</sup>. Il existe toutefois une exception à cette obligation générale, lorsque l'information est à décharge (auquel cas l'information peut être divulguée à l'auteur présumé, mais l'État requis doit si possible en être informé au préalable). Le paragraphe 19 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 21 du projet d'article 13 proposé).

143. Le paragraphe 20 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption autorise l'État requérant à exiger que l'État requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter<sup>218</sup>. Le paragraphe 20 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 22 du projet d'article 13 proposé).

144. Les paragraphes 21 à 23 de l'article 46 de la Convention ont trait aux circonstances dans lesquelles une demande d'entraide judiciaire peut ou ne peut pas être

<sup>216</sup> Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (A/55/383/Add.1), par. 41. Voir aussi McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 226 et 227.

<sup>217</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 13 («La Partie requérante ne communique ni n'utilise les informations ou les témoignages fournis par la Partie requise pour des enquêtes, des poursuites pénales ou des procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de la Partie requise»); Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 12, par. 3 (libellé quasi identique à celui de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes); et Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 19 (libellé quasi identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption).

<sup>218</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 20 (libellé identique); et Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (note 168 *supra*), art. 9 («S'il en est prié par l'autre État: a) L'État requis s'efforcera de maintenir le secret sur la demande d'entraide judiciaire, sur sa teneur et les pièces à l'appui et sur le fait même de l'entraide. S'il n'est pas possible d'exécuter la demande sans rompre le secret, l'État requis en informera l'État requérant, qui décidera alors s'il maintient sa demande; b) L'État requérant maintiendra le secret sur les témoignages et les renseignements fournis par l'État requis, pour autant que les permettent les besoins de l'enquête et de la procédure spécifiées dans la demande»).

refusée. Le paragraphe 21 recense les motifs pour lesquels le refus est autorisé: a) lorsque la demande n'est pas conforme aux dispositions de l'article; b) si l'État requis estime que la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels; c) lorsque le droit interne de l'État requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue; et d) au cas où il serait contraire au système juridique de l'État requis concernant l'entraide judiciaire de faire droit à la demande<sup>219</sup>. S'agissant de ce dernier motif, une note interprétative a été adoptée lors de la rédaction du paragraphe correspondant de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, qui se lit comme suit:

Il conviendrait d'indiquer dans les travaux préparatoires que l'alinéa d du paragraphe 21 de cet article n'a pas pour objet d'encourager le refus de l'entraide pour une raison quelconque, mais doit être interprété comme ne retenant comme critère minimum que les principes fondamentaux du droit interne de l'État requis. Les travaux préparatoires devraient indiquer par ailleurs que les clauses proposées concernant les motifs de refus d'une demande présentée afin de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques, ainsi que l'exception prévue pour une infraction politique, ont été supprimées parce qu'il a été jugé qu'elles étaient suffisamment prises en compte par les mots «intérêts essentiels» figurant à l'alinéa b du paragraphe 21<sup>220</sup>.

Le paragraphe 23 demande à l'État requis d'exposer les motifs pour lesquels il refuse la demande d'entraide judiciaire<sup>221</sup>. Les paragraphes 21 et 23 sont un bon point de

<sup>219</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 15 (libellé quasi identique); Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 21 (libellé identique); Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (note 168 *supra*), art. 4, par. 1 («L'entraide peut être refusée: a) Si l'État requis estime que l'exécution de la demande d'entraide porterait atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts publics essentiels; b) Si l'infraction est considérée par l'État requis comme étant de caractère politique; c) S'il y a de sérieux motifs de croire que la demande d'entraide judiciaire a été présentée en vue de poursuivre une personne en raison de sa race, de son sexe, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou qu'il pourrait être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons; d) Si la demande se rapporte à une infraction pour laquelle la personne est poursuivie ou fait l'objet d'une enquête dans l'État requis ou pour laquelle des poursuites dans l'État requérant seraient incompatibles avec la législation de l'État requis sur la double poursuite au criminel (*ne bis in idem*); e) Si l'aide demandée contraindrait l'État requis à appliquer des mesures qui seraient incompatibles avec sa législation et sa pratique, si l'infraction avait fait l'objet d'enquêtes ou de poursuites en application de sa propre juridiction; f) L'acte en question est une infraction au regard de la loi militaire mais non au regard de la loi pénale ordinaire»); et Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 2 («L'entraide judiciaire pourra être refusée: a) si la demande se rapporte à des infractions considérées par la Partie requise soit comme des infractions politiques, soit comme des infractions connexes à des infractions politiques, soit comme des infractions fiscales; b) si la Partie requise estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son pays»).

<sup>220</sup> Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (A/55/383/Add.1), par. 42.

<sup>221</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 16 («Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé»); Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 23 (libellé identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption); et Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (note 168 *supra*), art. 4, par. 5 («Tout refus ou décision de différer l'entraide judiciaire sera accompagné de ses motifs»).

départ pour la rédaction de paragraphes à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* les paragraphes 16 et 17 du projet d'article 13 proposé).

145. Quant au paragraphe 22 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, il énonce, en ces termes, un motif pour lequel une demande ne peut pas être refusée : « Les États Parties ne peuvent refuser une demande d'entraide judiciaire au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales<sup>222</sup> ». Une telle disposition a toute sa place dans le contexte de la corruption (et dans celui de la criminalité transnationale organisée), où une infraction peut toucher à des questions d'évasion fiscale, de douanes ou d'accises. De telles questions n'ayant rien à voir avec les crimes contre l'humanité, il ne paraît pas souhaitable d'inclure une telle disposition dans un projet d'article consacré à l'entraide judiciaire.

146. Le paragraphe 24 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption dispose que la demande d'entraide judiciaire doit être exécutée dans les meilleurs délais, indiquant notamment que l'État partie requis « exécute la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés par l'État Partie requérant<sup>223</sup> ». Le paragraphe 24 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 15 du projet d'article 13).

147. Dans le même temps, le paragraphe 25 dispose que la demande d'entraide judiciaire « peut être différée par l'État Partie requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours<sup>224</sup> ». Le paragraphe 25 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 18 du projet d'article 13 proposé).

148. Le paragraphe 26 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption vise à éviter les situations où une demande d'entraide judiciaire est refusée ou

son exécution est différée, en appelant l'État partie requis à commencer par « étudier[r] avec l'État Partie requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État Partie requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières<sup>225</sup> ». Le paragraphe 26 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 19 du projet d'article 13 proposé).

149. Le paragraphe 27 de l'article 46 de la Convention est, en tout état de cause, une disposition d'« immunité », qui donne à ceux se rendant dans l'État requérant pour témoigner une certaine protection contre les poursuites, la détention ou les sanctions pendant qu'ils se trouvent sur le territoire de l'État en question<sup>226</sup>. Le paragraphe 27

<sup>225</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 26 (libellé identique). Pour un examen de la question, voir McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 232 et 233.

<sup>226</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 18 (libellé quasi identique); Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 27 (libellé quasi identique); Mécanisme du Commonwealth pour l'assistance mutuelle en matière criminelle, art. 25 (« 1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 24, les témoins qui comparaissent dans l'État requérant à la suite d'une demande présentée en vertu du paragraphe 23 ou les personnes transférées vers ce pays en réponse à une demande présentée au titre du paragraphe 24 bénéficieront dans ce pays d'une immunité de poursuites, de détention et d'autres restrictions à la liberté personnelle à raison de crimes, d'omissions ou de condamnations antérieures à leur départ du pays requis. 2) L'immunité conférée dans ce paragraphe cesse : a) dans le cas de témoins comparissant à la suite d'une demande présentée en vertu du paragraphe 23 qui ont eu, pendant une période de quinze jours consécutifs à compter de la date à laquelle ils ont été avisés par l'autorité compétente de l'État requérant que leur présence n'était plus nécessaire pour que le tribunal puisse exercer sa juridiction au pénal, l'occasion de quitter le pays, mais qui ne l'ont pas fait ou qui, ayant quitté le pays, y sont retournés; b) dans le cas de personnes transférées en réponse à une demande formulée au titre du paragraphe 24 et qui étaient détenues lorsqu'elles ont été remises à l'État requis »); Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, art. 12, par. 1 (« Aucun témoin ou expert, de quelque nationalité qu'il soit, qui, à la suite d'une citation, comparaitra devant les autorités judiciaires de la Partie requérante, ne pourra être ni poursuivi, ni détenu, ni soumis à aucune autre restriction de sa liberté individuelle sur le territoire de cette Partie pour des faits ou condamnations antérieurs à son départ du territoire de la Partie requise »); et Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (note 168 *supra*), art. 15 (« 1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, quand une personne se trouve sur le territoire de l'État requérant par suite d'une demande faite en application des articles 13 ou 14 du présent Traité : a) Cette personne ne sera ni détenue, ni poursuivie, ni punie, ni soumise à quelque autre restriction de liberté personnelle que ce soit dans l'État requérant, pour quelque acte, omission ou condamnation que ce soit antérieurs à son départ du territoire de l'État requis; b) Cette personne ne pourra être tenue, sans son consentement, de témoigner dans quelque procédure ou de prêter son concours à quelque enquête que ce soit, hormis la procédure ou l'enquête à laquelle se rapporte la demande d'entraide judiciaire. 2. Les dispositions du paragraphe 1 du présent article cesseront d'être applicables si la personne en cause, étant libre de partir, n'a pas quitté le territoire de l'État requérant dans un délai de [15] jours ou dans tout autre délai plus long convenu par les Parties après qu'il lui aura été officiellement notifié que sa présence a cessé d'être nécessaire ou si, de sa propre volonté, elle est retournée dans ce territoire après l'avoir quitté. 3. Une personne qui ne défère pas à une demande faite en application de l'article 13 ou à une invitation faite en application de l'article 14 ne pourra de ce fait encourir quelque sanction ou mesure coercitive que ce soit, nonobstant toute affirmation contraire dans la demande ou l'invitation »). Pour un examen de la question, voir Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (note 171 *supra*), p. 171, par. 7.55; et McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 233 et 234.

<sup>222</sup> Voir aussi Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 13 (« Aucune des infractions visées à l'article 2 ne peut être considérée, aux fins d'extradition ou d'entraide judiciaire, comme une infraction fiscale. En conséquence, les États Parties ne peuvent invoquer uniquement le caractère fiscal de l'infraction pour refuser une demande d'entraide judiciaire ou d'extradition »); et Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 22 (libellé identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption).

<sup>223</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 24 (libellé identique). Pour un examen de la question, voir McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 231 et 232.

<sup>224</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 25 (libellé identique); Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (note 168 *supra*), art. 4, par. 3 (« L'État requis peut surseoir à l'exécution de la demande si son exécution immédiate risque d'entraver une enquête en cours ou des poursuites dans l'État requis »); et Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 17 (« L'entraide judiciaire peut être différée par la Partie requise au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites pénales ou une procédure judiciaire en cours. En pareil cas, la Partie requise consulte la Partie requérante afin de déterminer si cette entraide peut encore être fournie aux conditions jugées nécessaires par la Partie requise »).

est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 23 du projet d'article 13 proposé).

150. Le paragraphe 28 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption traite de la question des coûts, indiquant notamment que « [l]es frais ordinaires encourus pour exécuter une demande sont à la charge de l'État Partie requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États Parties concernés<sup>227</sup> ». Une note interprétative relative à la disposition identique de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée donne des orientations utiles :

Il conviendrait d'indiquer dans les travaux préparatoires que nombre des frais afférents à l'exécution des demandes visées aux paragraphes 10, 11 et 18 de l'article 18 seraient généralement considérés comme extraordinaires. En outre, il faudrait préciser qu'il est entendu que les pays en développement peuvent avoir des difficultés à assumer même certains frais ordinaires et qu'il devrait leur être fourni une assistance appropriée pour leur permettre de se conformer aux exigences du présent article<sup>228</sup>.

Le paragraphe 28 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 28 du projet d'article 13 proposé).

151. Le paragraphe 29 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption a trait à la fourniture de dossiers, de documents ou de renseignements administratifs par l'État requis à l'État requérant, et indique que l'État requis « [f]ournit » une telle information, tandis qu'il « [p]eut, à son gré, fournir » des informations auxquelles le public n'a pas accès<sup>229</sup>. Le paragraphe 29 est un bon point de départ pour la rédaction d'un paragraphe à insérer dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire (voir *infra* le paragraphe 20 du projet d'article 13 proposé).

### C. Projet d'article 13. Entraide judiciaire

152. À la lumière des sources indiquées ci-dessus, le Rapporteur spécial considère qu'il faudrait s'inspirer largement, pour la rédaction d'un projet d'article sur l'entraide judiciaire en cas de crimes contre l'humanité, du libellé de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. À ce jour, 181 États ont adhéré au texte de la Convention, et ses dispositions offrent de nombreuses orientations quant aux droits, aux obligations et aux procédures relatifs à l'entraide judiciaire susceptibles d'être invoqués dans le contexte des crimes contre l'humanité (y compris dans des situations où il n'existe aucun traité d'entraide judiciaire entre les États concernés), qui sont bien comprises par les États, notamment grâce aux guides détaillés et aux autres ressources mises au point

<sup>227</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, art. 7, par. 19 (libellé quasi identique) ; et Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 28 (libellé identique).

<sup>228</sup> Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (A/55/383/Add.1), par. 43. Voir aussi McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 234 à 236.

<sup>229</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 18, par. 29 (libellé identique).

par l'ONUDC<sup>230</sup>. De plus, même si les crimes contre l'humanité sont d'une nature complètement différente de celle des crimes de corruption, les questions qui se posent dans le contexte de l'entraide judiciaire sont essentiellement les mêmes, indépendamment de la nature du crime en question.

153. Il reste que certaines modifications sont nécessaires. Il convient d'apporter des changements rédactionnels par souci de cohérence avec les projets d'article qui ont déjà été adoptés à titre provisoire. Par exemple, il faudrait remplacer : « article » par « projet d'article » ; « la présente Convention » par « le présent projet d'articles » ; « sur le territoire » de l'État par « sur le territoire relevant de la juridiction » de l'État ; et « État Partie » par « État ». Il faut aussi, en divers endroits, modifier le texte pour qu'il apparaisse clairement que les infractions visées sont des « crimes contre l'humanité » et non des « infractions » en général. On pourrait rendre plus clair le paragraphe 7 de l'article 46 en remplaçant « les dispositions correspondantes de ce traité sont applicables » par « les dispositions de ce traité s'appliquent à leur place », aux fins du paragraphe 9 du projet d'article 13. De plus, les paragraphes 4 et 5 de l'article 46 mentionnent « des enquêtes et des poursuites pénales » tandis que la plupart des autres paragraphes (par exemple, les paragraphes 1, 2, 10 et 19) indiquent « des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires ». Par souci d'harmonisation, cette dernière formule est utilisée aux paragraphes 6 et 7 du projet d'article 13.

154. Il est également souhaitable de procéder à certains changements de structure et de fond. Premièrement, en ce qui concerne la structure, il faudrait regrouper plusieurs paragraphes qui portent sur des questions comparables, en ajoutant des intertitres pour aider le lecteur à se repérer.

155. Deuxièmement, en ce qui concerne le fond, on pourrait, au paragraphe 3 de l'article 46, modifier la liste des types d'entraide possibles, puisqu'il sera question de crimes contre l'humanité et non de corruption. À cette fin, la liste illustrative donnée à l'alinéa *f* (« y compris des documents administratifs, bancaires, financiers ou commerciaux et des documents de société ») est supprimée car elle insiste sur les documents financiers, ce qui n'est pas opportun. Les deux derniers types d'entraide indiqués aux alinéas *j* et *k*<sup>231</sup> sont liés de manière univoque à la Convention des Nations Unies contre la corruption, car ils visent expressément les dispositions détaillées du chapitre V de la Convention consacré au recouvrement d'avoirs. En tant que tels, ils ne conviennent pas aux fins du présent projet d'articles et sont supprimés. Pourtant, comme il arrive que la commission d'un crime contre l'humanité entraîne des situations où des biens ont été volés et où l'entraide judiciaire concernant ces biens pourrait être utile pour prouver le crime, l'alinéa *g* est maintenu. Pour en améliorer le libellé, les mots « des gels » sont déplacés de l'alinéa *c* à l'alinéa *g*, de sorte que le nouvel alinéa *g* se lirait comme suit : « identifier, localiser ou geler des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve ».

<sup>230</sup> Voir *supra* la note 35.

<sup>231</sup> L'article 46, par. 3 *j* et *k*, se lit comme suit : « *j*) Identifier, geler et localiser le produit du crime, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention ; *k*) Recouvrer des avoirs, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention ».

156. Le paragraphe 9 de l'article 46 porte sur une demande d'entraide judiciaire en l'absence de double incrimination. Le présent projet d'articles ayant été conçu pour garantir la double incrimination concernant les crimes contre l'humanité, le paragraphe 9 est supprimé parce que superflu.

157. Enfin, le paragraphe 22 de l'article 46 contient une disposition qui empêche tout État partie de refuser l'entraide judiciaire au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales. Comme cela est indiqué plus haut, de telles questions n'ont rien à voir avec l'infraction de crime contre l'humanité; il ne paraît donc pas souhaitable d'inclure une telle disposition dans un projet d'article sur l'entraide judiciaire.

158. Ayant ces considérations à l'esprit, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

« *Projet d'article 13. Entraide judiciaire*

« *Coopération générale*

« 1. Les États s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, des poursuites et des procédures judiciaires concernant les infractions visées au projet d'article 5 conformément au présent projet d'article.

« 2. L'entraide judiciaire la plus large possible est accordée, autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État requis le permettent, lors des enquêtes, des poursuites et des procédures judiciaires concernant les infractions dont une personne morale peut être tenue responsable dans l'État requérant, conformément au paragraphe 7 du projet d'article 5.

« 3. L'entraide judiciaire qui est accordée en application du présent projet d'article peut être demandée aux fins suivantes :

« a) recueillir des témoignages ou des dépositions ;

« b) signifier des actes judiciaires ;

« c) effectuer des perquisitions et des saisies ;

« d) examiner des objets et visiter des lieux ;

« e) fournir des informations, des pièces à conviction et des estimations d'experts ;

« f) fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et de dossiers pertinents ;

« g) identifier, localiser ou geler des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve ;

« h) faciliter la comparution volontaire de personnes dans l'État requérant ; ou

« i) fournir tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État requis.

« 4. Les États ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent projet d'article.

« 5. Les États envisagent, s'il y a lieu, la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent projet d'article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent.

« *Communication d'informations sans demande préalable*

« 6. Sans préjudice du droit interne, les autorités compétentes d'un État peuvent, sans demande préalable, communiquer des informations concernant des crimes contre l'humanité à une autorité compétente d'un autre État, si elles pensent que ces informations pourraient aider celle-ci à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes, des poursuites et des procédures judiciaires, ou amener ce dernier État à formuler une demande en vertu du présent projet d'articles.

« 7. La communication d'informations conformément au paragraphe 6 du présent projet d'article se fait sans préjudice des enquêtes, des poursuites et des procédures judiciaires dans l'État dont les autorités compétentes fournissent les informations. Les autorités compétentes qui reçoivent ces informations accèdent à toute demande tendant à ce que lesdites informations restent confidentielles, même temporairement, ou à ce que leur utilisation soit assortie de restrictions. Toutefois, cela n'empêche pas l'État qui reçoit les informations de révéler, lors de la procédure judiciaire, des informations à la décharge d'un prévenu. Dans ce dernier cas, l'État qui reçoit les informations avise l'État qui les communique avant la révélation, et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État qui reçoit les informations informe sans retard de la révélation l'État qui les communique.

« *Relation avec les traités d'entraide judiciaire entre les États concernés*

« 8. Les dispositions du présent projet d'article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire.

« 9. Les paragraphes 10 à 28 du présent projet d'article sont applicables aux demandes faites conformément au présent projet d'article si les États en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Si lesdits États sont liés par un tel traité, les dispositions de ce traité s'appliquent à leur place, à moins que les États ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions des paragraphes 10 à 28 du présent projet d'article. Les États sont vivement encouragés à appliquer ces paragraphes s'ils facilitent la coopération.

« *Désignation d'une autorité centrale*

« 10. Chaque État désigne une autorité centrale qui a la responsabilité et le pouvoir de recevoir les

demandes d'entraide judiciaire et soit de les exécuter, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution. Si un État a une région ou un territoire spécial doté d'un système d'entraide judiciaire différent, il peut désigner une autorité centrale distincte qui aura la même fonction pour ladite région ou ledit territoire. Si l'autorité centrale transmet la demande à une autorité compétente pour exécution, elle encourage l'exécution rapide et en bonne et due forme de la demande par l'autorité compétente. L'autorité centrale désignée à cette fin fait l'objet d'une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où chaque État dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation du présent projet d'articles ou d'adhésion à celui-ci. Les demandes d'entraide judiciaire et toute communication y relative sont transmises aux autorités centrales désignées par les États. La présente disposition s'entend sans préjudice du droit de tout État d'exiger que ces demandes et communications lui soient adressées par la voie diplomatique et, en cas d'urgence, si les États en conviennent, par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle, si cela est possible.

« Procédures de présentation des demandes

« 11. Les demandes sont adressées par écrit ou, si possible, par tout autre moyen pouvant produire un document écrit, dans une langue acceptable pour l'État requis, dans des conditions permettant audit État d'en établir l'authenticité. La ou les langues acceptables pour chaque État sont notifiées au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où ledit État dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation du présent projet d'articles ou d'adhésion à celui-ci. En cas d'urgence et si les États en conviennent, les demandes peuvent être faites oralement mais doivent être confirmées sans délai par écrit.

« 12. Une demande d'entraide judiciaire doit contenir les renseignements suivants :

« a) la désignation de l'autorité dont émane la demande ;

« b) l'objet et la nature de l'enquête, des poursuites ou de la procédure judiciaire auxquelles se rapporte la demande, ainsi que le nom et les fonctions de l'autorité qui en est chargée ;

« c) un résumé des faits pertinents, sauf pour les demandes adressées aux fins de la signification d'actes judiciaires ;

« d) une description de l'assistance requise et le détail de toute procédure particulière que l'État requérant souhaite voir appliquée ;

« e) si possible, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée ; et

« f) le but dans lequel le témoignage, les informations ou les mesures sont demandés.

« 13. L'État requis peut demander un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour

exécuter la demande conformément au droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution.

« Réponse de l'État requis

« 14. Toute demande est exécutée conformément au droit interne de l'État requis et, dans la mesure où cela ne contrevient pas à la législation interne de l'État requis et lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande.

« 15. L'État requis exécute la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés par l'État requérant et qui sont motivés, de préférence dans la demande. L'État requis répond aux demandes raisonnables de l'État requérant concernant les progrès réalisés dans l'exécution de la demande. Quand l'entraide demandée n'est plus nécessaire, l'État requérant en informe promptement l'État requis.

« 16. L'entraide judiciaire peut être refusée :

« a) si la demande n'est pas faite conformément aux dispositions du présent projet d'article ;

« b) si l'État requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels ;

« c) au cas où le droit interne de l'État requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une procédure judiciaire dans le cadre de sa propre compétence ;

« d) au cas où il serait contraire au système juridique de l'État requis concernant l'entraide judiciaire d'accepter la demande.

« 17. Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé.

« 18. L'entraide judiciaire peut être différée par l'État requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours.

« 19. Avant de refuser une demande en vertu du paragraphe 16 du présent projet d'article ou d'en différer l'exécution en vertu du paragraphe 18, l'État requis étudie avec l'État requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières.

« 20. L'État requis :

« a) fournit à l'État requérant copie des dossiers, des documents ou des renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public a accès ; et

«b) peut, à son gré, fournir à l'État requérant, intégralement, en partie ou aux conditions qu'il estime appropriées, copie de tous dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public n'a pas accès.

«Utilisation de l'information par l'État requérant

«21. L'État requérant ne communique ni n'utilise les informations ou les éléments de preuve fournis par l'État requis pour des enquêtes, des poursuites ou des procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État requis. Rien dans le présent paragraphe n'empêche l'État requérant de révéler, lors de la procédure, des informations ou des éléments de preuve à décharge. Dans ce cas, l'État requérant avise l'État requis avant la révélation et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État requérant informe sans retard l'État requis de la révélation.

«22. L'État requérant peut exiger que l'État requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Si l'État requis ne peut satisfaire à cette exigence, il en informe sans délai l'État requérant.

«Déposition de personnes provenant de l'État requis

«23. Sans préjudice de l'application du paragraphe 27 du présent projet d'article, un témoin, un expert ou une autre personne qui, à la demande de l'État requérant, consent à déposer au cours d'une procédure ou à collaborer à une enquête, à des poursuites ou à une procédure judiciaire sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant ne sera pas poursuivi, détenu, puni ni soumis à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur ce territoire en raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État requis. Cette immunité cesse lorsque le témoin, l'expert ou ladite personne ayant eu, pendant une période de quinze jours consécutifs ou toute autre période convenue par les États à compter de la date à laquelle il a été officiellement informé que sa présence n'était plus requise par les autorités judiciaires, la possibilité de quitter le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant, y est néanmoins demeuré volontairement ou, l'ayant quitté, y est revenu de son plein gré.

«24. Lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, si une personne qui se trouve sur le territoire relevant de la juridiction d'un État doit être entendue comme témoin ou comme expert par les autorités judiciaires d'un autre État, le premier État peut, à la demande de l'autre, autoriser son audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'elle compare en personne sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant. Les États peuvent convenir que l'audition sera conduite par une autorité judiciaire de l'État requérant et qu'une autorité judiciaire de l'État requis y assistera.

«Transfert de personnes détenues dans l'État requis à des fins de témoignage

«25. Toute personne détenue ou purgeant une peine sur le territoire relevant de la juridiction d'un État, dont la présence est requise dans un autre État à des fins d'identification ou de témoignage ou pour qu'elle apporte de toute autre manière son concours à l'obtention de preuves dans le cadre d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires relatives aux infractions visées au projet d'article 5, peut faire l'objet d'un transfert si les conditions ci-après sont réunies :

«a) ladite personne y consent librement et en toute connaissance de cause ; et

«b) les autorités compétentes des deux États concernés y consentent, sous réserve des conditions que ces États peuvent juger appropriées.

«26. Aux fins du paragraphe 25 du présent projet d'article :

«a) L'État vers lequel la personne est transférée a le pouvoir et l'obligation de la garder en détention, sauf demande ou autorisation contraire de la part de l'État à partir duquel elle a été transférée ;

«b) L'État vers lequel la personne est transférée s'acquitte sans retard de l'obligation de la remettre à la garde de l'État à partir duquel elle a été transférée, conformément à ce qui aura été convenu au préalable ou autrement décidé par les autorités compétentes des deux États ;

«c) L'État vers lequel la personne est transférée ne peut exiger de l'État à partir duquel elle a été transférée qu'il engage une procédure d'extradition pour qu'elle lui soit remise ; et

«d) Il est tenu compte de la période que la personne a passée en détention dans l'État vers lequel elle a été transférée aux fins du décompte de la peine à purger dans l'État à partir duquel elle a été transférée.

«27. À moins que l'État à partir duquel une personne doit être transférée en vertu des paragraphes 25 et 26 du présent projet d'article ne donne son accord, ladite personne, quelle que soit sa nationalité, n'est pas poursuivie, détenue, punie ni soumise à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur le territoire relevant de la juridiction de l'État vers lequel elle est transférée en raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire relevant de la juridiction de l'État à partir duquel elle a été transférée.

«Frais

«28. Les frais ordinaires encourus pour l'exécution d'une demande sont à la charge de l'État requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États concernés. Lorsque des dépenses importantes ou extraordinaires sont ou se révèlent ultérieurement nécessaires pour exécuter la demande, les États se consultent pour fixer les conditions selon lesquelles la demande sera exécutée, ainsi que la manière dont les frais seront assumés.»



## CHAPITRE IV

## Victimes, témoins et autres personnes touchées

## A. Aperçu

159. La perpétration d'un crime contre l'humanité fait invariablement naître des questions concernant les victimes, les témoins et les autres personnes touchées. Or, à l'heure actuelle, aucun traité de portée universelle n'aborde la question des droits que le droit interne garantit à ces personnes dans le contexte des crimes contre l'humanité.

160. Il se peut qu'une victime, un témoin ou une autre personne souhaite communiquer des informations au sujet d'un crime, informations qui pourraient aider à appréhender les auteurs présumés, à les poursuivre ou à les extradier, ou bien à prévenir la consommation d'autres crimes. La personne qui se manifeste ainsi risque toutefois d'être menacée ou intimidée par ceux qui ne souhaitent pas qu'elle parle.

161. Il se peut également qu'une victime souhaite participer à la procédure engagée contre l'auteur présumé du crime, et ce, pour diverses raisons, par exemple pour présenter ses vues et préoccupations, corroborer certains faits ou être reconnue en tant que victime<sup>232</sup>.

162. Il se peut en outre qu'une victime souhaite obtenir réparation de la part des responsables du crime, notamment sous la forme de mesures de restitution, d'indemnisation ou de satisfaction<sup>233</sup>.

163. Les normes internationales relatives aux droits des victimes sont assez récentes; elles remontent pour l'essentiel aux années 1980<sup>234</sup>. Nombre de traités portant sur des infractions de droit interne adoptés avant cette période sont donc muets au sujet des victimes et des témoins, notamment: la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide; la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs; la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques; et la Convention internationale contre la prise d'otages.

164. Les traités de portée universelle visant à lutter contre le terrorisme postérieurs aux années 1980

<sup>232</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, décision relative à la participation des victimes, 18 janvier 2008, Cour pénale internationale, Chambre de première instance I, par. 39.

<sup>233</sup> Certains commentateurs ont souligné la corrélation existant entre l'objectif de la participation et la réparation. Voir, par exemple, Cassese *et al.*, *Cassese's International Criminal Law*, p. 387.

<sup>234</sup> Fernández de Casadevante Romani fait observer que «[l]es normes internationales relatives aux victimes sont elles aussi récentes, les plus anciennes remontant aux années 1980 et les dernières en date à 2006». Il ajoute qu'«[a]uparavant, ni le droit international ni le droit interne ne tenaient compte de la victime. Le droit interne, parce que le droit pénal subjectif (*ius puniendi*) était traditionnellement axé sur le crime, à l'exclusion de la victime; le droit international, parce qu'il a toujours envisagé la responsabilité du point de vue de l'auteur de l'infraction: l'État (en droit international des droits de l'homme), la personne ou l'État (en droit international humanitaire) ou la personne (en droit pénal international), sans jamais faire cas de la victime» (Fernández de Casadevante Romani, *International Law of Victims*, p. 5 et 6).

n'abordent pas non plus, pour la plupart, les droits des victimes et des témoins<sup>235</sup>; c'est le cas notamment des suivants: la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif; la Convention de l'OUA [Organisation de l'Unité africaine] sur la prévention et la lutte contre le terrorisme; la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire; et la Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme.

165. Certains traités de lutte contre un type de criminalité donné adoptés depuis les années 1980 s'intéressent toutefois à des questions relatives aux victimes et aux témoins, parmi lesquels des traités portant sur des infractions pouvant survenir dans le contexte de crimes contre l'humanité, comme la torture ou la disparition forcée. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, par exemple, consacre le droit des victimes et des témoins à la protection, ainsi que le droit des victimes d'obtenir réparation et d'être indemnisées (art. 13 et 14). Les droits des victimes et des témoins sont également envisagés dans d'autres traités, plus récents, relatifs à la corruption et à la criminalité transnationale organisée<sup>236</sup>. De surcroît, les statuts de juridictions internationales chargées de juger des crimes contre l'humanité prévoient que, dans l'exercice de leurs fonctions, ces juridictions doivent tenir compte des victimes et des témoins<sup>237</sup>.

166. L'Assemblée générale a également fourni aux États des orientations concernant le respect des droits des victimes de crimes, y compris les crimes contre l'humanité. Ainsi, la Déclaration des principes fondamentaux

<sup>235</sup> Voir Fernández de Casadevante Romani, «International law of victims». Il y a toutefois des exceptions. Voir Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 8, par. 4 («Chaque État Partie envisage de créer des mécanismes en vue de l'affectation des sommes provenant des confiscations visées au présent article à l'indemnisation des victimes d'infractions visées à l'article 2, paragraphe 1, alinéas a ou b, ou de leur famille»); et Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, art. 13 («Chaque Partie adopte les mesures qui s'avèrent nécessaires pour protéger et soutenir les victimes du terrorisme commis sur son propre territoire. Ces mesures comprendront, selon les systèmes nationaux appropriés et sous réserve de la législation interne, notamment l'aide financière et le dédommagement des victimes du terrorisme et des membres de leur famille proche»). Voir aussi Conseil de l'Europe, «Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des victimes d'actes terroristes, adoptées par le Comité des ministres le 2 mars 2005 lors de la 917<sup>e</sup> réunion des Délégués des ministres», dans *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme: les lignes directrices du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005.

<sup>236</sup> Voir Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24 et 25; et Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32 et 33.

<sup>237</sup> Voir, par exemple, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Voir aussi le Règlement de procédure et de preuve de la 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* (ICC-ASP/1/3 et Corr.1, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.03.V.2), règle 86 («Les Chambres, lorsqu'elles donnent un ordre ou une instruction, et les autres organes de la Cour, lorsqu'ils s'acquittent des fonctions qui leur sont dévolues par le Statut et le Règlement, tiennent compte des besoins des victimes et des témoins conformément à l'article 68, en particulier s'il s'agit d'enfants, de personnes âgées, de personnes handicapées et de victimes de violences sexuelles ou sexistes»).

de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, adoptée en 1985, traite de thèmes tels que l'accès à la justice, le traitement équitable, la restitution, l'indemnisation et l'assistance<sup>238</sup>. S'ils « n'entraînent pas de nouvelles obligations en droit international ou interne », 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, adoptés en 2005, définissent néanmoins des « mécanismes, modalités, procédures et méthodes pour l'exécution d'obligations juridiques qui existent déjà en vertu du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui sont complémentaires bien que différents dans leurs normes<sup>239</sup> ».

167. La plupart des traités s'intéressant aux victimes, telle la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>240</sup>, ne définissent pas le terme « victime », laissant aux États parties toute latitude pour déterminer ce qu'il recouvre dans le droit interne. Il existe toutefois certaines exceptions, parmi lesquelles la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (dont le paragraphe 1 de l'article 24 dispose qu'« on entend par "victime" la personne disparue et toute personne physique ayant subi un préjudice direct du fait d'une disparition forcée<sup>241</sup> ») et la Convention sur les armes à sous-munitions, qui contient une définition encore plus précise<sup>242</sup>. Dans certains traités, la notion de « victime » couvre

<sup>238</sup> Résolution 40/34 de l'Assemblée générale en date du 29 novembre 1985, annexe.

<sup>239</sup> Résolution 60/147 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 2005, annexe, préambule.

<sup>240</sup> Si la Convention elle-même ne contient pas de définition, le Comité contre la torture a néanmoins fait observer ce qui suit : « On entend par "victimes" les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions constituant des violations de la Convention. [...] Le terme de "victime" inclut également les membres de la famille proche ou les ayants cause de la victime ainsi que les personnes qui ont subi un préjudice alors qu'elles intervenaient pour venir en aide à la victime ou pour empêcher qu'elle ne devienne victime » [Comité contre la torture, observation générale n° 3 (2012) sur l'application de l'article 14 par les États parties, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 44 (A/68/44)*, annexe X, par. 3]. Le Comité a en outre déclaré qu'« [u]ne personne devrait être considérée comme étant une victime, que l'auteur de la violation ait été ou non identifié, appréhendé, poursuivi et reconnu coupable et indépendamment de tout lien de parenté ou d'autre nature qui peut exister entre l'auteur et la victime » (ibid.). Le raisonnement du Comité s'appuie sur 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 (voir la note précédente), par. 8. Voir aussi le projet de déclaration de principes du droit international sur la réparation aux victimes d'un conflit armé, Association de droit international, Conférence de La Haye (2010), art. 4, disponible à l'adresse suivante : [www.ila-hq.org/en\\_GB/documents/conference-resolution-the-hague-2010-french](http://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-resolution-the-hague-2010-french).

<sup>241</sup> Voir aussi Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, p. 241 et 242.

<sup>242</sup> Art. 2, par. 1 (« On entend par "victimes d'armes à sous-munitions" toutes les personnes qui ont été tuées ou ont subi un préjudice corporel ou psychologique, une perte matérielle, une marginalisation sociale ou une atteinte substantielle à la jouissance de leurs droits suite à l'emploi d'armes à sous-munitions; les victimes d'armes à sous-munitions englobent les personnes directement touchées par les armes à sous-munitions ainsi que leur famille et leur communauté affectées »).

uniquement les personnes physiques; dans d'autres, elle s'étend aux personnes morales<sup>243</sup>. En son alinéa *a*, la règle 85 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale définit la « victime » comme « toute personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour<sup>244</sup> », tandis qu'en son alinéa *b*, elle élargit cette définition aux personnes morales ayant subi un dommage direct en disposant que « [l]e terme "victime" peut aussi s'entendre de toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires a subi un dommage direct<sup>245</sup> ».

168. Si le terme « victime » s'entend généralement au moins de la personne qui a directement subi le préjudice et, si celle-ci a perdu la vie, de ses parents proches, la plupart des traités ne tentent pas de le définir, laissant aux États le soin de le faire dans la législation interne, où la notion de « victime » est déjà envisagée dans divers contextes. De fait, certains participants au Groupe de travail intersessions à composition non limitée qui a élaboré la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ont fait observer que les juridictions nationales devaient avoir une certaine latitude pour ce qui était de décider qui devait bénéficier de mesures de réparation<sup>246</sup>. Aux fins du présent projet d'articles, il convient de laisser aux États le soin de déterminer les types de personnes pouvant être qualifiées de « victimes » d'un crime contre l'humanité.

169. Le reste du présent chapitre porte sur les trois principales questions à examiner en ce qui concerne les victimes, les témoins et les autres personnes touchées : la protection de ces trois catégories de personnes; la participation des victimes aux procédures judiciaires; et les mesures de réparation à accorder aux victimes.

<sup>243</sup> On peut comparer l'article 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (qui garantit uniquement les droits de l'homme des personnes naturelles) et l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme (dans lequel la « victime d'une violation » peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale).

<sup>244</sup> Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale (voir *supra* la note 237), règle 85, al. *a*. La Chambre préliminaire I a dit ce qui suit : « La règle 85 *a* énonce quatre critères nécessaires à la reconnaissance de la qualité de victime : la victime doit être une personne physique; elle doit avoir subi un préjudice; le crime dont découle le préjudice doit relever de la compétence de la Cour; et il doit exister un lien de causalité entre le crime et le préjudice » (*Situation en République démocratique du Congo*, affaire n° ICC-01/04, décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, 17 janvier 2006, Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I, par. 79).

<sup>245</sup> Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale (voir *supra* la note 237), règle 85, al. *b*. Aux termes de cette règle, une personne morale doit avoir subi un « dommage direct ». L'alinéa *a* de la règle 85 ne pose pas la même condition pour les personnes physiques, mais la Chambre d'appel a néanmoins jugé que seules les personnes ayant subi un dommage direct seraient considérées comme des victimes au sens de cette disposition. Voir *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la Défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janvier 2008 par la Chambre de première instance I, 11 juillet 2008, Cour pénale internationale, Chambre d'appel, par. 32 à 39.

<sup>246</sup> Voir Commission des droits de l'homme, rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée (note 159 *supra*), par. 83.

## B. Dépôts de plainte par les victimes et d'autres personnes et protection des intéressés

170. Ainsi qu'il est exposé plus haut, bon nombre de traités portant sur des infractions de droit interne sont muets en ce qui concerne les victimes et les témoins. Les autres abordent généralement : a) le droit d'une personne de saisir les autorités compétentes; et b) la protection octroyée par l'État partie au plaignant et aux témoins, qui permet à ceux-ci de se manifester sans crainte d'être maltraités ou intimidés.

171. Ainsi, l'article 13 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants se lit comme suit :

Tout État partie assure à toute personne qui prétend avoir été soumise à la torture sur tout territoire sous sa juridiction le droit de porter plainte devant les autorités compétentes dudit État qui procéderont immédiatement et impartialement à l'examen de sa cause. Des mesures seront prises pour assurer la protection du plaignant et des témoins contre tout mauvais traitement ou toute intimidation en raison de la plainte déposée ou de toute déposition faite<sup>247</sup>.

172. En ce qui concerne les mesures prises par les autorités comme suite au dépôt d'une plainte, on retiendra qu'aux termes de l'article 7 du présent projet d'articles «[t]out État veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en voie d'être commis sur tout territoire sous sa juridiction».

173. Certains traités plus récents élargissent le bénéfice de la protection à d'autres personnes que les plaignants et les témoins. Ainsi, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption prévoient que l'État partie doit assurer une protection aux personnes qui témoignent concernant des infractions établies conformément à leurs dispositions et, s'il y a lieu, «à leurs parents et à d'autres personnes qui leur sont proches<sup>248</sup>». Le paragraphe 1 de l'article 12 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées se lit comme suit :

Tout État partie assure à quiconque alléguant qu'une personne a été victime d'une disparition forcée le droit de dénoncer les faits devant les autorités compétentes, lesquelles examinent rapidement et impartialement l'allégation et, le cas échéant, procèdent sans délai à une enquête approfondie et impartiale. Des mesures appropriées sont prises, le cas échéant, pour assurer la protection du plaignant, des témoins, des proches de la personne disparue et de leurs défenseurs ainsi que de ceux qui participent à l'enquête contre tout mauvais traitement ou toute intimidation en raison de la plainte déposée ou de toute déposition faite<sup>249</sup>.

<sup>247</sup> Voir aussi Nowak et McArthur, *The United Nations Convention Against Torture...*, p. 450.

<sup>248</sup> Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24; et Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32. L'expression «et à d'autres personnes qui leur sont proches» vise à couvrir les personnes qui, sans être membres de la famille du témoin, risquent néanmoins d'être en danger parce qu'elles sont particulièrement proches de celui-ci, par exemple, un concubin ou un partenaire commercial (voir McClean, *Transnational Organized Crime...*, p. 260 et 261).

<sup>249</sup> Voir aussi Principes fondamentaux et directives... (note 239 *supra*), par. 12 b (où il est dit que les États devraient «[p]rendre des mesures pour limiter autant que possible les difficultés rencontrées par les victimes et leurs représentants, protéger comme il convient leur vie privée de toute

174. Les statuts des juridictions pénales internationales, eux, sont plus restrictifs en ce qui concerne les catégories de personnes à protéger. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale<sup>250</sup>, le Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>251</sup>, le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda<sup>252</sup> et la loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique<sup>253</sup> protègent uniquement les «victimes» et les «témoins»<sup>254</sup>.

175. La plupart des traités ne font pas de différence entre les types de témoins et de victimes en faveur desquels des mesures de protection doivent être ordonnées. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale pose qu'il convient d'accorder une attention particulière aux enfants et aux victimes de violences sexuelles ou sexistes (art. 68, par. 2)<sup>255</sup>, mais, selon un commentateur, «[l]es dispositions telles

ingérence illégale et assurer leur sécurité, ainsi que celle de leur famille et de leurs témoins, en les préservant des manœuvres d'intimidation et des représailles, avant, pendant et après les procédures judiciaires, administratives ou autres mettant en jeu les intérêts des victimes».

<sup>250</sup> Art. 68, par. 1 («La Cour prend les mesures propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins [...] en particulier au stade de l'enquête et des poursuites»).

<sup>251</sup> Voir le Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, et actualisé dans le rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité (S/25704 et Corr.1 et Add.1), annexe, art. 22 («Le Tribunal international prévoit dans ses règles de procédure et de preuve des mesures de protection des victimes et des témoins»). Voir aussi le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (IT/32/Rev.50), règles 69 et 75, disponible à l'adresse suivante : [www.icty.org/fr/documents/reglement-de-procedure-et-de-preuve](http://www.icty.org/fr/documents/reglement-de-procedure-et-de-preuve).

<sup>252</sup> Aux termes de l'article 21, «[l]e Tribunal international pour le Rwanda prévoit dans son règlement de procédure et de preuve des mesures de protection des victimes et des témoins». Voir aussi le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda (13 mai 2015) [ITR/3/REV.1], règles 69 et 75.

<sup>253</sup> Cambodge, loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique, art. 33 («La Chambre extraordinaire de première instance veille à ce que les procès soient équitables et dans un délai raisonnable, et conduits conformément aux procédures en vigueur, en respectant pleinement les droits des accusés et en assurant la protection des victimes et des témoins»). Voir aussi Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, *Règlement intérieur* (Rev.9), règle 12 *bis*.

<sup>254</sup> Par contre, l'article 16 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone fait référence à des mesures de protection destinées «aux témoins, aux victimes et aux autres personnes qui apparaissent devant le Tribunal et que leur témoignage peut mettre en danger» [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 (et Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone), fait à Freetown le 16 janvier 2002, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, n° 38342, p. 137]. Le paragraphe 4 de l'article 12 du Statut du Tribunal spécial pour le Liban [résolution 1757 (2007) du Conseil de sécurité en date du 30 mai 2007, pièce jointe], mentionne «toutes mesures nécessaires pour garantir la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins [et] toute autre assistance appropriée aux témoins qui comparaissent devant le Tribunal spécial et à tous ceux que les dépositions des témoins exposent à des risques».

<sup>255</sup> Voir aussi Cour pénale internationale, Bureau du Procureur, *Politique générale relative aux enfants*, disponible à l'adresse suivante : [www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115\\_OTP\\_ICC\\_Policy-on-Children\\_Fra.PDF](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115_OTP_ICC_Policy-on-Children_Fra.PDF), et *Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste*, disponible à l'adresse suivante : [www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes\\_20\\_June\\_2014\\_FRE.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes_20_June_2014_FRE.pdf).

celle-ci, généralement précédées de l'expression "en particulier", n'ont guère d'autre valeur qu'indicative<sup>256</sup>».

176. Certains traités énoncent les mesures qui «peuvent» être prises ou que l'État «envisage» pour protéger les victimes, les témoins et autres personnes<sup>257</sup>. Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention des Nations Unies contre la corruption se lit comme suit :

2. Les mesures envisagées au paragraphe 1 du présent article peuvent consister notamment, sans préjudice des droits du défendeur, y compris du droit à une procédure régulière :

a) À établir, pour la protection physique de ces personnes, des procédures visant notamment, selon les besoins et dans la mesure du possible, à leur fournir un nouveau domicile et à permettre, s'il y a lieu, que les renseignements concernant leur identité et le lieu où elles se trouvent ne soient pas divulgués ou que leur divulgation soit limitée ;

b) À prévoir des règles de preuve qui permettent aux témoins et experts de déposer d'une manière qui garantisse leur sécurité, notamment à les autoriser à déposer en recourant à des techniques de communication telles que les liaisons vidéo ou à d'autres moyens adéquats.

177. Entre autres mesures<sup>258</sup> énoncées dans certains traités, on peut citer le recueil de dépositions par des moyens électroniques ou d'autres moyens spéciaux<sup>259</sup>, la protection de la vie privée et de l'identité des témoins et des victimes<sup>260</sup>, la tenue des débats à huis clos<sup>261</sup>, la

<sup>256</sup> Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, p. 1059.

<sup>257</sup> Voir Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, art. 8, par. 1 f et 5 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24, par. 2 ; et 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. 6, par. 3.

<sup>258</sup> Pour les mesures énoncées dans les règlements de procédure et de preuve de juridictions pénales internationales, voir Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (note 251 *supra*), règle 75 ; Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda (note 252 *supra*), règle 69 ; Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale (note 237 *supra*), règles 87 et 88 ; et Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, *Règlement intérieur* (note 253 *supra*), règle 29.

<sup>259</sup> Voir Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 68, par. 2 («les Chambres de la Cour peuvent [...] permettre que les dépositions soient recueillies par des moyens électroniques ou autres moyens spéciaux») ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24, par. 2 b («À prévoir des règles de preuve qui permettent aux témoins de déposer d'une manière qui garantisse leur sécurité, notamment à les autoriser à déposer en recourant à des techniques de communication telles que les liaisons vidéo ou à d'autres moyens adéquats») ; et Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32, par. 2 b (libellé quasi identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée).

<sup>260</sup> Voir Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, art. 8, par. 1 e («En protégeant, s'il y a lieu, la vie privée et l'identité des enfants victimes et en prenant des mesures conformes au droit interne pour prévenir la diffusion de toute information pouvant conduire à leur identification») ; et Cambodge, loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique, art. 33 («Les mesures de protection comprennent entre autres [...] la protection de l'identité des victimes») [note 253 *supra*].

<sup>261</sup> Voir Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 68, par. 2 («les Chambres de la Cour peuvent, pour protéger les victimes et les témoins ou un accusé, ordonner le huis clos pour une partie quelconque de la procédure») ; et Cambodge, loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les

non-divulgaration d'éléments de preuve ou d'informations si la divulgation risque de mettre gravement en danger un témoin ou les membres de sa famille<sup>262</sup>, et la fourniture d'un nouveau domicile aux victimes ou aux témoins<sup>263</sup>.

178. Si le fait d'énoncer les mesures pouvant être prises présente certes des avantages, en fin de compte, la seule obligation faite aux États est de protéger les victimes et les témoins, et les mesures prises pour ce faire varieront inévitablement en fonction des circonstances, des moyens dont l'État dispose et des préférences des victimes, des témoins et des plaignants. Le libellé de la disposition pertinente de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (reproduite au paragraphe 173 *supra*) semble donc approprié dans le contexte des crimes contre l'humanité<sup>264</sup>.

179. Cela étant, les mesures de protection prises par l'État, par exemple la nondivulgation de l'identité d'un témoin, peuvent avoir des conséquences sur les droits de l'accusé. C'est pourquoi certains traités, notamment le Statut de Rome de la Cour pénale internationale<sup>265</sup>, le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants<sup>266</sup>, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>267</sup> et la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>268</sup>, posent qu'elles ne doivent pas porter atteinte aux droits de l'accusé<sup>269</sup>.

auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique, art. 33 («[I]es mesures de protection comprennent entre autres la tenue d'audiences à huis clos») [note 253 *supra*].

<sup>262</sup> Voir Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 68, par. 5 («Lorsque la divulgation d'éléments de preuve et de renseignements en vertu du présent Statut risque de mettre gravement en danger un témoin ou les membres de sa famille, le Procureur peut, dans toute procédure engagée avant l'ouverture du procès, s'abstenir de divulguer ces éléments de preuve ou renseignements et en présenter un résumé. De telles mesures doivent être appliquées d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial»).

<sup>263</sup> Voir Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 24, par. 2 a («À établir, pour la protection physique de ces personnes, des procédures visant notamment, selon les besoins et dans la mesure du possible, à leur fournir un nouveau domicile et à permettre, le cas échéant, que les renseignements concernant leur identité et le lieu où elles se trouvent ne soient pas divulgués ou que leur divulgation soit limitée») ; et Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 32, par. 2 a (libellé quasi identique).

<sup>264</sup> Le paragraphe 1 de l'article 12 est ainsi libellé dans sa partie pertinente : «Des mesures appropriées sont prises, le cas échéant, pour assurer la protection du plaignant, des témoins, des proches de la personne disparue et de leurs défenseurs ainsi que de ceux qui participent à l'enquête contre tout mauvais traitement ou toute intimidation en raison de la plainte déposée ou de toute déposition faite.»

<sup>265</sup> Art. 68, par. 1 («Ces mesures ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial»).

<sup>266</sup> Art. 8, par. 6 («Aucune des dispositions du présent article ne porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable et impartial ou n'est incompatible avec ce droit»).

<sup>267</sup> Art. 24, par. 2 («[I]es mesures envisagées au paragraphe 1 du présent article peuvent consister notamment, sans préjudice des droits du défendeur»).

<sup>268</sup> Art. 32, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée).

<sup>269</sup> Voir aussi Principes fondamentaux et directives... (note 239 *supra*), par. 27 («Le présent document ne peut en aucune façon être interprété comme dérogeant aux droits reconnus à des tiers aux niveaux international ou national, en particulier le droit de l'accusé de bénéficier des garanties d'une procédure régulière»).

180. Compte tenu de ce qui précède, il semble judicieux d'inclure, dans un projet d'article sur les victimes, les témoins et les autres personnes touchées, une disposition concernant le droit de déposer plainte auprès des autorités compétentes et la protection du plaignant et d'autres personnes par l'État, en s'inspirant du texte de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, et compte tenu du projet d'article 7 et du fait que les mesures de protection adoptées, le cas échéant, ne doivent pas porter atteinte aux droits de l'accusé (voir *infra* le paragraphe 1 du projet d'article 14 proposé).

### C. Participation des victimes à la procédure pénale

181. En général, les traités portant sur des infractions de droit interne ne consacrent pas le droit des victimes de participer à la procédure pénale contre l'auteur présumé, même lorsqu'ils prévoient le dépôt de plaintes par les victimes et les témoins et la protection de ces catégories de personnes (comme c'est le cas des traités mentionnés dans la section précédente)<sup>270</sup>.

182. Si certains traités visant des infractions de droit interne font obligation à l'État de permettre aux victimes de participer à la procédure judiciaire engagée contre l'auteur présumé, ils lui donnent néanmoins une grande marge de manœuvre en ce qui concerne l'exécution de cette obligation. Ainsi, en son paragraphe 5, l'article 32 de la Convention des Nations Unies contre la corruption subordonne le droit des victimes au droit interne de l'État partie : «Chaque État Partie, sous réserve de son droit interne, fait en sorte que les avis et préoccupations des victimes soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs d'infractions d'une manière qui ne porte pas préjudice aux droits de la défense.» Comme le membre de phrase «sous réserve de son droit interne» l'indique, lorsque l'État est tenu d'autoriser la participation des victimes à la procédure, il dispose d'une latitude considérable pour ce faire. On trouvera des dispositions comparables à celle-ci dans les instruments suivants : le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants<sup>271</sup> ; la Convention

des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>272</sup> ; et le 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<sup>273</sup>. La marge de manœuvre accordée à l'État permet à celui-ci de s'acquitter de son obligation relative à la participation des victimes de la manière la plus opportune compte tenu de son droit interne.

183. Ni le Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ni le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda n'envisagent la participation des victimes aux procédures pénales. La loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique prévoit cependant que les victimes peuvent participer à la procédure de nombreuses manières, et notamment qu'elles peuvent se constituer parties civiles<sup>274</sup>, même si elles doivent pour ce faire remplir des conditions relativement strictes<sup>275</sup>. Cette approche reflète le droit cambodgien, influencé par le système français, lequel permet aux victimes de participer

d'une manière conforme aux règles de procédure du droit interne». Voir aussi Convention relative aux droits de l'enfant, art. 12, par. 2.

<sup>272</sup> Art. 25, par. 3 («Chaque État Partie, sous réserve de son droit interne, fait en sorte que les avis et préoccupations des victimes soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs d'infractions, d'une manière qui ne porte pas préjudice aux droits de la défense»).

<sup>273</sup> Art. 6, par. 2 («Chaque État partie s'assure que son système juridique ou administratif prévoit des mesures permettant de fournir aux victimes de la traite des personnes, lorsqu'il y a lieu : [...] b) Une assistance pour faire en sorte que leurs avis et préoccupations soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs d'infractions, d'une manière qui ne porte pas préjudice aux droits de la défense»). Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée impose de vastes obligations à l'État en ce qui concerne la protection des migrants victimes d'un acte visé par la Convention, mais ne prévoit pas distinctement la participation.

<sup>274</sup> Voir Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, *Règlement intérieur* (note 253 *supra*), règle 23 («1. Le but de l'action civile devant les [Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens] est de : a) Participer, en soutien à l'accusation, aux poursuites de personnes responsables d'un crime relevant de la compétence des [Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens], et b) Demander réparation collective et morale, conformément à la Règle 23 *quinquies*. 2. Le droit d'intenter une action civile peut être exercé sans distinction aucune fondée sur des critères tels que la résidence actuelle ou la nationalité. 3. La partie civile participe individuellement à la procédure pénale au stade préliminaire. Au stade du procès et à tout stade ultérieur, les parties civiles forment un collectif dont les intérêts sont représentés par les co-avocats principaux pour les parties civiles conformément à la Règle 12 *ter*. Les co-avocats principaux pour les parties civiles sont assistés des avocats des parties civiles conformément à la Règle 12 *ter* 3). Les co-avocats principaux pour les parties civiles déposent une seule demande de réparation collective et morale. 4. La partie civile ne peut pas être entendue en qualité de témoin dans la même affaire et, sous réserve de la Règle 62 concernant les commissions rogatoires, elle ne peut être entendue que dans les mêmes conditions que la personne mise en examen ou l'accusé»).

<sup>275</sup> *Ibid.*, règle 23 *bis* («1. Pour que l'action de la partie civile soit recevable, la personne ayant formé une demande de constitution de partie civile doit : a) justifier clairement de son identité ; b) démontrer qu'elle a effectivement subi un préjudice corporel, matériel ou moral résultant directement d'au moins un des crimes allégués à l'encontre de la personne mise en examen, et susceptible de servir de fondement à une demande de réparation collective et morale. Lorsqu'ils sont saisis d'une demande de constitution de partie civile, les co-juges d'instruction doivent être convaincus que les faits allégués au soutien de la demande sont établis sur la base de l'hypothèse la plus probable»).

<sup>270</sup> La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, par exemple, est muette à ce sujet. Le Comité contre la torture a toutefois souligné qu'il importait de faire participer les victimes aux procédures visant à leur permettre d'obtenir réparation. Voir l'observation générale n° 3 (note 240 *supra*), par. 4. Si elle ne prévoit pas expressément la participation des victimes aux procédures engagées devant la justice, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées contient néanmoins des dispositions concernant le droit des victimes d'avoir accès à certaines informations (art. 18) et de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée (art. 24). Pour un aperçu de la pratique des États en ce qui concerne la participation des victimes, voir Redress et Institute for Security Studies, *Victim Participation in Criminal Law Proceedings: Survey of Domestic Practice for Application to International Crimes Prosecutions*, septembre 2015, disponible à l'adresse suivante : <https://redress.org/wp-content/uploads/2017/12/September-Victim-Participation-in-criminal-law-proceedings.pdf>.

<sup>271</sup> Art. 8, par. 1 («Les États Parties adoptent à tous les stades de la procédure pénale les mesures nécessaires pour protéger les droits et les intérêts des enfants victimes des pratiques prosrites par le présent Protocole, en particulier : [...] c) En permettant que les vœux, les besoins ou les préoccupations des enfants victimes soient présentés et examinés au cours de la procédure lorsque leurs intérêts personnels sont en jeu,

aux procédures pénales en se constituant parties civiles<sup>276</sup>. La question de la participation est également abordée au paragraphe 3 de l'article 68 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui dispose ce qui suit :

Lorsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, la Cour permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées, à des stades de la procédure qu'elle estime appropriés et d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. Ces vues et préoccupations peuvent être exposées par les représentants légaux des victimes lorsque la Cour l'estime approprié, conformément au Règlement de procédure et de preuve<sup>277</sup>.

184. Un commentateur fait observer qu'«[a]u moment de l'élaboration du *Statut de Rome*, peu de personnes auraient pu imaginer l'importance que cette courte et obscure disposition prendrait dans les procédures engagées devant la Cour<sup>278</sup>» à cause d'une participation accrue. En août 2015, le Greffe a indiqué qu'en 2014 et 2015 4 002 victimes avaient participé à ces procédures devant la Cour et qu'au cours de la même période celle-ci avait reçu 1 669 demandes de participation de victimes<sup>279</sup>.

185. Compte tenu de ce qui précède, il semble opportun d'inclure, dans le projet d'article sur les victimes, les témoins et d'autres personnes, une disposition relative au droit des victimes de participer à la procédure pénale engagée contre l'auteur présumé d'un crime, en s'inspirant du texte de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir *infra* le paragraphe 2 du projet d'article 14 proposé).

#### D. Réparation accordée aux victimes

186. Les traités portant sur des infractions de droit interne qui s'intéressent aux victimes et aux témoins s'intéressent en général aussi à la réparation à accorder aux victimes. Les dispositions qu'ils renferment à ce sujet s'inspirent selon toute apparence des articles consacrés au droit à un «recours effectif» contenus dans la Déclaration

universelle des droits de l'homme<sup>280</sup>, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>281</sup> et des traités régionaux relatifs aux droits de l'homme<sup>282</sup>.

187. En général, toutefois, ces traités ne contiennent pas le terme «recours». Il y est plutôt question du droit à réparation, et donc de «réparation», d'«indemnisation», de «réadaptation», de «réhabilitation» ou de «restitution». Ainsi, aux termes de l'article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants :

1. Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens

<sup>280</sup> Voir Déclaration universelle des droits de l'homme, résolution 217 (III) A de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 1948, art. 8 («Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi»). Pour un aperçu des institutions et des régimes concernant les recours ouverts aux victimes, voir McCarthy, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, chap. 2; et Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, chap. 3.

<sup>281</sup> Art. 2, par. 3 («Les États parties au présent Pacte s'engagent à : a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et à développer les possibilités de recours juridictionnel; c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié»). Voir aussi Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31 (note 148 *supra*), par. 16 et 17 [«16. Le paragraphe 3 de l'article 2 exige que les États parties accordent réparation aux personnes dont les droits reconnus par le Pacte ont été violés. S'il n'est pas accordé réparation aux personnes dont les droits reconnus par le Pacte ont été violés, l'obligation d'offrir un recours utile, qui conditionne l'efficacité du paragraphe 3 de l'article 2, n'est pas remplie. Outre la réparation expressément prévue par le paragraphe 5 de l'article 9 et le paragraphe 6 de l'article 14, le Comité considère que le Pacte implique de manière générale l'obligation d'accorder une réparation appropriée. Le Comité note que, selon le cas, la réparation peut prendre la forme de restitution, réhabilitation, mesures pouvant donner satisfaction (excuses publiques, témoignages officiels), garanties de non-répétition et modification des lois et pratiques en cause aussi bien que la traduction en justice des auteurs de violations de droits de l'homme. 17. De manière générale, il serait contraire aux buts visés par le Pacte de ne pas reconnaître qu'il existe une obligation inhérente à l'article 2 de prendre des mesures pour prévenir la répétition d'une violation du Pacte. En conséquence, il est fréquent que le Comité, dans des affaires dont il est saisi en vertu du Protocole facultatif, mentionne dans ses constatations la nécessité d'adopter des mesures visant, au-delà de la réparation due spécifiquement à la victime, à éviter la répétition du type de violation considéré. De telles mesures peuvent nécessiter une modification de la législation ou des pratiques de l'État partie»].

<sup>282</sup> Voir Convention européenne des droits de l'homme, art. 13 («Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles»); et Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 25 («1. Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles. 2. Les États parties s'engagent : a) À garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'État statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours; b) À accroître les possibilités de recours judiciaire; c) À garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours»).

<sup>276</sup> Voir *Co-Prosecutors' submission on civil party participation in provisional detention appeals*, affaire n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC 01), 22 février 2008, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre préliminaire, disponible à l'adresse suivante : [www.eccc.gov.kh/en/documents/court/co-prosecutors-submission-civil-party-participation](http://www.eccc.gov.kh/en/documents/court/co-prosecutors-submission-civil-party-participation) (en anglais seulement).

<sup>277</sup> Voir aussi Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale (note 237 *supra*), règles 89 à 93 et 131, par. 2; et *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, décision relative à la participation des victimes (note 232 *supra*), par. 85 («la Chambre de première instance a gardé à l'esprit le caractère *sui generis* des instances portées devant la Cour, laquelle doit, dans le cadre des procès, adopter une marche à suivre répondant aux exigences particulières des affaires internationales sur lesquelles elle est appelée à statuer»).

<sup>278</sup> Schabas, *The International Criminal Court*, p. 1062. M. Schabas fait observer que le libellé du paragraphe 3 de l'article 68 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale est inspiré de la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir (voir *supra* la note 238), de 1985, qui dispose en son paragraphe 6 b que la capacité de l'appareil judiciaire et administratif de répondre aux besoins des victimes doit être améliorée «[e]n permettant que les vues et les préoccupations des victimes soient présentées et examinées aux phases appropriées des instances, lorsque leurs intérêts personnels sont en cause, sans préjudice des droits de la défense, et dans le cadre du système de justice pénale du pays». Par contre, les Principes fondamentaux et directives de 2005 (voir *supra* la note 239) ne mentionnent pas le droit à la participation.

<sup>279</sup> Rapport de la Cour pénale internationale sur ses activités en 2014/15 (A/70/350), par. 27.

nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

2. Le présent article n'exclut aucun droit à indemnisation qu'aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales.

188. Si le paragraphe 1 de l'article 14 emploie les termes «réparation», «indemnisée» et «réhabilitation», le Comité contre la torture a estimé qu'il exprimait néanmoins une «notion générale de réparation<sup>283</sup>». Le Comité explique ainsi ce qui suit :

L'obligation d'assurer réparation au titre de l'article 14 est double : elle porte sur les procédures et sur le fond. Pour satisfaire aux obligations de procédure, les États parties doivent promulguer une législation et mettre en place des mécanismes de plainte, des organes d'enquête et des institutions, notamment des organes judiciaires indépendants, compétentes pour se prononcer sur le droit à réparation d'une victime de torture ou de mauvais traitements et pour accorder à celle-ci une réparation effective, et faire en sorte que ces mécanismes et organes soient efficaces et accessibles à toutes les victimes. Pour ce qui est du fond, les États parties doivent faire en sorte que les victimes de torture ou de mauvais traitements obtiennent une réparation complète et effective, comprenant notamment une indemnisation et les moyens nécessaires à leur réadaptation aussi complète que possible<sup>284</sup>.

189. On retiendra en particulier que cette disposition contient le membre de phrase «Tout État partie garantit, dans son système juridique\*». L'accent est donc mis sur le fait que l'État partie est tenu de se doter des lois, des règlements, des procédures ou des mécanismes nécessaires pour permettre aux victimes d'obtenir une réparation adéquate et suffisante de la part des responsables du préjudice subi. Aux fins de l'exécution de cette obligation, l'État partie peut s'inspirer des dispositions relatives à l'accès à la justice figurant 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<sup>285</sup>.

190. Dans bon nombre de traités portant sur des infractions de droit interne, la seule forme de réparation envisagée est l'indemnisation (*compensation*). C'est le cas, par exemple, des instruments suivants : la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme<sup>286</sup> ; le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants<sup>287</sup> ; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>288</sup> ; le 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<sup>289</sup> ; et la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>290</sup>. Si la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants mentionne le droit pour la victime «d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate» (voir la citation reproduite au paragraphe 187 *supra*), le Comité contre la torture a néanmoins souligné que l'indemnisation à elle seule n'était pas une mesure de réparation suffisante pour la victime de torture ou de mauvais traitements<sup>291</sup>.

191. Le Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda prévoient uniquement la restitution<sup>292</sup>, à l'exclusion de toute autre forme de réparation, y compris l'indemnisation. Il semble néanmoins ressortir des textes fondateurs d'autres juridictions internationales que la restitution n'est pas nécessairement adéquate (de fait, dans ces textes, il est plus généralement question de «réparation») et que consacrer un droit permettant à chaque victime d'obtenir réparation à titre individuel pourrait être problématique dans le contexte de massacres à grande échelle. Deux possibilités sont donc prévues, à savoir la réparation individuelle et la réparation collective<sup>293</sup>. Le Règlement de procédure et de preuve de la Cour

ils doivent, dans la mesure où leur droit interne le leur permet et si la demande leur en est faite, envisager à titre prioritaire de restituer le produit du crime ou les biens confisqués à l'État Partie requérant, afin que ce dernier puisse indemniser les victimes de l'infraction ou restituer ce produit du crime ou ces biens à leurs propriétaires légitimes ».

<sup>289</sup> Art. 6, par. 6 (le texte anglais se lit ainsi : «*Each State Party shall ensure that its domestic legal system contains measures that offer victims of trafficking in persons the possibility of obtaining compensation for damage suffered*»).

<sup>290</sup> Art. 35 (le texte anglais se lit ainsi : «*Each State Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with principles of its domestic law, to ensure that entities or persons who have suffered damage as a result of an act of corruption have the right to initiate legal proceedings against those responsible for that damage in order to obtain compensation*»).

<sup>291</sup> Voir l'observation générale n° 3 (note 240 *supra*), par. 9 ; voir aussi *Kepra Urri Guridi c. Espagne*, communication n° 212/2002, décision adoptée le 17 mai 2005, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 44 (A/60/44)*, annexe VIII, sect. A, p. 157, par. 6.8 («l'article 14 de la Convention reconnaît non seulement le droit d'être indemnisé équitablement et de manière adéquate, il impose aussi aux États parties l'obligation de veiller à ce que la victime d'un acte de torture obtienne réparation. Le Comité considère que la réparation doit couvrir l'ensemble des dommages subis par la victime, et englobe, entre autres mesures, la restitution, l'indemnisation, la réadaptation de la victime ainsi que des mesures propres à garantir la non-répétition des violations, en tenant toujours compte des circonstances de chaque affaire»).

<sup>292</sup> Voir Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (note 251 *supra*), art. 24, par. 3 («Outre l'emprisonnement du condamné, la Chambre de première instance peut ordonner la restitution à leurs propriétaires légitimes de tous biens et ressources acquis par des moyens illicites, y compris par la contrainte») ; et Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (note 252 *supra*), art. 23, par. 3 (libellé identique).

<sup>293</sup> Voir Principes fondamentaux et directives... (note 239 *supra*), par. 13 («Par-delà l'accès individuel à la justice, les États devraient s'efforcer de mettre en place des procédures pour permettre à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation et de recevoir réparation, selon qu'il convient») ; et Association de droit international, «Reparation for victims of armed conflict», p. 319 et 320, paragraphe 2 o et s du commentaire de l'article 6 («Le concept de réparation collective a été moins étudié que le droit d'obtenir une réparation individuelle. Certains développements permettent néanmoins de penser

<sup>283</sup> Voir Comité contre la torture, observation générale n° 3 (note 240 *supra*), par. 2.

<sup>284</sup> *Ibid.*, par. 5.

<sup>285</sup> Principes fondamentaux et directives... (voir *supra* la note 239), par. 12 à 14.

<sup>286</sup> Art. 8, par. 4 («Chaque État Partie envisage de créer des mécanismes en vue de l'affectation des sommes provenant des confiscations visées au présent article à l'indemnisation des victimes [...] ou de leur famille»).

<sup>287</sup> Art. 9, par. 4 (le texte anglais se lit ainsi : «*States parties shall ensure that all child victims of the offences described in the present Protocol have access to adequate procedures to seek, without discrimination, compensation for damages from those legally responsible*»).

<sup>288</sup> Art. 25, par. 2 (le texte anglais se lit ainsi : «*Each State Party shall establish appropriate procedures to provide access to compensation and restitution for victims of offences covered by this Convention*») et art. 14, par. 2 («Lorsque les États Parties agissent à la demande d'un autre État Partie en application de l'article 13 de la présente Convention,

pénale internationale, par exemple, dispose qu'en accordant réparation aux victimes en application de l'article 75 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale<sup>294</sup>, «la Cour peut accorder une réparation individuelle ou, lorsqu'elle l'estime appropriée, une réparation collective, ou les deux», compte tenu de l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice<sup>295</sup>. Pour les atrocités commises au Cambodge par les Khmers rouges, seules les «réparations morales et collectives» sont envisagées par le Règlement intérieur des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens<sup>296</sup>.

192. Peut-être influencés par les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adoptés par la Commission en 2001<sup>297</sup> et 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 adoptés par l'Assemblée générale en 2005<sup>298</sup>, les auteurs de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ont retenu le terme général «réparation», mais énuméré les différentes formes que la réparation pouvait prendre. Les paragraphes 4 et 5 de l'article 24 se lisent comme suit :

4. Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'une disparition forcée le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée rapidement, équitablement et de manière adéquate.

5. Le droit d'obtenir réparation visé au paragraphe 4 du présent article couvre les dommages matériels et moraux ainsi que, le cas échéant, d'autres formes de réparation telles que :

- a) La restitution ;
- b) La réadaptation ;

que le droit international prévoit la réparation collective. [...] Celle-ci est également envisagée dans le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale »).

<sup>294</sup> Art. 75 (« 1. La Cour établit des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Sur cette base, la Cour peut, sur demande, ou de son propre chef dans des circonstances exceptionnelles, déterminer dans sa décision l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice causé aux victimes ou à leurs ayants droit, en indiquant les principes sur lesquels elle fonde sa décision. 2. La Cour peut rendre contre une personne condamnée une ordonnance indiquant la réparation qu'il convient d'accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Cette réparation peut prendre notamment la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la réhabilitation. Le cas échéant, la Cour peut décider que l'indemnité accordée à titre de réparation est versée par l'intermédiaire du Fonds visé à l'article 79 »). La Chambre d'appel s'est penchée sur les principes et procédures applicables aux réparations dans *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC01/04-01/06, arrêt relatif aux appels interjetés contre la Décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations rendue le 7 août 2012, 3 mars 2015, Cour pénale internationale, Chambre d'appel.

<sup>295</sup> Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale (voir *supra* la note 237), règle 97, par. 1. Voir, de manière générale, McCarthy, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*.

<sup>296</sup> Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, *Règlement intérieur* (voir *supra* la note 253), règles 23 et 23 quinquies.

<sup>297</sup> Résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe. Pour le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires s'y rapportant, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

<sup>298</sup> Principes fondamentaux et directives... (voir *supra* la note 239), par. 15 et 18 à 23.

c) La satisfaction, y compris le rétablissement de la dignité et de la réputation ;

d) Des garanties de non-répétition.

193. Les formes de réparation habituelles sont toutes potentiellement pertinentes dans le contexte des crimes contre l'humanité<sup>299</sup>. La restitution, c'est-à-dire le rétablissement du statu quo *ex ante*, permet notamment le retour de la victime chez elle, la restitution de biens meubles et la reconstruction d'infrastructures. L'indemnisation est une forme de réparation des préjudices tant matériels que moraux. La réadaptation, ou réhabilitation, peut s'avérer nécessaire dans certaines circonstances dans lesquelles il s'agit d'offrir réparation à un grand nombre de personnes, notamment sous la forme d'une prise en charge médicale et psychologique, y compris la fourniture de prothèses et de thérapies visant à soigner les traumatismes, et de reconstruire des bâtiments publics ou privés comme des écoles, des hôpitaux et des lieux de culte. Il peut aussi y avoir lieu d'accorder des mesures de satisfaction, notamment l'expression d'excuses ou de regrets publics, et des garanties de non-répétition.

194. De surcroît, si l'octroi d'une mesure de réparation propre à chaque victime peut être opportun, notamment comme suite à une plainte déposée au civil devant une juridiction interne ou dans le cadre d'un mécanisme expressément destiné à l'indemnisation des parties à une action de groupe<sup>300</sup>, dans certaines situations, seule s'avère souhaitable, voire possible, la réparation collective, par exemple la construction d'un monument commémoratif ou la reconstruction d'écoles, d'hôpitaux, de dispensaires ou de lieux de culte. Dans d'autres cas encore, c'est une combinaison des deux formes de réparation, collective et individuelle, qui s'impose.

195. Partant, il semble utile d'aborder dans le projet d'article la question de la réparation accordée aux victimes, en s'inspirant du texte de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, mais en donnant néanmoins à l'État une certaine latitude quant à la forme de réparation à accorder (voir *infra* le paragraphe 3 du projet d'article 14 proposé).

<sup>299</sup> Le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition a insisté sur l'importance de se doter d'« un large dispositif de mesures organisées de manière cohérente » en faveur des victimes de violations massives, établissant une distinction entre les programmes de réparation, dans le cadre desquels sont prises des mesures matérielles et symboliques, et ceux dont l'objectif est d'indemniser des personnes ou des collectivités [rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition (A/69/518), par. 84].

<sup>300</sup> Voir, par exemple, Frigessi di Rattalma et Treves, *The United Nations Compensation Commission: a Handbook*; Van Houtte, « Mass property claim resolution in a post-war society: the Commission for Real Property Claims in Bosnia and Herzegovina »; Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage, *Redressing Injustices Through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges*; Holtzmann et Kristjánsdóttir, *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*; Van Houtte, Delmartino et Yi, *Post-War Restoration of Property Rights Under International Law*, vol. I, *Institutional Features and Substantive Law*; Das et Van Houtte, *Post-War Restoration of Property Rights Under International Law*, vol. II, *Procedural Aspects*; Payne et Sand, *Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission: Environmental Liability*; Alford, « The Claims Resolution Tribunal »; et Murphy, Kidane et Snider, *Litigating War: Mass Civil Injury and the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*.



### E. Projet d'article 14. Victimes, témoins et autres personnes

196. À la lumière des considérations qui précèdent, le projet d'article suivant est proposé :

«*Projet d'article 14. Victimes, témoins et autres personnes*

«1. Chaque État prend les mesures nécessaires pour :

«a) garantir à quiconque allègue qu'une personne a été victime d'un crime contre l'humanité le droit de déposer plainte auprès des autorités compétentes ; et

«b) veiller à ce que les plaignants et les témoins, leurs proches et représentants, et toute autre personne participant à une enquête, à des poursuites ou à une procédure d'extradition ou autre procédure concernant un acte visé par le présent projet d'articles soient protégés

contre tout mauvais traitement ou acte d'intimidation résultant du dépôt d'une plainte, de la communication d'informations ou d'un témoignage, sans préjudice des droits de l'auteur présumé du crime énoncés au projet d'article 10.

«2. Chaque État fait en sorte que les avis et préoccupations des victimes d'un crime contre l'humanité puissent être présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs présumés du crime, dans le respect de son droit interne et sans préjudice des droits énoncés au projet d'article 10.

«3. Chaque État prend les mesures qui s'imposent pour que son droit interne garantisse aux victimes d'un crime contre l'humanité le droit d'obtenir réparation, à titre individuel ou collectif, sous une ou plusieurs des formes suivantes : restitution ; indemnisation ; réadaptation ; satisfaction ; garanties de non-répétition.»

## CHAPITRE V

### Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes

#### A. Conflits possibles

197. Lors de l'examen à la Sixième Commission des travaux de la Commission du droit international sur le sujet, plusieurs États ont souligné que le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité devrait éviter tout conflit avec les droits ou obligations des États en ce qui concernait les juridictions pénales internationales compétentes<sup>301</sup>. De nombreux États ont mentionné expressément la nécessité

d'éviter tout conflit avec le Statut de Rome de la Cour pénale internationale<sup>302</sup>.

198. Compte tenu de ces considérations, les projets d'article ont été rédigés de manière à éviter de tels conflits<sup>303</sup>. Le projet d'article 9 autorise par exemple un

<sup>301</sup> Voir, par exemple, Autriche, A/C.6/70/SR.20, par. 30 («il serait utile de définir expressément la relation juridique [entre les projets d'article et les actes constitutifs des juridictions pénales internationales ou hybrides] dans les projets d'article définitifs ; dans le cas contraire, le régime *lex posterior* de la Convention de Vienne sur le droit des traités pourrait produire des résultats différents»); Allemagne, A/C.6/70/SR.22, par. 15 («[p]our être couronné de succès, le projet doit être compatible avec les règles et institutions existantes du droit pénal international»); Hongrie, A/C.6/70/SR.21, par. 83 («tout en admettant qu'il faut éviter [que les travaux de la Commission] n'entrent en conflit avec les régimes juridiques existant dans ce domaine»); Inde, *ibid.*, par. 65 («étant donné les régimes et mécanismes juridiques existants, une étude approfondie et un débat exhaustif seront nécessaires à la [Commission]. Les obligations proposées ne doivent pas entrer en conflit avec les obligations conventionnelles existantes ni faire double emploi avec les régimes en vigueur»); Italie, A/C.6/70/SR.17, par. 58 («[l'Italie] pense avec la [Commission] que les projets d'articles ne seront pas en conflit avec les obligations des États découlant des actes constitutifs des cours ou tribunaux internationaux ou "hybrides"»); Japon, A/C.6/70/SR.22, par. 130 («[l]es travaux en cours devraient éviter d'entrer en conflit avec les obligations découlant pour les États des actes constitutifs de juridictions internationales»); Malaisie, A/C.6/70/SR.23, par. 47 («le projet de convention sur [les crimes contre l'humanité] devrait être rédigé de manière à compléter les régimes existants et à ne pas faire double emploi avec eux»); Mexique, A/C.6/70/SR.21, par. 51 («[l]es travaux de la [Commission] sur le sujet devraient compléter les instruments existants»); Portugal, A/C.6/70/SR.22, par. 61 («le sujet doit être abordé avec prudence, compte tenu du cadre juridique existant concernant les crimes contre l'humanité. Il importe d'éviter tout conflit avec les régimes déjà en place»); et République de Corée, A/C.6/70/SR.23, par. 56 («Dans l'élaboration d'une convention sur les crimes contre l'humanité, les dispositions pertinentes des traités existants et la relation entre ces dispositions devraient être examinées en détail pour éviter les conflits avec d'autres régimes conventionnels»).

<sup>302</sup> Voir, par exemple, Pays-Bas, A/C.6/70/SR.21, par. 42 («Il serait également pertinent de se pencher sur la relation entre le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité et le Statut de Rome [de la Cour pénale internationale] [...]. Les États parties au Statut [...] sont tenus d'en appliquer les dispositions, y compris celles relatives aux crimes contre l'humanité, dans leurs systèmes juridiques nationaux respectifs. Tout instrument ultérieur sur le même sujet doit reposer sur cette pratique existante»); Slovénie, A/C.6/70/SR.23, par. 4 («toute nouvelle convention sur les crimes contre l'humanité doit être compatible avec [les] dispositions [du Statut de Rome de la Cour pénale internationale] et les compléter»); Royaume-Uni, *ibid.*, par. 36 («[l]out nouveau régime devra compléter et non concurrencer le Statut de Rome [de la Cour pénale internationale]»); Espagne, A/C.6/69/SR.21, par. 42 («il faudra examiner soigneusement [...] la relation précise [du projet de convention] avec le Statut de Rome [de la Cour pénale internationale] et la Cour pénale internationale»); Trinité-et-Tobago, A/C.6/69/SR.26, par. 118 («Les travaux ne devraient rien ôter au Statut de Rome de la Cour pénale internationale mais plutôt compléter celui-ci»); et Royaume-Uni, A/C.6/69/SR.19, par. 160 («[i]l importe que les activités de la Cour pénale internationale dans ce domaine ne soient pas affectées»).

<sup>303</sup> Il existe bien sûr diverses juridictions qui ont été instituées pour connaître de graves infractions internationales ; certaines relèvent exclusivement du droit international, d'autres relèvent du droit international et du droit interne (elles sont parfois appelées «tribunaux mixtes»), d'autres encore relèvent exclusivement du droit interne. Il faut se reporter aux modalités de création d'un tribunal pour savoir s'il s'agit d'une «juridiction pénale internationale». De plus, les États n'auront pas tous les mêmes obligations envers chacune de ces juridictions. Par exemple, l'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 n'impose aux autres États aucune obligation expresse de coopérer avec le tribunal. Voir Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (note 254 *supra*); et résolution 1315 (2000) du Conseil de sécurité en date du 14 août 2000 (priant le Secrétaire général de négocier un accord avec le Gouvernement sierra-léonais en vue de créer le Tribunal spécial).

État à remplir son obligation *aut dedere aut judicare* par la remise de la personne concernée à «une juridiction pénale internationale compétente». Ainsi, lorsqu'un État a une obligation de remise, l'exécution de cette obligation n'entre pas en conflit avec le projet d'article 9. De surcroît, les projets d'article ont en général été rédigés de manière à être en harmonie avec les instruments constitutifs des juridictions pénales internationales compétentes ; ainsi, dans le projet d'article 3, la définition des «crimes contre l'humanité» reprend celle figurant dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

199. En conséquence, il ne semble pas y avoir de conflit entre les droits ou obligations des États énoncés dans le projet d'articles et leurs droits et obligations envers les juridictions pénales internationales compétentes. Cela étant, il pourrait sembler utile d'envisager expressément l'hypothèse d'un conflit. Dans le cas contraire, si une convention était adoptée sur la base du projet d'articles, la résolution d'un conflit entre les droits ou obligations d'un État au titre de cette convention et ses droits ou obligations au titre d'un traité établissant un tribunal pénal international pourrait dépendre de la question de savoir quel est l'instrument le plus récent<sup>304</sup>.

200. Il existe plusieurs exemples de dispositions qui visent à éviter des conflits potentiels en prévoyant que les droits ou les obligations découlant d'un traité l'emporteront sur les droits et obligations découlant d'un autre traité. Ainsi, l'Article 103 de la Charte des Nations Unies se lit comme suit : «En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.» L'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce contient la disposition suivante : «En cas de conflit entre une disposition du présent accord et une disposition de l'un des Accords commerciaux multilatéraux, la disposition du présent accord prévaudra dans la limite du conflit» (art. XVI, par. 3). Au vu de ces exemples et compte tenu de la référence à une «juridiction pénale internationale compétente» dans le projet d'article 9, une formulation possible pour le présent projet d'articles serait la suivante : «En cas de conflit entre les droits ou les obligations d'un État au titre du présent projet d'articles et ses droits ou ses obligations au titre de l'instrument constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente, ce dernier prévaudra.»

201. Il convient aussi de réfléchir à l'opportunité d'inclure dans le présent projet d'articles une disposition encore plus vaste, qui porterait sur *tout* conflit éventuel avec un autre régime juridique ou instrument national ou international. D'une manière générale, ni les traités portant sur des infractions de droit interne ni les traités relatifs aux droits de l'homme ne prévoient l'ensemble des conflits potentiels avec d'autres sources de droits ou d'obligations. De fait, les rédacteurs de la plupart des traités rédigent chaque disposition de façon à tenir compte de l'éventualité de tels conflits, et s'en remettent pour résoudre tous les autres conflits possibles au droit des traités tel qu'il découle de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) et

du droit international coutumier, ou à d'autres règles de conflit du droit international<sup>305</sup>.

202. Certains traités comprennent cependant des dispositions qui prévoient, de façon générale, la possibilité de conflits entre le traité et d'autres règles. Par exemple, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants comporte une clause «sans préjudice» relative aux autres traités et aux lois nationales portant sur la torture, l'extradition ou l'expulsion. Plus précisément, le paragraphe 2 de l'article 16 de la Convention dispose ceci : «Les dispositions de la présente Convention sont sans préjudice des dispositions de tout autre instrument international ou de la loi nationale qui interdisent les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou qui ont trait à l'extradition ou à l'expulsion.» Cette disposition vise le droit international et le droit interne, mais elle ne traite pas expressément du cas où ceux-ci seraient moins protecteurs que la Convention<sup>306</sup>.

203. D'autres traités se bornent à définir leur relation avec le droit international en prévoyant qu'ils n'auront «aucun effet sur les autres droits, obligations et responsabilités des États au titre du droit international». Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 19 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif établit qu'«[a]ucune disposition de la présente Convention ne modifie les autres droits, obligations et responsabilités qui découlent pour les États et les individus du droit international, en particulier les buts et principes de la Charte des Nations Unies, et du droit international humanitaire». De manière similaire, l'article 21 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme indique qu'«[a]ucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur les autres droits, obligations et responsabilités des États et des individus en vertu du droit international, en particulier les buts de la Charte des Nations Unies, le droit international humanitaire et les autres conventions pertinentes». Là encore, une telle disposition ne vise pas expressément le cas où d'autres instruments offrent une protection moindre que la convention concernée.

204. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, au

<sup>305</sup> Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), chap. XII, «Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international».

<sup>306</sup> Selon Nowak et McArthur, «[L]e paragraphe 2 de l'article 16 énonce clairement que les dispositions de la Convention n'ont pas d'influence sur des mécanismes de droit interne ou de droit international offrant une protection plus large contre les traitements cruels, inhumains ou dégradants. Par conséquent, toute personne a le droit de bénéficier de la meilleure protection que leur accordent, le cas échéant, d'autres instruments internationaux ou des lois nationales ; en revanche, l'application de ces instruments ou lois ne peut aboutir à une protection moindre que celle garantie par la Convention. Un exemple caractéristique de l'application de la clause de sauvegarde du paragraphe 2 de l'article 16 est le principe de non-refoulement, dérivé de l'article 3 de la [Convention européenne des droits de l'homme] et de l'article 7 du [Pacte international relatif aux droits civils et politiques], qui, selon la jurisprudence des organes conventionnels compétents, s'applique non seulement au risque d'être soumis à la torture (comme dans l'article 3 de la [Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants]), mais aussi au risque d'être soumis à un traitement cruel, inhumain ou dégradant» (Nowak et McArthur, *The United Nations Convention Against Torture...*, p. 575).

<sup>304</sup> Voir Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 30.

contraire, prévoit spécifiquement le cas où le droit international ou une loi interne offrirait une moindre protection. L'article 37 de cette convention se lit ainsi : «Aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus favorables à la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées qui peuvent figurer : a) Dans la législation d'un État partie ; ou b) Dans le droit international en vigueur pour cet État.» Les dispositions pertinentes de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées prévalent donc dans le cas où les dispositions du droit interne ou du droit international sont moins «favorables à la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées».

205. Une disposition traitant aussi largement des conflits potentiels pourrait être incluse dans le présent projet d'articles, mais les projets d'article ont été rédigés de manière à généralement prévaloir en cas de conflit avec le droit interne, sauf indication contraire dans le contexte de certains articles particuliers. Par exemple, le projet d'article 3, qui contient une définition des crimes contre l'humanité, dispose en son paragraphe 4 qu'il est sans préjudice de toute définition plus large prévue par «tout instrument international ou loi nationale». Le paragraphe 7 du projet d'article 5 dispose que, «[s]ous réserve des dispositions de son droit interne\*, tout État partie prend, s'il y a lieu, les mesures qui s'imposent, afin d'établir la responsabilité des personnes morales». Le paragraphe 3 du projet d'article 6 dispose que «[l]e présent projet d'articles n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État conformément à son droit interne\*». Le paragraphe 1 du projet d'article 8 dispose que «[la] détention et [les] mesures doivent être conformes à la législation dudit État\*»; elles ne peuvent être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition ou de remise». Le projet d'article 9 dispose que les autorités d'un État décideront ou non d'engager les poursuites «dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave en vertu du droit de cet État». Le paragraphe 1 du projet d'article 10 dispose que l'auteur présumé d'une infraction jouit de la pleine

protection des droits qu'il «tire du droit interne et du droit international applicables», tandis que le paragraphe 3 prévoit que les droits d'accès aux services consulaires «s'exercent dans le cadre des lois et règlements» de l'État hôte, pourvu que ces lois et règlements permettent de donner à ces droits leur plein effet. Bien que la Commission ne les ait pas encore examinées, plusieurs dispositions proposées dans le présent rapport tentent aussi de préciser les relations entre le présent projet d'articles et d'autres sources de droit; il en va ainsi du projet d'article 11 sur l'extradition, du projet d'article 13 sur l'entraide judiciaire et du projet d'article 14 sur les victimes, les témoins et les autres personnes touchées.

206. L'élaboration d'une disposition traitant largement des conflits potentiels pourrait entraîner le risque d'affaiblir involontairement le présent projet d'articles dès qu'il serait en conflit avec une loi nationale. Par exemple, une disposition permettant l'application de la loi nationale lorsque celle-ci est plus favorable à la protection des personnes contre les crimes contre l'humanité pourrait être interprétée comme autorisant un État à déroger aux protections accordées par le projet d'article 10 à l'auteur présumé de l'infraction. En conséquence, compte tenu de l'attention déjà portée dans le présent projet d'articles au règlement d'éventuels conflits dans le contexte de questions spécifiques, il n'est pas recommandé de prévoir une disposition plus large.

### B. Projet d'article 15. Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes

207. Ayant ces considérations à l'esprit, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

«*Projet d'article 15. Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes*

«En cas de conflit entre les droits ou les obligations d'un État au titre du présent projet d'articles et ses droits ou ses obligations au titre de l'instrument constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente, ce dernier prévaudra.»

## CHAPITRE VI

### Obligations des États fédéraux

#### A. Aperçu

208. L'article 29 de la Convention de Vienne de 1969 dispose ce qui suit : «À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire<sup>307</sup>». Ainsi, en principe, un traité lie un État à l'égard de l'ensemble de son territoire, y compris les États qui sont de nature «fédérale» et dans lesquels une autonomie considérable est accordée aux unités constitutives

de l'État<sup>308</sup>. Toutefois, «une intention différente» peut être exprimée dans le traité lui-même ou par les États, au

<sup>307</sup> Pour le commentaire, voir Dörr et Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, p. 489 à 503; Corten et Klein, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*; et Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 389 à 394.

<sup>308</sup> Voir Hollis, *The Oxford Guide to Treaties*, p. 314; et Dörr et Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties...*, p. 493. Voir aussi *Annuaire...* 1966, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 232, paragraphe 4 du commentaire de l'article 25 («Un gouvernement a proposé de compléter cet article par un deuxième paragraphe disposant expressément que tout État composé d'éléments distincts et autonomes doit avoir le droit de déclarer quelles sont celles de ses parties constitutives auxquelles le traité s'appliquera. Selon cette proposition, la déclaration devait être considérée non comme une réserve, mais comme une limitation du consentement de l'État à certaines de ses parties seulement. La Commission a estimé qu'une disposition de ce genre, de quelque manière qu'on la formule, risquait de poser autant de problèmes qu'elle en résoudrait. Elle a estimé en outre que les mots "à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie", qui figurent dans le texte maintenant proposé, donnent

moyen de réserves ou de déclarations, lors de la signature ou de la ratification d'un traité<sup>309</sup>. Lorsque cela se produit, d'autres États peuvent accepter ou rejeter ces réserves ou déclarations<sup>310</sup>. Pour tenir compte de ces situations, il arrive que des traités qui portent sur une question particulière, telle que la compétence pénale, tentent de définir la portée et l'application du traité pour les différents niveaux de compétence nationale<sup>311</sup>.

209. Les traités ont tenté de différentes manières de prendre en compte la question des obligations des États fédéraux<sup>312</sup>. Certains traités «prévoient une "clause territoriale" qui dispose que le traité s'applique à certaines unités territoriales infrafédérales mais pas à d'autres», ou «peuvent comporter une "clause relative aux États fédéraux" qui limite la portée des obligations découlant du traité à celles que le Gouvernement de l'État fédéral est autorisé à assumer en vertu de la Constitution»<sup>313</sup>. Par exemple, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises contient une «clause territoriale» qui dispose ce qui suit: «Tout État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles, selon sa constitution, des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales

à la règle la souplesse nécessaire pour satisfaire à toutes les exigences légitimes en matière d'application territoriale des traités»).

<sup>309</sup> Dörr et Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties*..., p. 493. Voir aussi Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 189 (où il est dit que «cela ne fait que quarante ans environ que les fédérations recourent aux réserves pour régler les problèmes que pose leur adhésion aux traités»).

<sup>310</sup> Voir Hollis, *The Oxford Guide to Treaties*, p. 719 («il importe de tenir compte du fait que, s'agissant de traités qui ne contiennent pas de dispositions interdisant ou autorisant les aménagements liés au fédéralisme, plusieurs États fédéraux ont formulé des réserves visant à limiter leurs obligations aux domaines de compétence législative appartenant au Gouvernement fédéral. Il est arrivé que d'autres États formulent des objections concernant ces réserves»). Selon la pratique du Secrétaire général en ce qui concerne les clauses fédérales, «[l]es déclarations d'application territoriale ne doivent pas être confondues avec les déclarations faites en vertu des "clauses fédérales" présentes dans les traités portant sur des questions relevant de la compétence législative de subdivisions territoriales – États, provinces, etc.» [*Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux, ST/LEG/7/Rev.1* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.94.V.15), par. 272]. Lorsque des déclarations sont faites en vertu de clauses fédérales, le Secrétaire général «distribue et enregistre dûment ces déclarations» (ibid.).

<sup>311</sup> Dörr et Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties*..., p. 492 et 493.

<sup>312</sup> Hollis, *The Oxford Guide to Treaties*, p. 719 (où il est indiqué que les États peuvent choisir de prévoir des «clauses qui: a) autorisent des exceptions limitées aux obligations prévues par le traité pour les États fédéraux; b) établissent une distinction en matière d'application entre les États fédéraux et les États non fédéraux; c) limitent les obligations découlant du traité au niveau "national"; ou d) excluent tout aménagement pour les États fédéraux»). Pour des exemples concernant chaque type de clause, voir ibid., p. 720 à 723.

<sup>313</sup> Ibid., p. 719. Voir aussi Loper, «"Federal State" clauses in multilateral instruments», p. 164 («Ainsi, la clause relative aux "États fédéraux" est une méthode consistant à qualifier dès le départ les obligations découlant des traités internationaux. Une telle clause constitue une concession faite aux États fédéraux compte tenu des particularités de leur structure constitutionnelle. Il s'agit assurément d'une concession, puisque son effet est de créer une disparité d'obligations entre les États signataires des instruments multilatéraux selon que ces États sont fédéraux ou unitaires»).

ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration» (art. 93, par. 1). Si une telle clause territoriale est «surtout présente dans les traités portant sur le droit commercial, le droit privé ou le droit privé international<sup>314</sup>», les clauses relatives aux États fédéraux ont été utilisées dans divers traités. Toutefois, ces dernières années, l'enthousiasme pour les clauses relatives aux États fédéraux a faibli, en particulier dans le contexte des obligations en matière de droits de l'homme, où l'existence d'obligations différenciées au sein d'un État est considérée comme inappropriée<sup>315</sup>. En effet, «[l]es graves complications auxquelles la "clause fédérale" a pu donner naissance [sont] sans doute à l'origine d'une méfiance croissante à son encontre<sup>316</sup>».

210. Ainsi, certains instruments contiennent des clauses qui excluent expressément toute possibilité d'aménagement pour les États fédéraux<sup>317</sup>. Par exemple, l'article 50 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que ses «dispositions [...] s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédératifs<sup>318</sup>». Le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, de 1989, contient les mêmes dispositions en son article 9<sup>319</sup>. De la même manière, l'article 41 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées prévoit que ses «dispositions [...] s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédéraux».

## B. Projet d'article 16. Obligations des États fédéraux

211. À la lumière des considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

### «Projet d'article 16. Obligations des États fédéraux

«Les dispositions du présent projet d'articles s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédéraux.»

<sup>314</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 188.

<sup>315</sup> Voir, par exemple, Hollis, *The Oxford Guide to Treaties*, p. 316 («Ces dernières années, il semble que l'enthousiasme pour les clauses fédérales ait faibli [...] en particulier dans le cas d'instruments relatifs aux droits de l'homme élaborés en vue de l'établissement de normes minimales universelles»).

<sup>316</sup> Corten et Klein, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*..., p. 1216, par. 41.

<sup>317</sup> Hollis, *The Oxford Guide to Treaties*, p. 316.

<sup>318</sup> Il y a 168 États parties au Pacte, notamment plusieurs États ayant un système fédéral (Allemagne, Australie, Canada, États-Unis et Suisse). Pour une analyse, voir Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, p. 809 (où il est dit que «la règle expresse selon laquelle les dispositions du Pacte s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédératifs, ne sert qu'à préciser ce qui, en l'absence d'une clause fédérale, s'applique dans tous les cas en vertu du droit international»).

<sup>319</sup> Art. 9 («Les dispositions du présent Protocole s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédératifs»). Il y a 84 États parties au Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, notamment plusieurs États ayant un système fédéral (Allemagne, Australie, Canada et Suisse).

## CHAPITRE VII

## Mécanismes de suivi et règlement des différends

212. Dans le cas où le présent projet d'articles servirait de point de départ pour l'élaboration d'une convention, il pourrait être utile de réfléchir à l'intérêt d'un ou de plusieurs mécanismes qui permettraient de suivre l'application et le respect de la convention par les États.

213. L'objectif du présent chapitre est d'analyser les mécanismes de suivi existants concernant les crimes contre l'humanité, les mécanismes de suivi supplémentaires qui pourraient être envisagés par les États pour une convention et la question du règlement des différends interétatiques.

## A. Mécanismes de suivi existants

214. Il existe actuellement de nombreux mécanismes qui permettent de surveiller les situations potentielles de crimes contre l'humanité, et l'on ne peut que brièvement les passer en revue. Dans le système des Nations Unies, le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale et le Secrétariat identifient régulièrement des crimes contre l'humanité potentiels et prennent les mesures qui s'imposent. Les organes subsidiaires ou les bureaux de l'Organisation des Nations Unies, notamment le Conseil des droits de l'homme et le Bureau du Conseiller spécial pour la prévention du génocide, surveillent aussi les situations qui concernent des crimes contre l'humanité. Des organes conventionnels créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme ont eu à traiter de crimes contre l'humanité dans la mesure où les faits se rapportaient à leur mandat. Enfin, des tribunaux internationaux et des tribunaux régionaux ont apporté une aide en matière d'identification et de répression de crimes contre l'humanité.

215. Conformément à l'Article 39 de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité est chargé de constater l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression, et de faire des recommandations ou de décider des mesures à prendre pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. En soi, les situations de crimes contre l'humanité peuvent relever du mandat du Conseil. Le Conseil de sécurité peut recevoir de nombreuses sources des informations concernant des crimes contre l'humanité potentiels, y compris des lettres émanant d'États<sup>320</sup>,

<sup>320</sup> Voir, par exemple, la lettre datée du 14 janvier 1994, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Bosnie-Herzégovine auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/1994/45) [présentant en annexe une lettre du maire de la ville de Tuzla, qui signale des crimes contre l'humanité commis dans sa ville]; la lettre datée du 15 avril 1994, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Turquie auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/1994/453) [faisant part au Conseil de sécurité d'informations selon lesquelles la zone de sécurité de Gorazde, en Bosnie, était sur le point de tomber du fait de la commission de crimes contre l'humanité]; la lettre datée du 30 janvier 1997, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Afghanistan auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/1997/96) [présentant en annexe une lettre faisant état de la déportation massive de membres de l'ethnie tadjike en Afghanistan par les Taliban et indiquant que l'État était fermement convaincu que ces actes constituaient des crimes contre l'humanité]; la lettre datée du 16 janvier 1999, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent

de groupes d'États<sup>321</sup> et du Secrétaire général<sup>322</sup>, et des rapports du Procureur de la Cour pénale internationale<sup>323</sup>. En réponse à ces informations, le Conseil de sécurité peut adopter des résolutions<sup>324</sup>, demander qu'une commission d'enquête soit mise en place par le Secrétariat<sup>325</sup> ou publier une déclaration du Président, au nom des 15 membres du Conseil<sup>326</sup>.

de l'Albanie auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/1999/50) [demandant l'intervention immédiate du Conseil de sécurité pour faire face aux crimes contre l'humanité commis au Kosovo]; et la lettre datée du 16 janvier 2003, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République démocratique du Congo auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/2003/52) [signalant la commission de viols en masse et d'autres atrocités en République démocratique du Congo et demandant au Conseil de sécurité de prendre des mesures en vue de punir les responsables de crimes contre l'humanité].

<sup>321</sup> Voir, par exemple, la lettre datée du 26 janvier 1999, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Chargé d'affaires par intérim de la Mission permanente du Qatar auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/1999/76) [déclaration du Groupe islamique à l'Organisation des Nations Unies condamnant les crimes contre l'humanité commis au Kosovo].

<sup>322</sup> Voir, par exemple, la lettre datée du 24 mai 1994, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/1994/674), par. 72 à 86 (transmettant les résultats des travaux d'une commission d'enquête sur les crimes commis en ex-Yougoslavie, qui identifient précisément les actes commis constituant des crimes contre l'humanité); et la lettre datée du 19 décembre 2014, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/2014/928) [transmettant les résultats des travaux de la Commission d'enquête internationale sur la République centrafricaine, qui a conclu que des crimes contre l'humanité avaient été commis].

<sup>323</sup> Voir, par exemple, Cour pénale internationale, « Seizième rapport du Procureur de la Cour pénale internationale au Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 1593 (2005) », disponible à l'adresse suivante: [www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/PIDS/statements/UNSC1212/Report-UNSC-December2012-tFRA.pdf](http://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/PIDS/statements/UNSC1212/Report-UNSC-December2012-tFRA.pdf) (dans lequel il est indiqué que le Bureau du Procureur continue de suivre la question des attaques présumées contre les civils au Darfour qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité).

<sup>324</sup> Voir, par exemple, la résolution 556 (1984) du Conseil de sécurité en date du 23 octobre 1984 (condamnant le régime d'apartheid en Afrique du Sud et reconnaissant que le régime a été qualifié de crime contre l'humanité); la résolution 1970 (2011) du Conseil de sécurité en date du 26 février 2011 (considérant que les attaques généralisées commises en Libye contre la population civile pourraient constituer des crimes contre l'humanité); la résolution 1975 (2011) du Conseil de sécurité en date du 30 mars 2011 (considérant que les actes commis en Côte d'Ivoire pourraient constituer des crimes contre l'humanité); la résolution 2165 (2014) du Conseil de sécurité en date du 14 juillet 2014 (dans laquelle le Conseil se déclare vivement alarmé par les attaques lancées sans discernement dans les zones habitées en Syrie et affirme que ces actes pourraient constituer des crimes contre l'humanité); la résolution 2187 (2014) du Conseil de sécurité en date du 25 novembre 2014 (dans laquelle le Conseil se déclare profondément préoccupé par le fait qu'il existe des motifs raisonnables de croire que des crimes contre l'humanité ont été commis au Soudan du Sud); et la résolution 2217 (2015) du Conseil de sécurité en date du 28 avril 2015 (indiquant que les actes de violence commis en République centrafricaine pourraient constituer des crimes contre l'humanité).

<sup>325</sup> Voir, par exemple, la résolution 2127 (2013) du Conseil de sécurité en date du 5 décembre 2013 (demandant la création d'une commission d'enquête pour la République centrafricaine).

<sup>326</sup> Voir, par exemple, la déclaration du Président du Conseil de sécurité en date du 5 novembre 2014 (S/PRST/2014/22) [demandant aux acteurs de la région des Grands Lacs de s'abstenir d'accueillir ou de protéger de quelque manière que ce soit des personnes accusées d'atteintes aux droits de l'homme, en particulier de crimes contre l'humanité]; la déclaration du Président du Conseil de sécurité en date du 11 juin 2015

216. L'Assemblée générale a aussi identifié des situations potentielles de crimes contre l'humanité et a demandé aux États de prendre des mesures. Conformément à l'Article 10 de la Charte des Nations Unies, l'Assemblée générale peut discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la Charte des Nations Unies, notamment aux fins de maintenir la paix et la sécurité internationales (Art. 1). À l'instar du Conseil de sécurité, lorsque des informations concernant des crimes contre l'humanité sont portées à son attention, l'Assemblée générale peut répondre en adoptant des résolutions<sup>327</sup> ainsi qu'en demandant au Secrétariat d'administrer des commissions d'enquête.

217. Le Secrétariat suit la question des crimes contre l'humanité conjointement avec les autres organes de l'Organisation des Nations Unies. Il administre des commissions d'enquête concernant les crimes contre l'humanité à la demande du Conseil de sécurité, de l'Assemblée générale et d'organes subsidiaires tels que le Conseil des droits de l'homme. Une fois l'enquête achevée, le Secrétariat rend compte des conclusions auxquelles elle a abouti à l'organe qui a demandé la conduite de l'enquête<sup>328</sup>. Le Secrétariat peut aussi suivre la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité<sup>329</sup> et de l'Assemblée générale<sup>330</sup>. De plus, le Secrétaire général peut porter à l'attention du Conseil de sécurité toute affaire qui pourrait mettre en danger la paix et la sécurité internationales, y compris les situations potentielles de crimes contre l'humanité<sup>331</sup>.

(S/PRST/2015/12) [dans laquelle le Conseil de sécurité condamne de nouveau les attaques commises par l'Armée de résistance du Seigneur en République centrafricaine, notamment les actes susceptibles de constituer des crimes contre l'humanité]; et la déclaration du Président du Conseil de sécurité en date du 9 novembre 2015 (S/PRST/2015/20) [exhortant le Gouvernement de la République démocratique du Congo à poursuivre son action pour traduire en justice les auteurs d'atteintes aux droits de l'homme, en particulier celles qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité].

<sup>327</sup> Voir, par exemple, la résolution 48/143 de l'Assemblée générale en date du 20 décembre 1993 (condamnant les violences sexuelles commises dans l'ex-Yougoslavie et affirmant que ceux qui commettent des crimes contre l'humanité sont personnellement responsables de ces crimes); la résolution 53/156 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1998 (condamnant fermement le crime de génocide et les crimes contre l'humanité commis au Rwanda en 1994); la résolution 66/253/B de l'Assemblée générale en date du 3 août 2012 (rappelant que le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme avait indiqué que les actes de violence commis en République arabe syrienne étaient susceptibles de constituer des crimes contre l'humanité); et la résolution 67/262 de l'Assemblée générale en date du 15 mai 2013 (dans laquelle l'Assemblée générale rappelle les déclarations selon lesquelles des crimes contre l'humanité ont probablement été commis en République arabe syrienne et se déclare préoccupée par les faits de violence sexiste, qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité).

<sup>328</sup> Voir, par exemple, la lettre datée du 1<sup>er</sup> octobre 1994, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/1994/1125) [informant le Conseil de sécurité des conclusions auxquelles était parvenue une commission d'experts dans le cadre de son enquête concernant le Rwanda, à savoir que des personnes appartenant à l'une et l'autre parties au conflit armé avaient commis des crimes contre l'humanité].

<sup>329</sup> Voir, par exemple, le rapport du Secrétaire général sur l'application de la résolution 2139 (2014) du Conseil de sécurité (S/2014/208) [concluant que des crimes contre l'humanité avaient été commis en République arabe syrienne]. Voir aussi la résolution 2139 (2014) du Conseil de sécurité en date du 22 février 2014.

<sup>330</sup> Voir, par exemple, le rapport du Secrétaire général sur les viols et sévices dont les femmes sont victimes dans les zones de conflit armé de l'ex-Yougoslavie (A/52/497).

<sup>331</sup> Voir l'Article 99 de la Charte des Nations Unies.

218. En particulier, le Bureau du Conseiller spécial pour la prévention du génocide, situé au sein du Secrétariat, est chargé de recueillir des informations sur les violations graves et massives des droits de l'homme et du droit humanitaire. Le Bureau du Conseiller spécial fait office de mécanisme d'alerte rapide pour le Secrétaire général et, par son intermédiaire, pour le Conseil de sécurité, afin qu'ils puissent traiter les situations qui présentent un risque de génocide<sup>332</sup>. Le Bureau du Conseiller spécial recueille des informations, souvent au sein du système des Nations Unies, sur les risques de commission d'atrocités et identifie les situations préoccupantes en utilisant le Cadre d'analyse des atrocités criminelles<sup>333</sup>, qui vise spécifiquement à identifier les génocides, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Le Conseiller spécial utilise ensuite ces informations pour publier des déclarations<sup>334</sup> et informer le Conseil de sécurité<sup>335</sup>.

219. Les organes subsidiaires de l'Organisation des Nations Unies surveillent aussi les cas de crimes contre l'humanité. Par exemple, il arrive souvent que le Conseil des droits de l'homme reçoive des informations d'organisations non gouvernementales<sup>336</sup> ou de rapporteurs spéciaux<sup>337</sup> qui identifient des crimes contre l'humanité

<sup>332</sup> Voir la lettre datée du 12 juillet 2004, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général (S/2004/567).

<sup>333</sup> Organisation des Nations Unies, « Cadre d'analyse des atrocités criminelles: outil de prévention », 2014, disponible à l'adresse suivante: [www.un.org/en/genocideprevention/documents/publications-and-resources/Framework%20of%20Analysis%20for%20Atrocity%20Crimes\\_FR.pdf](http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/publications-and-resources/Framework%20of%20Analysis%20for%20Atrocity%20Crimes_FR.pdf).

<sup>334</sup> Voir, par exemple, Organisation des Nations Unies, « Statement by Adama Dieng, Special Adviser of the Secretary-General on the Prevention of Genocide, and Jennifer Welsh, Special Adviser of the Secretary-General on the Responsibility to Protect, on the situation in Yarmouk, Syria », communiqué de presse, 9 avril 2015 (où il est indiqué que toutes les parties au conflit en Syrie auraient commis de graves violations des droits de l'homme et atteintes à ces droits qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité). Voir aussi Organisation des Nations Unies, « Statement by Adama Dieng, Special Adviser on the Prevention of Genocide, and Jennifer Welsh, Special Adviser on the Responsibility to Protect, on the situation in Yemen », communiqué de presse, 16 février 2016 (« Les informations recueillies donnent à penser que certains de ces actes pourraient constituer des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité »).

<sup>335</sup> Voir, par exemple, la déclaration de M. Adama Dieng, Secrétaire général adjoint et Conseiller spécial pour la prévention du génocide, à la réunion du Conseil de sécurité tenue selon la formule Arria sur le dialogue entre les communautés et la prévention des crimes en République centrafricaine, 14 mars 2014 (« [d]e telles attaques généralisées et systématiques visant des civils sur la base de leur religion ou ethnie indiquent que des crimes contre l'humanité sont en train d'être commis »).

<sup>336</sup> Voir, par exemple, l'exposé écrit soumis conjointement par Civicus, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif général, et le Réseau d'ONG arabes pour le développement, organisation non gouvernementale inscrite sur la liste (A/HRC/S-15/NGO/1) [en anglais seulement] (exhortant le Conseil des droits de l'homme à demander au Conseil de sécurité la création d'une commission d'enquête concernant les crimes contre l'humanité qui pourraient être commis en Libye); et l'exposé écrit soumis par Amnesty International, organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif spécial (A/HRC/S-19/NGO/2) [en anglais seulement] (demandant au Conseil des droits de l'homme de prendre fermement position sur la question des crimes contre l'humanité et des atteintes aux droits de l'homme qui sont commis en Syrie et recommandant notamment que le Conseil de sécurité saisisse de la situation le Procureur de la Cour pénale internationale).

<sup>337</sup> Voir, par exemple, le rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée (A/HRC/31/70) [concluant que des crimes contre l'humanité continuent d'être commis en République populaire démocratique de Corée et soulignant la nécessité d'un cadre de mesures permettant d'établir les responsabilités pour les crimes contre l'humanité].

potentiels. Le Conseil des droits de l'homme peut donner suite à ces informations en mettant en place une commission d'enquête<sup>338</sup>, en chargeant le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme de mener une enquête sur une situation<sup>339</sup> ou en adoptant des résolutions<sup>340</sup>. En outre, au moyen de son mécanisme d'Examen périodique universel, le Conseil évalue la situation de tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies au regard des droits de l'homme<sup>341</sup>.

220. Les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme identifient souvent des situations de crimes contre l'humanité et formulent des recommandations pour y remédier lorsque les crimes contre l'humanité sont en relation avec l'objet de l'instrument. Par exemple, lorsqu'il reçoit des rapports d'États parties, le Comité des droits de l'homme traite les violations du Pacte international relatif aux droits civils et politiques telles que les violations du droit à la vie ou du droit de ne pas être soumis à la torture, ce qui inclut les circonstances dans lesquelles ces violations peuvent constituer des crimes contre l'humanité<sup>342</sup>. Ainsi, alors que les mandats

<sup>338</sup> Voir, par exemple, la résolution 22/13 du Conseil des droits de l'homme, en date du 21 mars 2013, sur la situation des droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée (établissant une commission d'enquête concernant les violations des droits de l'homme et les crimes contre l'humanité qui pourraient être commis en République populaire démocratique de Corée); la résolution S-17/1 du Conseil des droits de l'homme, en date du 23 août 2011, sur la situation des droits de l'homme en République arabe syrienne (créant une commission d'enquête concernant les violations des droits de l'homme et les crimes contre l'humanité qui pourraient être commis en République arabe syrienne); et la résolution 22/24 du Conseil des droits de l'homme, en date du 22 mars 2013, sur la situation des droits de l'homme en République arabe syrienne (même objet).

<sup>339</sup> Voir, par exemple, la résolution 25/1 du Conseil des droits de l'homme, en date du 27 mars 2014, intitulée «Favoriser la réconciliation et l'établissement des responsabilités et promouvoir les droits de l'homme à Sri Lanka» (dans laquelle il est demandé au Haut-Commissariat de surveiller la situation des droits de l'homme à Sri Lanka et d'entreprendre une enquête approfondie sur les atteintes aux droits de l'homme). Voir aussi le rapport complet du Haut-Commissariat sur Sri Lanka (A/HRC/30/61) [qui recense les nombreuses atteintes aux droits de l'homme commises à Sri Lanka, notamment les violences sexistes, les enrôlements forcés, la torture, les disparitions forcées et les homicides illégaux, qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité].

<sup>340</sup> Voir, par exemple, la résolution 19/22 du Conseil des droits de l'homme, en date du 23 mars 2012, sur la situation des droits de l'homme en République arabe syrienne (dans laquelle le Conseil prend note du fait que les violations des droits de l'homme commises en République arabe syrienne pourraient constituer des crimes contre l'humanité et recommande aux principaux organes de l'Organisation des Nations Unies de prendre d'urgence des mesures pour remédier aux crimes contre l'humanité qui peuvent avoir été commis); et la résolution 25/25 du Conseil des droits de l'homme, en date du 28 mars 2014, sur la situation des droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée (dans laquelle le Conseil prend note du fait que les informations reçues par la Commission d'enquête donnent des motifs raisonnables de croire que des crimes contre l'humanité ont été commis et recommande à l'Assemblée générale de soumettre le rapport de la Commission d'enquête au Conseil de sécurité afin que celui-ci envisage de saisir le mécanisme de justice pénale internationale pertinent pour faire en sorte que les responsables répondent de leurs actes).

<sup>341</sup> Résolution 60/251 de l'Assemblée générale, en date du 15 mars 2006, par. 5 e.

<sup>342</sup> Voir, par exemple, les observations finales du Comité des droits de l'homme concernant le cinquième rapport périodique de la Colombie (CCPR/CO/80/COL) [dans lesquelles le Comité estime que le projet de loi relatif aux peines de substitution à la privation de liberté constitue un sujet de préoccupation et recommande que ce texte ne s'applique

du Comité des droits de l'homme et d'autres organes subsidiaires ne prévoient pas expressément la surveillance des crimes contre l'humanité, ces organes peuvent identifier ces crimes et recommander aux États de prendre les mesures qui s'imposent pour y remédier.

221. Les crimes contre l'humanité sont aussi surveillés et réprimés par les juridictions internationales. Ces crimes relèvent de la compétence de la Cour pénale internationale<sup>343</sup>, du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>344</sup>, du Tribunal pénal international pour le Rwanda<sup>345</sup> et d'autres juridictions spéciales<sup>346</sup>. De plus, les juridictions régionales des droits de l'homme identifient et jugent les crimes contre l'humanité lorsque ces crimes sont en relation avec les violations des droits de l'homme visées par leurs instruments constitutifs<sup>347</sup>, tout comme les organes créés en application des instruments relatifs aux droits de l'homme.

## B. Mécanismes de suivi possibles au titre d'une convention

222. Il existe divers mécanismes de suivi supplémentaires qui peuvent être envisagés par les États dans le cadre d'une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité. L'étude réalisée en 2016 par le Secrétariat concernant les informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour les travaux futurs de la Commission du droit international sur les crimes contre l'humanité<sup>348</sup> constitue une ressource particulièrement utile à ce sujet. L'étude passe notamment en revue les structures et procédures institutionnelles mises en place au titre des traités existants<sup>349</sup>, ce qui indique aux États diverses solutions possibles. On trouvera ci-après un récapitulatif de ces institutions et procédures.

pas aux personnes qui ont commis des crimes contre l'humanité]. Voir aussi la décision 2 (66) du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale sur la situation au Darfour (CERD/C/DEC/SDN/1) [qui recommande au Secrétaire général et, par son intermédiaire, au Conseil de sécurité, le déploiement au Darfour d'une force de l'Union africaine suffisamment nombreuse qui soit mandatée pour protéger la population civile contre les crimes contre l'humanité].

<sup>343</sup> Voir Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 5.

<sup>344</sup> Voir Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (note 251 *supra*), art. 5.

<sup>345</sup> Voir Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (note 252 *supra*), art. 3.

<sup>346</sup> Voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur les crimes contre l'humanité, *Annuaire... 2015*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/680, chap. III, sect. C.

<sup>347</sup> Voir Huneeus, «International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the human rights courts», p. 14, 15 et 18.

<sup>348</sup> Étude du Secrétariat concernant les informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour les travaux futurs de la Commission du droit international sur le sujet «Crimes contre l'humanité», *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698.

<sup>349</sup> Voir, par exemple, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; Pacte international relatif aux droits civils et politiques; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; Convention relative aux droits de l'enfant; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées; et 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.

## 1. TYPES D'INSTITUTIONS

223. Les traités existants ont prévu la création de différentes structures institutionnelles devant aider au suivi, à la mise en œuvre et au respect du traité concerné. De manière générale, ces structures peuvent être regroupées en quatre catégories : a) les comités ; b) les commissions ; c) les cours ; et d) les réunions des États parties<sup>350</sup>.

224. Premièrement, les *comités* sont, en règle générale, composés d'experts indépendants qui sont proposés et élus par les États parties à l'instrument parmi leurs ressortissants<sup>351</sup>. Il est souvent spécifié que les membres des comités doivent être d'une haute autorité morale et éminemment compétents dans le domaine auquel s'applique l'instrument, et agir en toute impartialité, ce que permet le fait que les experts siègent à titre personnel<sup>352</sup>. Des prescriptions peuvent également être énoncées concernant une répartition géographique équitable, la représentation des principaux systèmes juridiques ou l'équilibre de la représentation des hommes et des femmes<sup>353</sup>.

225. Les mandats des comités diffèrent selon l'instrument concerné. Certains instruments prévoient la création d'un comité doté d'un mandat général et chargé d'examiner les progrès réalisés « dans l'application de<sup>354</sup> » l'instrument ou « dans l'exécution des obligations contractées [...] en vertu de<sup>355</sup> » l'instrument. D'autres instruments assignent au comité des tâches précises, telles que l'examen des rapports soumis par les États parties<sup>356</sup> ; l'adoption d'observations ou de recommandations générales<sup>357</sup> ; l'examen de communications émanant

de particuliers<sup>358</sup> ; l'examen de communications émanant d'un État au sujet d'un autre État<sup>359</sup> ; la conduite d'enquêtes et/ou de visites<sup>360</sup> ; l'examen de demandes d'action en urgence<sup>361</sup> ; et la communication d'informations à une conférence des États parties<sup>362</sup>. Un comité peut aussi être doté d'un mandat limité qui lui assigne une mission unique ou porte sur une région en particulier, comme le Sous-Comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui surveille les lieux de détention des États parties<sup>363</sup>, ou le Comité régional de la Conférence internationale sur la région des Grands Lacs pour la prévention et la répression du génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et de toutes les formes de discrimination, dont la mission est limitée à la région des Grands Lacs de l'Afrique<sup>364</sup>.

226. Deuxièmement, les *commissions* sont, en règle générale, des groupes d'experts indépendants, généralement élus par les États parties pour un nombre prédéfini d'années<sup>365</sup>. Elles ont parfois des fonctions similaires à celles des comités, mais se concentrent souvent sur des différends ou des types de violation des traités particuliers<sup>366</sup>. Les commissions peuvent être des organes

<sup>350</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 450, par. 5.

<sup>351</sup> *Ibid.* Des comités ont été créés en vertu des instruments suivants : Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 8, par. 1 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 28, par. 2 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 17, par. 1 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 17, par. 1 ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 43, par. 2 ; 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. 27 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 26, par. 1 et 2 ; et Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 6.

<sup>352</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 450 et 451, par. 7.

<sup>353</sup> *Ibid.*

<sup>354</sup> Voir Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 17, par. 1.

<sup>355</sup> Voir Convention relative aux droits de l'enfant, art. 43, par. 1.

<sup>356</sup> Voir, par exemple, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 9 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 40 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 18 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 19 ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 44 ; et Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 29.

<sup>357</sup> Voir, par exemple, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 9, par. 2 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 40, par. 4 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 21 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 19, par. 4 ; et Convention relative aux droits de l'enfant, art. 45, al. d.

<sup>358</sup> Voir, par exemple, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 14 ; Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 1<sup>er</sup> ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 22 ; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 1<sup>er</sup> ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 31 ; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 5.

<sup>359</sup> Voir, par exemple, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 11 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 41 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 21 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 32 ; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 12.

<sup>360</sup> Voir, par exemple, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 20, par. 3 ; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 8, par. 2 ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 33 ; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 13.

<sup>361</sup> Voir, par exemple, Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 30.

<sup>362</sup> *Ibid.*, art. 27.

<sup>363</sup> Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 5.

<sup>364</sup> 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. 26, par. 1, et art. 38.

<sup>365</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 453 et 454, par. 11 à 17.

<sup>366</sup> Voir, par exemple, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, créée en vertu de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 33 ; la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, créée en vertu de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 30 ; et la Commission internationale d'établissement des faits, créée en vertu du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 90. Au regard de la Commission d'établissement des faits associée au Protocole I, les États parties doivent déclarer qu'ils acceptent l'article 90 ; à ce jour, seuls 76 des 174 États parties l'ont fait. Bien que cette commission soit en mesure de fonctionner, elle n'a jamais été utilisée.



permanents<sup>367</sup> ou être constituées de manière ponctuelle<sup>368</sup>. Les mandats des diverses commissions sont tous différents. Par exemple, les commissions de conciliation ad hoc sont, en règle générale, dotées d'un mandat limité portant sur le règlement de différends entre États qui n'ont pas pu être réglés de manière satisfaisante par des négociations<sup>369</sup>, tandis que d'autres commissions peuvent être chargées uniquement de connaître des violations de l'instrument constitutif<sup>370</sup>. D'autres commissions ont un mandat beaucoup plus général, notamment la Commission interaméricaine des droits de l'homme, qui a une compétence étendue « pour connaître des questions relatives à l'exécution des engagements contractés par les États parties<sup>371</sup> ».

227. Les commissions peuvent aussi avoir l'obligation de faire rapport périodiquement à un organe international. Actuellement, cette pratique est propre aux commissions régionales, la Commission interaméricaine des droits de l'homme faisant rapport à l'Organisation des États américains et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples rendant compte à l'Union africaine<sup>372</sup>.

228. Troisièmement, le traité peut établir une *cour*. Il s'agit là d'une caractéristique particulière des instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme<sup>373</sup>. Ces cours sont des institutions judiciaires permanentes chargées de surveiller le comportement des États parties dans le cadre de l'application du traité<sup>374</sup>. La cour, en règle générale, a compétence pour connaître des affaires relatives à l'interprétation et à l'application du traité l'ayant établie, même si la compétence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples s'étend également à « tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par l'État concerné<sup>375</sup> ». Chaque cour a sa propre procédure en matière de saisine, certaines cours autorisant des particuliers ou même des organisations

non gouvernementales à soumettre des affaires<sup>376</sup>, alors que d'autres limitent cette possibilité aux États parties et à la commission établie par le traité<sup>377</sup>.

229. Quatrièmement, le traité peut établir une *réunion des États parties*, au cours de laquelle les États parties exercent diverses fonctions de suivi<sup>378</sup>. Ces réunions peuvent se tenir régulièrement<sup>379</sup>, par exemple chaque année ou tous les deux ans, ou uniquement lorsqu'elles sont convoquées par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies<sup>380</sup>, par le dépositaire du traité<sup>381</sup> ou à la demande d'un État partie ou de plusieurs États parties (et avec l'approbation de la majorité des États parties)<sup>382</sup>. Les réunions des États parties ont généralement un mandat de large portée, tel que celui défini par la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, qui charge la réunion « d'examiner la mise en œuvre de la Convention ainsi que les problèmes rencontrés dans son application » (art. 23)<sup>383</sup>.

## 2. TYPES DE PROCÉDURES

230. Les mécanismes de suivi peuvent comporter tout un éventail de procédures, notamment les suivantes : a) rapports des États parties ; b) plaintes, requêtes ou communications individuelles ; c) plaintes interétatiques ; d) enquêtes ou visites ; e) action en urgence ; f) communication d'informations lors des réunions des États parties<sup>384</sup>.

231. En premier lieu, des rapports des États parties peuvent être demandés périodiquement par l'organe – comité, commission ou autre – créé par le traité<sup>385</sup>. Ces rapports présentent généralement les mesures qui

<sup>367</sup> Voir, par exemple, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, et la Commission internationale d'établissement des faits.

<sup>368</sup> Voir, par exemple, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 12, par. 1 a ; et Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 42, par. 1 a.

<sup>369</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 454, par. 19. Voir, par exemple, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 12, par. 1 a ; et Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 42, par. 1 a.

<sup>370</sup> Voir Protocole I aux Conventions de Genève, art. 90, par. 2 c.

<sup>371</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 454 et 455, par. 20 à 23 (citation au paragraphe 20). Voir Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 41 ; et Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 45.

<sup>372</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 455 et 456, par. 24. Voir aussi Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 41, al. g ; et Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 54 et 59, par. 3.

<sup>373</sup> Voir Convention européenne des droits de l'homme, art. 19 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 33 ; et Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

<sup>374</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 456, par. 25.

<sup>375</sup> Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 7. Voir aussi Convention européenne des droits de l'homme, art. 32 ; et Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 62, par. 3.

<sup>376</sup> Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 5 ; et Convention européenne des droits de l'homme, art. 34.

<sup>377</sup> Voir Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 61.

<sup>378</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 457, par. 32 et 33. Voir, par exemple, Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 23 ; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 112 ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 32 ; et Protocole I aux Conventions de Genève, art. 7.

<sup>379</sup> Voir, par exemple, Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 112, par. 6 ; et Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 32.

<sup>380</sup> Voir, par exemple, Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 23.

<sup>381</sup> Voir, par exemple, Protocole I aux Conventions de Genève, art. 7.

<sup>382</sup> Voir, par exemple, Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 23.

<sup>383</sup> Voir également *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 458, par. 35 à 37.

<sup>384</sup> *Ibid.*, par. 38.

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 458 à 460, par. 39 à 46. Voir, par exemple, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 9 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 40 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 42 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 18 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 62 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 19 ; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, art. 17 ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 44 ; et Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 29.

ont été prises par l'État partie pour appliquer le traité, notamment l'adoption, à l'échelle nationale, des textes législatifs et réglementaires nécessaires, ainsi que les éventuelles difficultés auxquelles l'État se heurte dans le cadre de l'application ou du respect des dispositions du traité<sup>386</sup>. En réponse au rapport d'un État partie, l'institution chargée du suivi peut adresser des « recommandations » ou des « observations » à l'État partie<sup>387</sup> et, dans certains cas, à l'Organisation des Nations Unies ou à d'autres instances internationales<sup>388</sup>.

232. En deuxième lieu, les traités peuvent également prévoir la présentation de plaintes, de requêtes ou de communications individuelles<sup>389</sup>. En règle générale, il ne peut être recouru aux mécanismes de dépôt de plaintes individuelles que si l'État concerné déclare qu'il reconnaît la compétence de l'institution correspondante pour examiner des plaintes individuelles<sup>390</sup> ou s'il signe un protocole facultatif<sup>391</sup>, mais il peut aussi bien être prévu que ces mécanismes fonctionnent d'emblée, sans intervention de l'État<sup>392</sup>.

233. En fonction du traité, ces plaintes peuvent être déposées par des personnes, des groupes de personnes ou des entités non gouvernementales<sup>393</sup>. Pour qu'une plainte

individuelle puisse être déposée, il faut, en règle générale, que les voies de recours internes aient été préalablement épuisées, qu'on ne dispose pas de voie de recours interne permettant d'obtenir une réparation effective ou qu'il y ait des retards excessifs dans la procédure de recours<sup>394</sup>. Pour certains mécanismes de suivi, il peut également y avoir des critères de recevabilité supplémentaires<sup>395</sup>. Lorsque l'organe compétent reçoit une plainte individuelle, une procédure est engagée à l'issue de laquelle des suggestions, des recommandations ou des constatations sont transmises par l'organe à l'État partie intéressé, après quoi l'État peut être tenu de soumettre une réponse écrite, dans laquelle il indiquera les mesures de réparation qu'il aura prises pour résoudre la situation<sup>396</sup>.

groupes de personnes); Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 44 (qui autorise toute personne, tout groupe de personnes ou toute entité non gouvernementale et légalement reconnue à soumettre des plaintes); Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 22, par. 1 (qui autorise la soumission de plaintes par des particuliers); Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 1<sup>er</sup> (qui autorise la soumission de plaintes par des particuliers); Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 2 (qui autorise la soumission de plaintes par des particuliers et des groupes de particuliers); Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 31, par. 1 (qui autorise la soumission de plaintes par des personnes ou pour le compte de personnes); et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 5 (qui autorise la soumission de plaintes par des particuliers ou des groupes de particuliers, ou au nom de particuliers ou de groupes de particuliers).

<sup>394</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 463, par. 57. Voir, par exemple, Convention européenne des droits de l'homme, art. 35, par. 1; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 14, par. 7 a; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 22, par. 5 b; Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 2 et art. 5, par. 2 b; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 4, par. 1; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 31, par. 2 d; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 7, par. 5.

<sup>395</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 463 à 465, par. 58 à 65. Voir, par exemple, Convention européenne des droits de l'homme, art. 35 (qui dispose qu'une requête ne peut être anonyme, qu'elle ne peut être essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour, et qu'elle ne peut être ni manifestement mal fondée ni abusive); et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 7 (qui dispose qu'une communication est déclarée irrecevable lorsque: «a) La communication est anonyme; b) La communication n'est pas présentée par écrit; c) La communication constitue un abus du droit de présenter de telles communications ou est incompatible avec les dispositions de la Convention ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant; d) La même question a déjà été examinée par le Comité ou a été ou est examinée au titre d'une autre procédure internationale d'enquête ou de règlement; e) Tous les recours internes disponibles n'ont pas été épuisés. Cette règle ne s'applique pas si la procédure de recours excède des délais raisonnables ou s'il est peu probable qu'elle permette d'obtenir une réparation effective; f) La communication est manifestement mal fondée ou insuffisamment motivée; g) Les faits qui font l'objet de la communication sont antérieurs à la date d'entrée en vigueur du présent Protocole à l'égard de l'État partie intéressé, à moins que ces faits ne persistent après cette date; h) La communication n'est pas présentée dans les douze mois suivant l'épuisement des recours internes, sauf dans les cas où l'auteur peut démontrer qu'il n'a pas été possible de présenter la communication dans ce délai »).

<sup>396</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 465 à 467, par. 66 à 69 et 71 à 78.

<sup>386</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698.

<sup>387</sup> *Ibid.*, p. 460 et 461, par. 47. Voir, par exemple, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 40, par. 4; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 9, par. 2; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 19, par. 3; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 21, par. 1; et Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 29, par. 3.

<sup>388</sup> Voir, par exemple, Convention relative aux droits de l'enfant, art. 45, al. b (s'il le juge nécessaire, le Comité des droits de l'enfant transmet les rapports des États parties aux institutions spécialisées, au Fonds des Nations Unies pour l'enfance et aux autres organismes compétents).

<sup>389</sup> Voir Convention européenne des droits de l'homme, art. 34; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 14; Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 1<sup>er</sup> et 2; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 44; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 55; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 22; Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, art. 5; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, art. XIII; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 2; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 31; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 5.

<sup>390</sup> Voir Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 14, par. 2; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 44; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 22, par. 1; et Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 31, par. 1.

<sup>391</sup> Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications.

<sup>392</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 461 à 463, par. 49 à 56.

<sup>393</sup> *Ibid.* Voir, par exemple, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 14, par. 2 (qui autorise la soumission de plaintes par des personnes ou des

234. En troisième lieu, le traité peut prévoir la présentation de plaintes interétatiques<sup>397</sup>. Certains traités autorisent la présentation de telles plaintes quel que soit l'État partie intéressé, tandis que d'autres n'autorisent les plaintes interétatiques que si l'État visé a déclaré qu'il acceptait de se soumettre à la procédure de plaintes<sup>398</sup>. Conformément au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, si les États parties intéressés ne sont pas satisfaits de l'issue de la plainte, les comités institués, respectivement, par l'un et l'autre de ces traités désignent une commission de conciliation ad hoc chargée de poursuivre la procédure<sup>399</sup>.

235. En quatrième lieu, le traité peut établir des procédures d'enquête ou de visite<sup>400</sup>. Dans le cas des traités prévoyant une procédure d'enquête, l'organe compétent peut ouvrir une enquête s'il reçoit des renseignements crédibles faisant état d'une violation grave commise par un État partie<sup>401</sup>. L'enquête peut comprendre une visite dans l'État partie si nécessaire et si l'État partie y consent<sup>402</sup>. Les conclusions de l'enquête, assorties d'observations, de suggestions ou de recommandations, sont ensuite transmises à l'État partie<sup>403</sup>. Il se peut également que le traité

<sup>397</sup> Voir, par exemple, Convention européenne des droits de l'homme, art. 33; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 11; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 41; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 45; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 47; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 21; Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, art. 4; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 32; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 12.

<sup>398</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 41, par. 1; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 21, par. 1; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 12, par. 1.

<sup>399</sup> Voir Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 12, par. 1 a; et Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 42, par. 1 a.

<sup>400</sup> Voir Convention européenne des droits de l'homme, art. 52; Protocole I aux Conventions de Genève, art. 90, par. 2; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 20; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 8; Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 4; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 33; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 13.

<sup>401</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 469, par. 88 et 89. Voir, par exemple, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 20, par. 3; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 8, par. 2; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 13, par. 2.

<sup>402</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 469 et 470, par. 90.

<sup>403</sup> Voir, par exemple, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 20, par. 4; Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 8, par. 3; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, art. 13, par. 4.

prévoit la conduite de visites régulières dans l'État partie. Par exemple, le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants établit « un système de visites régulières, effectuées par des organismes internationaux et nationaux indépendants, sur les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté, afin de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » (art. 1<sup>er</sup>).

236. En cinquième lieu, le traité peut prévoir des procédures d'action en urgence. Ce type de procédure n'est cependant prévu que par la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, le but étant de retrouver les personnes disparues. Une action en urgence peut être mise en œuvre lorsque la famille du disparu présente une demande en ce sens au Comité des disparitions forcées (art. 30, par. 1). L'action en urgence ne sera envisagée par le Comité que si la demande: a) n'est pas manifestement dépourvue de fondement; b) ne constitue pas un abus du droit de présenter de telles demandes; c) a été préalablement et dûment présentée aux organes compétents de l'État partie concerné; d) n'est pas incompatible avec les dispositions de la Convention; et e) n'est pas déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête (art. 30, par. 2). Le Comité peut ensuite transmettre des recommandations à l'État partie intéressé, notamment prier celui-ci de prendre toutes les mesures nécessaires pour localiser et protéger les personnes concernées (art. 30, par. 3). L'action en urgence se poursuit « tant que le sort de la personne recherchée n'est pas élucidé » (art. 30, par. 4).

237. En sixième et dernier lieu, le traité peut prévoir une procédure de communication d'informations lors des réunions des États parties<sup>404</sup>. Par exemple, le traité peut autoriser le comité ou la commission qu'il institue à porter une question, en urgence, à l'attention des États parties (ou d'une autre instance internationale) dans des « situations particulières » où le comité ou la commission a reçu une ou plusieurs communications faisant état de violations généralisées ou systématiques des dispositions du traité<sup>405</sup>. Cela pourra par la suite donner lieu à une étude plus approfondie de la situation, qui sera assortie de conclusions<sup>406</sup>.

238. Dans l'éventualité où le présent projet d'articles serait transformé en une convention relative à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité, on pourrait retenir un ou plusieurs mécanismes parmi ceux présentés ci-dessus pour compléter les mécanismes existants. Ces mécanismes pourraient être un moyen de garantir que les États parties honorent les engagements pris au titre de la convention, notamment pour ce qui est de l'adoption de lois au plan national, de la mise en

<sup>404</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 472, par. 105 à 107.

<sup>405</sup> Ibid. Voir, par exemple, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 58, par. 1; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 34; et 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. 38, par. 2 c.

<sup>406</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/698, p. 472, par. 105 à 107.

œuvre des mesures de prévention voulues, de l'ouverture d'enquêtes diligentes et impartiales sur les auteurs présumés, et du respect de leur obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*). Le choix d'un ou de plusieurs mécanismes en particulier tient toutefois moins au raisonnement juridique qu'à des facteurs relevant de la politique générale, à la disponibilité des ressources et au rapport qu'aurait le nouveau mécanisme, quel qu'il soit, avec les mécanismes existants<sup>407</sup>. Il faudra en outre faire un choix en matière de structure : le nouveau mécanisme de suivi pourra en effet être immédiatement intégré dans une nouvelle convention ou bien institué à un stade ultérieur<sup>408</sup>, comme cela a été le cas avec la création d'un comité chargé du suivi de la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>409</sup>. Enfin, il pourrait être créé, en parallèle, un mécanisme de suivi de la mise en œuvre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, des demandes étant régulièrement formulées en ce sens<sup>410</sup>.

### C. Règlement des différends interétatiques

239. Dans cette section, on étudiera la question du règlement des différends interétatiques<sup>411</sup>. Les méthodes fondamentales de règlement pacifique des différends sont, bien entendu, énoncées au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, aux termes duquel les États Membres parties à un différend susceptible de menacer la paix et la sécurité internationales « doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix »<sup>412</sup>.

240. À l'heure actuelle, les États n'ont pas l'obligation de régler les différends interétatiques ayant spécifiquement trait à des crimes contre l'humanité. Si de tels différends peuvent être réglés, ils le sont dans le cadre de l'obligation plus générale de régler les différends interétatiques<sup>413</sup>, obligation qui peut (ou non) viser également les différends ayant trait à des crimes contre l'humanité.

<sup>407</sup> Un vaste débat a récemment été engagé entre les États concernant la possibilité d'instituer un nouveau mécanisme de suivi du respect du droit international humanitaire ; au cours de ce débat, les États ont exprimé divers points de vue sur les meilleurs moyens de procéder pour ce faire. Voir Pejic, « Renforcer le respect du droit : l'initiative conjointe du CICR et de la Suisse ».

<sup>408</sup> Voir Galbraith, « Treaty options: towards a behavioral understanding of treaty design », p. 341 (où l'on trouvera une étude concrète d'économie comportementale dont il ressort qu'en règle générale les États sont bien plus enclins à adhérer aux mécanismes de suivi lorsque ces mécanismes sont présentés dans des protocoles facultatifs, qui sont des documents distincts du traité principal, plutôt que lorsque l'engagement à l'égard de tels mécanismes fait l'objet d'une clause d'option positive).

<sup>409</sup> Voir la résolution 1985/17 du Conseil économique et social, en date du 28 mai 1985.

<sup>410</sup> Voir Schabas, *Genocide in International Law: the Crime of Crimes*, p. 649 à 651.

<sup>411</sup> Voir, de manière générale, Gray et Kingsbury, « Developments in dispute settlement: Inter-State arbitration since 1945 ».

<sup>412</sup> Voir aussi Cede, « The settlement of international disputes by legal means – arbitration and judicial settlement », p. 358 à 360.

<sup>413</sup> Par exemple, la question des crimes contre l'humanité a été soulevée devant la Cour internationale de Justice dans le contexte d'une demande reconventionnelle présentée par l'Italie comme suite à l'instance introduite par l'Allemagne sur le fondement de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends de 1957

241. Les différends concernant, entre autres infractions, des crimes contre l'humanité peuvent également être soumis à un mécanisme compétent pour connaître des différends relatifs à un autre type de crime, tel que le génocide ou la torture, pour lesquels il existe un mode de règlement des différends interétatiques. Par exemple, les requêtes déposées par la Bosnie-Herzégovine et par la Croatie contre la Serbie devant la Cour internationale de Justice, ainsi que les demandes reconventionnelles présentées par la Serbie, concernaient le manquement à l'obligation d'empêcher ou de réprimer le génocide<sup>414</sup>, étant donné qu'aucun traité ne prévoyait la compétence de la Cour à l'égard des crimes contre l'humanité. La requête introduite par la Belgique devant la Cour portait sur la question de savoir si le Sénégal avait manqué à son obligation d'extrader ou de poursuivre Hissène Habré pour torture, puisque, là encore, aucun traité ne prévoyait la compétence de la Cour à l'égard des crimes contre l'humanité<sup>415</sup>. Dans l'une et l'autre affaires, des allégations de crimes contre l'humanité ont également été formulées.

242. Il a également été question de crimes contre l'humanité dans le cadre de l'examen, par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de questions telles que le droit à un procès équitable<sup>416</sup>, le principe *non bis in idem*<sup>417</sup>, le principe *nulum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*<sup>418</sup> et la légalité des dispositions relatives à l'amnistie<sup>419</sup>.

243. Les traités visant des infractions de droit interne contiennent souvent des dispositions relatives au règlement des différends et ont établi, ces dernières décennies, une procédure de plus en plus détaillée en la matière<sup>420</sup>. Par exemple, l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide autorise les parties à soumettre un différend à la Cour internationale de Justice, mais ne prévoit aucune autre procédure de règlement des différends : « Les différends entre les

[Immunités juridictionnelles de l'État (*Allemagne c. Italie*), demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010, p. 310, aux pages 311 et 312, par. 3]. En l'espèce, la Cour a toutefois conclu que, puisque la demande reconventionnelle présentée par l'Italie concernait des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention, cette demande ne relevait pas de sa compétence (ibid., p. 320 et 321, par. 30).

<sup>414</sup> *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 ; et *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.

<sup>415</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422.

<sup>416</sup> *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], nos 34044/96 et 2 autres, CEDH 2001-II (opinion concordante du juge Loucaides) ; et *K.-H.W. c. Allemagne* [GC], n° 37201/97, CEDH 2001-II (extraits) [opinion concordante du juge Loucaides].

<sup>417</sup> *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, arrêt, 26 septembre 2006, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 154, par. 154.

<sup>418</sup> *Kolk et Kislyiy c. Estonie* (déc.), nos 23052/04 et 24018/04, CEDH 2006-I.

<sup>419</sup> *Barríos Altos c. Pérou*, arrêt, 14 mars 2001, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 75, opinion séparée concordante du juge Sergio García-Ramírez, par. 13 ; *Gelman c. Uruguay*, arrêt, 24 février 2011, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 221, par. 198 et 210 ; et *Marguš c. Croatie* [GC], n° 4455/10, par. 130 à 136, CEDH 2014 (extraits).

<sup>420</sup> Cede, « The settlement of international disputes by legal means... », p. 360.

Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une Partie au différend»<sup>421</sup>.

244. De la même manière, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale prévoit uniquement la soumission des différends à la Cour internationale de Justice ; néanmoins, elle envisage aussi la possibilité de régler un différend par voie de négociation, ou en ayant recours à un autre mode de règlement. L'article 22 se lit ainsi : « Tout différend entre deux ou plusieurs États parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention, qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention, sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement. »

245. Certains traités, plus récents, établissent une procédure de règlement des différends qui débute par des pourparlers, se poursuit par un recours à l'arbitrage, pour aboutir, dans un dernier temps, à la saisine de la Cour internationale de Justice. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 12 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs dispose ce qui suit :

Tout différend entre des États contractants concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.

246. On retrouve ce libellé, reproduit à l'identique ou légèrement modifié, dans plusieurs instruments : la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (art. 13, par. 1) ; la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 16) ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 30, par. 1) ; la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 22, par. 1) ; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (art. 20, par. 1) ; la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (art. 24) ; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 35, par. 2) ; le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à

<sup>421</sup> À l'inverse, les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre ne prévoient pas la soumission des différends à la Cour internationale de Justice ; elles prévoient en revanche une forme de procédure de conciliation – par l'intermédiaire des Puissances protectrices – dans l'intérêt des personnes protégées, « notamment en cas de désaccord entre les Parties au conflit sur l'application ou l'interprétation des dispositions de la présente Convention ». Voir, par exemple, l'article 11 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève). Cette procédure n'a pas été appliquée à ce jour.

prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (art. 15) ; la Convention des Nations Unies contre la corruption (art. 66, par. 2) ; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (art. 42).

247. S'il existe quelques autres possibilités<sup>422</sup>, c'est souvent cette procédure de règlement des différends en plusieurs étapes (négociation, arbitrage, règlement judiciaire) qui est prévue par les traités portant sur des infractions de droit interne. Ce type de dispositions traduit vraisemblablement la conviction des États qu'une procédure de règlement des différends est un mécanisme utile pour garantir le respect des engagements conventionnels. Bien que relativement peu d'affaires soient finalement soumises à l'arbitrage ou à la Cour internationale de Justice, cette procédure offre la possibilité de mener une négociation interétatique « sous le spectre » d'un éventuel recours à l'arbitrage ou au règlement judiciaire. Chacune de ces étapes – négociation, arbitrage et règlement judiciaire – est abordée brièvement ci-après.

## 1. NÉGOCIATION

248. Les dispositions relatives au règlement des différends interétatiques font souvent obligation aux États de négocier entre eux avant d'avoir recours à la procédure obligatoire de règlement des différends. Cela étant, elles ne contiennent généralement aucune précision sur ce que l'on entend exactement lorsqu'on parle d'un différend qui « ne peut être réglé par voie de négociation ». On peut lire dans les travaux préparatoires de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et 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 que ce type de formule « est à interpréter au sens large afin de montrer que les États sont encouragés à épuiser toutes les possibilités de règlement pacifique des différends, y compris la conciliation, la médiation et le recours à des organismes régionaux<sup>423</sup> ».

<sup>422</sup> Par exemple, la Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme n'exige pas des États qu'ils soumettent leurs différends à l'arbitrage avant de saisir la Cour internationale de Justice. La Convention dispose qu'à l'issue des pourparlers l'un des États parties au différend peut choisir de soumettre celui-ci soit à l'arbitrage, soit au règlement de la Cour internationale de Justice (art. 22). La Convention de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la lutte contre le terrorisme prévoit le règlement des différends par voie de consultation, de négociation, ou « d'autres moyens pacifiques » (art. XIX). En outre, les traités portant création de tribunaux pénaux internationaux peuvent prévoir d'autres méthodes de règlement des différends, compte tenu de l'existence de mécanismes institutionnels. Voir, par exemple, Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 119 (« 1. Tout différend relatif aux fonctions judiciaires de la Cour est réglé par décision de la Cour. 2. Tout autre différend entre deux ou plusieurs États Parties concernant l'interprétation ou l'application du présent Statut qui n'est pas résolu par la voie de négociations dans les trois mois après le début de celles-ci est renvoyé à l'Assemblée des États Parties. L'Assemblée peut chercher à résoudre elle-même le différend ou faire des recommandations sur d'autres moyens de le régler, y compris le renvoi à la Cour internationale de Justice en conformité avec le Statut de celle-ci »).

<sup>423</sup> Comité spécial sur l'élaboration d'une convention contre la criminalité transnationale organisée, *Documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dixième session (A/AC.254/33)*, par. 34.

249. Dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour permanente de Justice internationale a estimé que l'obligation de négocier avant d'avoir recours à la procédure obligatoire de règlement des différends visait simplement à garantir que la partie défenderesse soit préalablement avisée de l'introduction imminente d'une instance à son égard<sup>424</sup>. La Cour internationale de Justice est parvenue à la même conclusion dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, estimant que l'obligation de négocier pouvait être remplie même lorsque aucune négociation n'avait été directement ou officiellement engagée<sup>425</sup>. Dans des affaires plus récentes, la Cour a toutefois estimé que l'État requérant devait s'efforcer de bonne foi de régler le différend par voie de négociation. Par exemple, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, elle a établi une distinction entre le simple fait de notifier l'introduction imminente d'une instance et le fait de mener effectivement des négociations de bonne foi dans l'intention de régler le différend en cause<sup>426</sup>. Dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, la Cour a déclaré ce qui suit :

En déterminant ce qui constitue des négociations, la Cour observe que celles-ci se distinguent de simples protestations ou contestations. Les négociations ne se ramènent pas à une simple opposition entre les opinions ou intérêts juridiques des deux parties, ou à l'existence d'une série d'accusations et de réfutations, ni même à un échange de griefs et de contre-griefs diamétralement opposés. En cela, la notion de «négociations» se distingue de celle de «différend» et implique, à tout le moins, que l'une des parties tente vraiment d'ouvrir le débat avec l'autre partie en vue de régler le différend<sup>427</sup>.

250. La Cour a estimé que, pour franchir cette étape, les États n'étaient pas tenus de régler leur différend par voie de négociation ; ils devaient en revanche négocier jusqu'à arriver à une impasse ou à un point où toutes nouvelles négociations seraient inutiles<sup>428</sup>.

<sup>424</sup> *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 13 à 15 («[Cette règle] reconnaît, en effet, qu'avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques. [...] Lorsque les pourparlers entre le particulier et les autorités ont déjà – comme en l'espèce – précisé tous les points en discussion entre les deux gouvernements, il serait peu compatible avec la souplesse qui doit caractériser les relations internationales d'obliger ces gouvernements à renouveler une discussion qui a déjà eu lieu en fait et dont ils font état » [ibid., p. 15]).

<sup>425</sup> *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, à la page 346 («[A]ucune négociation directe n'a jamais été engagée entre [les parties]. Mais ce qui importe en la matière ce n'est pas tant la forme des négociations que l'attitude et les thèses des Parties sur les aspects fondamentaux de la question en litige. Tant que l'on demeure inébranlable de part et d'autre – et c'est ce qui ressort clairement des plaidoiries présentées à la Cour – il n'y a aucune raison qui permette de penser que le différend soit susceptible d'être réglé par de nouvelles négociations entre les Parties »).

<sup>426</sup> *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 40 et 41, par. 91 (malgré les nombreuses protestations formulées par la République démocratique du Congo contre les agissements du Rwanda, tant par des contacts directs avec le Rwanda qu'au sein d'organisations internationales, la Cour a estimé que les éléments de preuve présentés n'avaient pas permis d'établir que la République démocratique du Congo avait cherché à entamer des négociations).

<sup>427</sup> *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011, p. 70, à la page 132, par. 157.

<sup>428</sup> Ibid., p. 132 et 133, par. 158.

251. En outre, la plupart des traités ne précisent pas combien de temps les États sont tenus de négocier avant d'avoir recours à la procédure obligatoire de règlement des différends interétatiques<sup>429</sup>. Dans certains cas, il est précisé dans la disposition pertinente que tout différend qui «ne peut pas être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable» peut être soumis à la procédure obligatoire de règlement des différends<sup>430</sup>, ou qu'une période de temps déterminée doit avoir été consacrée aux négociations, quoique l'on trouve rarement ce type de dispositions dans les traités portant sur des infractions de droit interne<sup>431</sup>.

## 2. ARBITRAGE

252. Comme indiqué au paragraphe 245 *supra*, la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs dispose au paragraphe 1 de son article 12 qu'un différend «qui ne peut pas être réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un [des États contractants]», et que «[s]i, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend» au règlement judiciaire. Pareille disposition offre aux États une souplesse considérable pour ce qui est de la constitution du tribunal arbitral et de ses procédures. S'il est possible d'introduire dans ce type de disposition des précisions supplémentaires sur ces questions, notamment sur la désignation d'une autorité de nomination et d'un greffe, l'approche adoptée en la matière pour les traités visant des infractions de droit interne consiste à se garder d'entrer dans les détails et à

<sup>429</sup> Le paragraphe 1 de l'article 12 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs est ainsi libellé dans sa partie pertinente : «Tout différend entre des États contractants concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux.» Voir aussi Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 13, par. 1 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs) ; Convention internationale contre la prise d'otages, art. 16, par. 1 (libellé quasi identique) ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 30, par. 1 (libellé quasi identique) ; et Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 42, par. 1 (libellé quasi identique).

<sup>430</sup> Le paragraphe 1 de l'article 20 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif est ainsi libellé dans sa partie pertinente : «Tout différend entre des États Parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un de ces États.» Voir aussi Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 24 (libellé identique à celui de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif) ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 35 (libellé quasi identique à celui de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif) ; 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. 15 (libellé quasi identique) ; et Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 66, par. 2 (libellé quasi identique).

<sup>431</sup> Voir Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 119, par. 2, dans sa partie pertinente («Tout autre différend entre deux ou plusieurs États Parties concernant l'interprétation ou l'application du présent Statut qui n'est pas résolu par la voie de négociations dans les trois mois après le début de celles-ci est renvoyé à l'Assemblée des États Parties »).

préciser simplement que si la procédure d'arbitrage n'est pas organisée dans un délai déterminé, l'un quelconque des États parties peut recourir au règlement judiciaire.

253. La Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, comme la plupart des autres traités portant sur des infractions de droit interne, dispose que l'arbitrage doit initialement s'étendre sur une période de six mois<sup>432</sup>.

254. Dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour internationale de Justice a conclu qu'un État partie pouvait satisfaire à l'obligation qui lui était faite de recourir à l'arbitrage s'il cherchait à y recourir, et ce, même lorsque l'autre partie refusait de répondre à sa demande<sup>433</sup>. La Cour a en effet estimé que la Belgique avait satisfait à cette obligation du fait qu'elle avait «directement formulé une demande d'arbitrage dans une note verbale en date du 20 juin 2006», note verbale dans laquelle la Belgique avait constaté que «la tentative de négociation entamée avec le Sénégal en novembre 2005 n'a[vait] pas abouti» et renvoyé aux obligations découlant de l'article 30 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>434</sup>. Sans réponse du Sénégal, la Belgique avait envoyé une nouvelle note verbale datée du 8 mai 2007, dans laquelle elle avait rappelé «son souhait de constituer un tribunal arbitral» et fait observer qu'«aucune réponse ne lui a[vait] été apportée par la République du Sénégal au sujet de cette proposition d'arbitrage»<sup>435</sup>. La Cour a conclu que «[l]a présente espèce est de celles où l'incapacité des Parties à s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage résulte de l'absence de toute réponse de la part de l'État auquel la demande d'arbitrage a été adressée»; étant donné que la demande d'arbitrage avait été formulée plus de deux ans avant que l'affaire soit soumise à la Cour, il avait été satisfait à l'obligation de soumettre l'affaire en cause à l'arbitrage<sup>436</sup>.

<sup>432</sup> Le paragraphe 1 de l'article 12 est ainsi libellé dans sa partie pertinente: «Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.» Voir aussi Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 13, par. 1 (libellé identique); Convention internationale contre la prise d'otages, art. 16, par. 1 (libellé identique); Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 30, par. 1 (libellé identique); Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, art. 22, par. 1 (libellé quasi identique); Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, art. 20, par. 1 (libellé identique); Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, art. 24, par. 1 (libellé identique); Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 35, par. 2 (libellé quasi identique); 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. 15, par. 2 (libellé quasi identique); Convention des Nations Unies contre la corruption, art. 66, par. 2 (libellé quasi identique); et Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 42, par. 1 (libellé identique).

<sup>433</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 415), p. 448, par. 62.

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 447, par. 60 (extrait de la note verbale du 20 juin 2006).

<sup>435</sup> *Ibid.* (extrait de la note verbale du 8 mai 2007).

<sup>436</sup> *Ibid.*, p. 448, par. 61.

### 3. RÈGLEMENT JUDICIAIRE

255. La disposition relative au règlement judiciaire qui figure au paragraphe 1 de l'article 12 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs autorise les États à soumettre un différend à la Cour internationale de Justice, «en déposant une requête conformément au Statut de la Cour», lorsqu'ils ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage.

256. Aux termes du paragraphe 1 de l'Article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, la compétence de la Cour «s'étend à [...] tous les cas spécialement prévus dans [...] les traités et conventions en vigueur». La compétence de la Cour est souvent invoquée sur le fondement d'une clause compromissoire contenue dans un traité ou une convention<sup>437</sup>.

### 4. FACULTÉ DE RETRAIT EXPRES DE LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERÉTATIQUES

257. En règle générale, si la plupart des traités portant sur des infractions de droit interne prévoient une procédure de règlement des différends interétatiques, ils laissent également aux États parties la faculté de ne pas se soumettre à cette procédure<sup>438</sup>. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs dispose que «[c]haque État pourra, au moment où il signera ou ratifiera la présente convention ou y adhèrera, déclarer qu'il ne se considère pas lié par les dispositions du paragraphe précédent. Les autres États contractants ne seront pas liés par lesdites dispositions envers tout État contractant qui aura formulé une telle réserve».

258. On trouve des clauses équivalentes, prévoyant la faculté, pour l'État partie, de ne pas se soumettre au mécanisme de règlement des différends, dans plusieurs autres traités visant des infractions de droit interne, notamment: la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques<sup>439</sup>; la Convention internationale contre la prise d'otages<sup>440</sup>; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>441</sup>; la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé<sup>442</sup>; la Convention internationale pour la répression

<sup>437</sup> Pour la liste des traités et des conventions en vigueur qui prévoient la compétence de la Cour, soit directement, soit en renvoyant à la Cour permanente de Justice internationale, voir le site Web de la Cour ([www.icj-cij.org/fr](http://www.icj-cij.org/fr)), dans «Compétence».

<sup>438</sup> Il est possible, à l'inverse, de permettre aux États d'accepter expressément de se soumettre à la procédure obligatoire de règlement des différends interétatiques, mais cette approche tend à diminuer le recours à cette procédure. Voir Galbraith, «Treaty options...», p. 330 (où il est démontré, par une étude concrète d'économie comportementale, que lorsque les États ont le droit de choisir de ne pas reconnaître la compétence de la Cour internationale de Justice, 80 % d'entre eux ne le font pas, tandis que lorsqu'ils ont le droit de choisir de reconnaître la compétence de la Cour, seuls 5 % d'entre eux le font).

<sup>439</sup> Art. 13, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>440</sup> Art. 16, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>441</sup> Art. 30, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>442</sup> Art. 22, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

des attentats terroristes à l'explosif<sup>443</sup> ; la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme<sup>444</sup> ; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées<sup>445</sup>.

259. À l'inverse, certains traités récents disposent que l'État partie peut choisir de ne pas se soumettre à la partie du mécanisme de règlement des différends qui correspond à l'arbitrage et au règlement judiciaire, mais qu'il ne peut pas se soustraire à l'étape des négociations. Ainsi, la Convention des Nations Unies contre la corruption, en son article 66, autorise uniquement l'État partie à déclarer qu'il ne se considère pas comme lié par les dispositions du paragraphe 2 de cet article, relatif à l'arbitrage et au règlement judiciaire. La disposition relative à la négociation figure quant à elle au paragraphe 1 du même article :

1. Les États Parties s'efforcent de régler les différends concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention par voie de négociation.

2. Tout différend entre deux États Parties ou plus concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui ne peut être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est, à la demande de l'un de ces États Parties, soumis à l'arbitrage. Si, dans un délai de six mois à compter de la date de la demande d'arbitrage, les États Parties ne peuvent s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage, l'un quelconque d'entre eux peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice en adressant une requête conformément au Statut de la Cour.

3. Chaque État Partie peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de la présente Convention ou de l'adhésion à celle-ci, déclarer qu'il ne se considère pas lié par le paragraphe 2 du présent article. Les autres États Parties ne sont pas liés par le paragraphe 2 du présent article envers tout État Partie ayant émis une telle réserve.

4. Tout État Partie qui a émis une réserve en vertu du paragraphe 3 du présent article peut la retirer à tout moment en adressant une notification au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

260. Cette approche est apparue pour la première fois à l'article 35 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>446</sup> et à l'article 15 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, lequel contient un libellé identique. Bien que le terme « réserve » soit employé aux paragraphes 3 et 4, le mot « déclaration » pourrait également être utilisé dans ce contexte<sup>447</sup>.

<sup>443</sup> Art. 20, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>444</sup> Art. 24, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>445</sup> Art. 42, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>446</sup> Art. 35 (libellé identique à celui de la Convention des Nations Unies contre la corruption).

<sup>447</sup> Voir, par exemple, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 42, par. 2 et 3 (« 2. Tout État partie pourra, au moment où il signera la présente Convention, la ratifiera ou y adhérera, déclarer qu'il ne se considère pas lié par les dispositions du paragraphe 1 du présent article. Les autres États parties ne seront pas liés par lesdites dispositions envers un État partie qui aura formulé une telle déclaration. 3. Tout État partie qui aura formulé une déclaration conformément aux dispositions du paragraphe 2 du présent article pourra à tout moment retirer cette déclaration par une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies »).

261. En janvier 2017, 181 États étaient parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, parmi lesquels 42 avaient déclaré qu'ils ne s'estimaient pas liés par les dispositions du paragraphe 2 de l'article 66 de cette convention<sup>448</sup>. De même, 187 États sont parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, et 43 d'entre eux ont déclaré qu'ils ne s'estimaient pas liés par les dispositions du paragraphe 2 de l'article 35 de cette convention<sup>449</sup>.

#### D. Projet d'article 17. Règlement des différends interétatiques

262. Ainsi qu'on l'a vu dans la première section du présent chapitre, il est actuellement recouru à divers mécanismes de suivi pour faire face à des situations de crimes contre l'humanité. Dans l'éventualité où le projet d'articles relatifs aux crimes contre l'humanité serait transformé en une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, on pourrait également retenir un ou plusieurs mécanismes pour compléter les mécanismes existants ; ce choix tiendrait toutefois moins à des considérations juridiques qu'à des facteurs relevant de la politique générale et à la disponibilité des ressources. En outre, tous ces mécanismes ou certains d'entre eux pourraient être facultatifs et faire l'objet d'un protocole complémentaire, distinct de la convention elle-même. Aucune proposition n'est donc formulée dans le présent rapport quant au choix d'un ou de plusieurs mécanismes supplémentaires.

263. Toutefois, comme indiqué dans la section précédente, les traités visant des infractions de droit interne comportent généralement une disposition relative au règlement, par voie de négociation, d'arbitrage et de règlement judiciaire, des différends interétatiques concernant leur interprétation ou leur application<sup>450</sup>. Ayant ces considérations à l'esprit, le Rapporteur spécial propose le projet d'article suivant :

#### « *Projet d'article 17. Règlement des différends interétatiques*

« 1. Les États s'efforcent de régler les différends concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles par voie de négociation.

<sup>448</sup> La Communauté européenne a déposé la déclaration ci-après, relative au paragraphe 2 de l'article 66 : « En ce qui concerne l'article 66, paragraphe 2, la Communauté souligne que, conformément à l'article 34, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice, seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour. Par conséquent, en vertu de l'article 66, paragraphe 2, de la Convention, les différends auxquels la Communauté sera partie ne pourront être réglés que par voie d'arbitrage. » Voir « Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général », chap. XVIII.14, sur le site Web <https://treaties.un.org>, dans « Dépositaire », puis « État des traités ».

<sup>449</sup> La Communauté européenne a également déposé une déclaration relative à l'article 35 : « En ce qui concerne l'article 35, paragraphe 2, la Communauté souligne que, conformément à l'article 34, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice, seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour. Par conséquent, en vertu de l'article 35, paragraphe 2, de la Convention, les différends auxquels la Communauté sera partie ne pourront être réglés que par voie d'arbitrage. » Ibid., chap. XVIII.12.

<sup>450</sup> Voir, de manière générale, Gray et Kingsbury, « Developments in dispute settlement... ».



«2. Tout différend entre deux États ou plus concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles qui ne peut être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est, à la demande de l'un de ces États, soumis à l'arbitrage. Si, dans un délai de six mois à compter de la date de la demande d'arbitrage, ces États ne parviennent pas à s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage, l'un quelconque d'entre eux peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.

«3. Chaque État peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation du présent projet d'articles ou de l'adhésion à celui-ci, déclarer qu'il ne s'estime pas lié par le paragraphe 2 du présent projet d'article. Les autres États ne sont pas liés par le paragraphe 2 du présent projet d'article envers tout État ayant fait une telle déclaration.

«4. Tout État ayant fait une déclaration en application du paragraphe 3 du présent projet d'article peut la retirer à tout moment.»

## CHAPITRE VIII

### Autres questions

264. Le présent chapitre traite d'autres questions qui se sont posées au cours des débats de la Commission se rapportant au sujet, à savoir : dissimulation de crimes contre l'humanité, immunité et amnistie.

#### A. Dissimulation de crimes contre l'humanité

265. Au cours de la soixante-huitième session, la proposition a été faite au sein de la Commission d'inclure dans le projet d'articles, d'une manière ou d'une autre, une obligation expresse faite aux États de prendre les mesures nécessaires pour incriminer la «dissimulation» d'un crime contre l'humanité<sup>451</sup>. En d'autres termes, les États pourraient être tenus d'incriminer le fait de dissimuler, «après coup», l'une des infractions actuellement énumérées dans le projet d'article 5, même si l'intéressé n'a pas lui-même participé à la commission de ces infractions. Certains membres ont cependant été d'avis qu'il n'était pas opportun d'inclure la dissimulation, tandis que d'autres ont affirmé que la notion de dissimulation était déjà implicitement couverte dans le projet d'article 5, plus précisément au paragraphe 2 c du projet d'article 5.

266. La plupart des traités portant sur des infractions ne visent pas, du moins expressément, l'incrimination de la «dissimulation» de celles-ci. Ainsi, aucune disposition relative à la dissimulation ne figure dans les instruments suivants : la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid ; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques ; la Convention internationale contre la prise d'otages ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ; et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme.

267. Seuls quelques traités de caractère universel visent l'incrimination de la «dissimulation» en tant que telle, sous la forme d'une disposition relative à la dissimulation de *biens* et non à la dissimulation de l'infraction elle-même. L'article 24 de la Convention des Nations Unies contre la corruption est ainsi libellé :

Sans préjudice des dispositions de l'article 23 de la présente Convention, chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement après la commission de l'une quelconque des infractions établies conformément à la présente Convention sans qu'il y ait eu participation auxdites infractions, au fait de dissimuler ou de retenir de façon continue des biens en sachant que lesdits biens proviennent de l'une quelconque des infractions établies conformément à la présente Convention.

268. En vertu de l'article 24, chaque État est encouragé («envisage d'adopter») à adopter les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale au fait de «dissimuler» des «biens» qui «proviennent de» l'une quelconque des infractions établies conformément à la Convention, mais il n'est pas tenu de le faire. De plus, selon l'article 24, la dissimulation doit avoir été commise a) intentionnellement, b) après la commission de l'une quelconque des infractions établies par la Convention, et c) sans qu'il y ait eu participation de l'intéressé auxdites infractions<sup>452</sup>.

269. L'article 23 de la Convention des Nations Unies contre la corruption oblige aussi les États parties à adopter les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale au blanchiment du produit d'un crime de corruption, ce qui est également une forme de dissimulation<sup>453</sup>. Quelques autres traités de caractère universel ou régional portant sur des infractions envisagent aussi la dissimulation dans le contexte du blanchiment du produit du crime. Par exemple, dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, le paragraphe 1 de l'article 6 intitulé «Incrimination du blanchiment du produit du crime» dispose, dans la partie pertinente, ce qui suit :

Chaque État Partie adopte, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement :

<sup>452</sup> Voir ONUDC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 94, par. 313.

<sup>453</sup> Art. 23 («Chaque État Partie adopte, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement : a) [...] ii) À la dissimulation ou au déguisement de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens ou de droits y relatifs dont l'auteur sait qu'ils sont le produit du crime»).

<sup>451</sup> Voir *Annuaire... 2016*, vol. I, 3312<sup>e</sup> séance, p. 205, par. 60 (M. Candiotti).

a) i) À la conversion ou au transfert de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils sont le produit du crime, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes;

ii) À la dissimulation ou au déguisement de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens ou de droits y relatifs dont l'auteur sait qu'ils sont le produit du crime [...].

270. Des dispositions comparables figurent dans les instruments suivants: la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (art. 3); la Convention interaméricaine contre la corruption<sup>454</sup>; le Protocole de la Communauté de développement de l'Afrique australe contre la corruption<sup>455</sup>; et la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption<sup>456</sup>. Aucune de ces conventions ne vise la dissimulation de l'infraction elle-même, leur portée étant au contraire limitée à la dissimulation du produit de l'infraction.

271. La Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe comporte un article visant la dissimulation dans le contexte des « infractions comptables » (art. 14), à savoir l'incrimination de faits consistant à établir une facture qui contient des informations fausses ou incomplètes ou à omettre de manière illicite de comptabiliser un versement. Cet article oblige les États à adopter les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger certaines infractions comptables en « infraction passible de sanctions pénales ou autres types de sanctions » lorsqu'elles sont destinées à « commettre, dissimuler ou déguiser des infractions visées par [la Convention] » (art. 14).

272. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées vise la notion de dissimulation à un double titre. Tout d'abord, la définition de la « disparition forcée » suppose un acte de privation de liberté « 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\* » (art. 2). Ensuite, la Convention vise la dissimulation dans le contexte de la falsification, de la dissimulation ou de la destruction de documents attestant la véritable identité d'enfants soumis à une disparition forcée ou dont le père, la mère ou le représentant légal sont soumis à une disparition forcée, ou d'enfants nés pendant la captivité de leur mère soumise à une disparition forcée (art. 25, par. 1). La Convention ne comporte donc aucune disposition visant de manière générale la dissimulation de preuves de la perpétration d'un crime.

<sup>454</sup> Art. VI, par. 1 (« La présente Convention est applicable aux actes de corruption suivants: [...] d. la jouissance dolosive ou le recel de biens provenant de l'un quelconque des actes visés dans le présent article »).

<sup>455</sup> Art. 3 (« Le présent Protocole s'applique aux actes de corruption suivants: [...] g) l'utilisation ou l'occultation frauduleuse de biens tirés de l'un des actes visés au présent article »).

<sup>456</sup> Art. 4, dans la partie pertinente (« La présente Convention est applicable aux actes de corruption et infractions assimilées ci-après: [...] h) l'usage ou la dissimulation du produit de l'un quelconque des actes visés dans le présent article »), et art. 6, dans la partie pertinente (« Les États parties adoptent les mesures législatives et autres mesures qu'ils jugent nécessaires pour établir comme infractions pénales: [...] b) La dissimulation ou le déguisement des vrais nature, source, situation, disposition, mouvement ou propriété ou droits concernant la propriété qui est le produit d'actes de corruption ou d'infractions assimilées »).

273. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption comportent l'une et l'autre un article concernant l'entrave au bon fonctionnement de la justice. L'article 25 de la Convention des Nations Unies contre la corruption est ainsi libellé:

Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque les actes ont été commis intentionnellement:

a) Au fait de recourir à la force physique, à des menaces ou à l'intimidation ou de promettre, d'offrir ou d'accorder un avantage indu pour obtenir un faux témoignage ou empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve dans une procédure en rapport avec la commission d'infractions établies conformément à la présente Convention;

b) Au fait de recourir à la force physique, à des menaces ou à l'intimidation pour empêcher un agent de la justice ou un agent des services de détection et de répression d'exercer les devoirs de leur charge en rapport avec la commission d'infractions établies conformément à la présente Convention. Rien dans le présent alinéa ne porte atteinte au droit des États Parties de disposer d'une législation destinée à protéger d'autres catégories d'agents publics<sup>457</sup>.

274. Cet article oblige les États à créer deux infractions pénales en droit interne, la première ayant trait aux actes visant à influencer des témoins ou des personnes à même de produire des éléments de preuve, et l'autre concernant l'entrave à l'exercice des fonctions d'un agent de la justice ou d'un agent des services de détection et de répression<sup>458</sup>. La question de la protection des témoins et d'autres personnes participant à une enquête ou à une procédure pénale a été traitée dans le chapitre IV, section A, ainsi que dans le paragraphe 1 du projet d'article 14. S'agissant de l'entrave à l'exercice des fonctions d'un agent de la justice ou d'un agent des services de détection et de répression, cette question n'est apparemment envisagée, à l'exception de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et de la Convention des Nations Unies contre la corruption, dans aucun autre instrument de caractère universel portant sur des infractions.

275. S'il est vrai que des instruments de caractère universel portant sur des infractions ne visent pas la « dissimulation » d'un crime en tant que telle, la question a été envisagée au cours de négociations. Par exemple, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants oblige tout État Partie, en vertu du paragraphe 1 de l'article 4, à veiller à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal, y compris tout acte « qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture ». Lorsque le Groupe de travail chargé de rédiger la Convention a proposé ce texte, certains représentants ont demandé si les termes « complicité ou [...] participation à l'acte de torture » « couvriraient le cas de la complicité d'assistance ou celui des personnes qui ont dissimulé de quelque manière des actes de torture »<sup>459</sup>. Certains

<sup>457</sup> Voir aussi Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 23 (libellé quasi identique).

<sup>458</sup> Voir ONUDC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 80 et 81, par. 255 à 260.

<sup>459</sup> Nowak et McArthur, *The United Nations Convention Against Torture...*, p. 232; et Conseil économique et social, rapport du Groupe de travail chargé du projet de convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (E/CN.4/1367), par. 34.

intervenants ont affirmé que, dans leurs systèmes juridiques, le terme «complicité» couvrirait le cas de la complicité d'assistance après les faits ou les personnes ayant dissimulé la perpétration d'un crime, tandis que d'autres ont estimé que le texte ajouté était nécessaire. Le texte anglais de l'article 4 n'a pas été modifié<sup>460</sup>, mais le Groupe de travail a proposé d'ajouter dans le texte espagnol du projet de paragraphe 1 de l'article 4 l'expression *o encubrimiento de la tortura* («dissimulation de la torture»)<sup>461</sup>. En définitive, cependant, le texte espagnol faisant également foi de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne comporte plus cette expression, mais vise au contraire, dans le paragraphe 1 de l'article 4, tout acte commis par n'importe quelle personne *que constituya complicidad o participación en la tortura* («qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture»).

276. Un débat comparable a eu lieu au sein de la Commission sur la question de savoir si les articles relatifs à la responsabilité individuelle proposés dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité devaient intégrer la notion de «tentative de dissimulation d'un crime»<sup>462</sup>. Selon plusieurs membres, la dissimulation d'un crime ne revêtait pas la même gravité que la commission d'un crime et n'était pas censée mériter un traitement comparable. En outre, il y avait une incertitude sur la signification exacte du terme «dissimulation», s'agissant par exemple de savoir si la rétention d'informations par un gouvernement serait constitutive de «dissimulation». En définitive, la Commission a décidé de ne pas mentionner expressément la dissimulation à l'article 2 du projet de code.

277. Ayant ces considérations à l'esprit, le Rapporteur spécial est d'avis que la Commission devrait suivre la pratique existante et ne pas inclure de disposition relative à la «dissimulation» d'un crime contre l'humanité dans le projet d'articles. La plupart des traités portant sur des infractions ne définissent pas en tant qu'infraction distincte la «dissimulation» des infractions visées, et s'en remettent au contraire à l'application des lois nationales en vigueur<sup>463</sup>. Lorsque la dissimulation est envisagée, il

s'agit généralement de la dissimulation de biens ou du produit du crime, et non de celle du crime lui-même.

## B. Immunité

278. Lorsque des poursuites sont engagées en vertu du droit national contre des personnes soupçonnées de crimes contre l'humanité, il est possible que l'auteur présumé invoque l'immunité de la juridiction nationale dont il dit bénéficier en droit international. Dans ce cas, une immunité existant en droit international coutumier ou conventionnel peut empêcher un État d'exercer sa juridiction pénale à l'égard d'un représentant d'un État étranger. De fait, certaines conventions internationales contiennent des règles précises applicables à certaines catégories de représentants de l'État, dont les diplomates<sup>464</sup>, les fonctionnaires consulaires<sup>465</sup>, les personnes participant à des missions spéciales<sup>466</sup> et les fonctionnaires d'organisations internationales<sup>467</sup>.

279. À sa cinquante-neuvième session, en 2007, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État»<sup>468</sup>. La Commission a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial<sup>469</sup> et a prié le Secrétaire d'établir une étude générale sur le sujet<sup>470</sup>, qui a été communiquée à la Commission en 2008<sup>471</sup>. M. Kolodkin a présenté trois rapports, que la Commission a reçus et examinés à sa soixantième session, en 2008<sup>472</sup>, et à sa soixante-troisième session, en 2011<sup>473</sup>. Ces rapports ne contenaient pas de projets d'article.

280. En 2012, la Commission a nommé M<sup>me</sup> Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session en 2012<sup>474</sup>, son deuxième rapport à la soixante-cinquième session, en 2013<sup>475</sup>, son troisième rapport à la soixante-sixième session, en 2014<sup>476</sup>, son quatrième rapport à la soixante-septième session, en 2015<sup>477</sup>, et son cinquième rapport à la soixante-huitième session, en 2016<sup>478</sup>. Sur la base des projets d'article

internationale du Royaume-Uni et la note explicative sont disponibles à l'adresse suivante : [www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents).

<sup>464</sup> Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

<sup>465</sup> Convention de Vienne sur les relations consulaires.

<sup>466</sup> Convention sur les missions spéciales.

<sup>467</sup> Voir, par exemple, la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies.

<sup>468</sup> *Annuaire... 2007*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 101, par. 376.

<sup>469</sup> *Ibid.*

<sup>470</sup> *Ibid.*, p. 105, par. 386.

<sup>471</sup> Mémoire du Secrétaire sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État [Document A/CN.4/596 et Corr.1, rephotographié, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixantième session (2008). Le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire... 2008*, vol. II (1<sup>re</sup> partie)].

<sup>472</sup> *Annuaire... 2008*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/601 (rapport préliminaire).

<sup>473</sup> *Annuaire... 2010*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/631 (deuxième rapport); et *Annuaire... 2011*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/646 (troisième rapport).

<sup>474</sup> *Annuaire... 2012*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/654.

<sup>475</sup> *Annuaire... 2013*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/661.

<sup>476</sup> *Annuaire... 2014*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/673.

<sup>477</sup> *Annuaire... 2015*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/686.

<sup>478</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/701.

<sup>460</sup> Nowak et McArthur, *The United Nations Convention Against Torture...*, p. 232; et rapport du Groupe de travail chargé du projet de convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (voir la note précédente), par. 35.

<sup>461</sup> Rapport du Groupe de travail chargé du projet de convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (voir *supra* la note 459), par. 36.

<sup>462</sup> Voir *Annuaire... 1996*, vol. I, 2437<sup>e</sup> séance, p. 40 et 41, par. 59 et 60; voir aussi *ibid.*, p. 42 et 43, par. 76 et 77, et 2438<sup>e</sup> séance, p. 44 à 46, par. 1 à 17.

<sup>463</sup> Par exemple, au Royaume-Uni, la loi sur la Cour pénale internationale de 2001, portant application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, prévoit, au paragraphe 1 d de l'article 55, une infraction accessoire, définie comme une «aide à l'auteur d'une infraction ou dissimulation de la commission d'une infraction». Le paragraphe 5 b de l'article 55 dispose que «la dissimulation d'une infraction s'entend d'un comportement qui relativement à une infraction pouvant justifier l'arrestation sans mandat constituerait une infraction en vertu de l'article 5 1) de [la loi pénale de 1967]». Il est précisé dans une note explicative jointe ce qui suit : «Cet article définit les infractions accessoires aux fins de la présente partie. Celles-ci couvrent les formes de responsabilité pénale secondaire visées à l'article 25 (par. 3) du [Statut de Rome de la Cour pénale internationale] mais sont définies conformément aux principes de la responsabilité pénale secondaire dans la législation de l'Angleterre et du pays de Galles.» La loi sur la Cour pénale

proposés par la Rapporteuse spéciale dans les deuxième, troisième et quatrième rapports, la Commission a adopté provisoirement cinq projets d'article et les commentaires y afférents<sup>479</sup>. On note que ces projets d'article ne concernent pas les immunités découlant de «règles spéciales du droit international», comme celles relatives à l'immunité des diplomates, des fonctionnaires consulaires, des personnes participant à des missions spéciales ou des fonctionnaires d'organisations internationales<sup>480</sup>. La Commission poursuit ses travaux sur ce sujet.

281. Les traités portant sur des infractions n'abordent généralement pas la question de l'immunité, celle-ci étant laissée aux traités relatifs aux immunités de certaines catégories de représentants ou au droit international coutumier. C'est ainsi qu'il n'existe aucune disposition relative à l'immunité des représentants de l'État ou des fonctionnaires d'organisations internationales dans les instruments suivants : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ; les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre ; la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs ; la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile ; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques ; la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid ; la Convention internationale contre la prise d'otages ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture ; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ; la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme ; et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>481</sup>. Certains traités prévoient que les représentants de l'État sont pénalement responsables sur le plan international ou peuvent être punis, mais n'excluent pas des immunités procédurales devant les juridictions nationales<sup>482</sup>.

<sup>479</sup> Le projet d'article 2 relatif aux définitions est encore en cours d'élaboration.

<sup>480</sup> Le paragraphe 2 du projet d'article 1 se lit ainsi : «Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'immunité de la juridiction pénale découlant de règles spéciales du droit international, dont jouissent en particulier des personnes attachées à des missions diplomatiques, à des postes consulaires, à des missions spéciales, à des organisations internationales et aux forces armées d'un État.»

<sup>481</sup> Le paragraphe 3 de l'article 26 de cette convention prévoit cependant la possibilité d'accorder une immunité de poursuites à une personne qui coopère avec les autorités de détection et de répression dans le cadre de l'enquête ou des poursuites relatives à une infraction visée par la Convention («Chaque État Partie envisage de prévoir la possibilité, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, d'accorder l'immunité de poursuites à une personne qui coopère de manière substantielle à l'enquête ou aux poursuites relatives à une infraction visée par la présente Convention»).

<sup>482</sup> Voir, par exemple, Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. IV (les personnes «seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers»); et Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. III («[s]ont tenus pour pénalement responsables sur le plan international [...] les représentants de l'État, qu'ils résident sur le territoire de l'État dans lequel les actes sont perpétrés ou dans un autre État»). Quels que soient les effets susceptibles de résulter de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide pour l'immunité, l'article VI limite la compétence pour juger les personnes accusées de ce crime aux tribunaux de «l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis» et à «la cour criminelle internationale qui sera

282. La Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes contient une disposition relative à l'immunité<sup>483</sup>, laquelle n'a cependant pas été reprise dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. En fait, alors qu'un avant-projet de la future Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées contenait un article excluant expressément l'immunité des représentants de l'État autres que les diplomates<sup>484</sup>, les États ont décidé de supprimer cet article dans la version finale de la Convention<sup>485</sup>. Une disposition relative à l'immunité figure aussi dans la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>486</sup>, mais elle concerne l'immunité d'un agent public dans son propre pays, et non l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'État.

283. Les traités établissant des cours et des tribunaux internationaux écartent généralement toute immunité des représentants de l'État, en se fondant sur l'idée que les motifs d'inquiétude à l'égard de poursuites au niveau national ne sont pas justifiés devant des cours et des tribunaux composés de procureurs et de juges internationaux. Faisant fond sur le texte de l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et Statut du Tribunal militaire international (Statut de Nuremberg)<sup>487</sup> et des statuts de tribunaux spéciaux, l'article 27, paragraphe 2, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale dispose que «[l]es immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne». Pour autant que la question se pose, les juridictions pénales internationales semblent tenir compte de la différence existant entre des poursuites engagées devant des juridictions internationales et devant des juridictions nationales, en notant par exemple que «des autorités nationales pourraient recourir à des poursuites pour indûment entraver ou limiter la capacité d'un État étranger d'agir sur le plan

compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en aurait reconnu la juridiction».

<sup>483</sup> L'article IX se lit ainsi, dans la partie pertinente : «Aucun privilège, aucune immunité ni aucune dispense spéciale ne seront accordés dans ces procès, sans préjudice des dispositions de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.»

<sup>484</sup> L'avant-projet avait été élaboré par la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de la Commission des droits de l'homme. Voir le rapport du Groupe de travail de session sur l'administration de la justice (note 174 *supra*), annexe, art. 10, par. 2 («Aucun privilège, immunité ou dispense spéciale ne sera accordé dans ces procès, sous réserve des dispositions de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques»).

<sup>485</sup> La Convention traite cependant des immunités en ce qui concerne celles accordées aux experts composant le Comité des disparitions forcées chargé de la mise en œuvre de cette convention ; voir le paragraphe 8 de l'article 26 de la Convention.

<sup>486</sup> Art. 30, par. 2 («Chaque État Partie prend 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 présente Convention»).

<sup>487</sup> Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et Statut du Tribunal militaire international (Statut de Nuremberg) [Londres, 8 août 1945], Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, n° 251, p. 279.

international», alors que «les juridictions internationales ne présentaient pas un tel risque, puisqu'elles sont "totalement indépendantes des États et soumises à des règles strictes en matière d'impartialité"»<sup>488</sup>.

284. Dans un souci de cohérence avec les traités antérieurs portant sur des infractions, le Rapporteur spécial estime que le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité ne devrait pas aborder la question de l'immunité des représentants de l'État ou des fonctionnaires d'organisations internationales, mais qu'il faudrait au contraire s'en remettre à cet égard aux traités relatifs aux immunités de catégories particulières de représentants et au droit international coutumier. Il va de soi que cette approche serait sans incidence sur les travaux de la Commission relatifs à l'«Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État».

### C. Amnistie

285. Lorsque des poursuites sont engagées en vertu du droit national contre des personnes soupçonnées de crimes contre l'humanité, il est également possible que l'auteur présumé invoque la protection d'une amnistie accordée par son État de nationalité. Une amnistie s'entend des mesures légales qui ont pour effet de proscrire sans effet rétroactif la mise en mouvement de l'action publique et, dans certains cas, de l'action civile contre certains individus ou catégories d'individus, pour un comportement criminel précis préalable à l'adoption de l'amnistie. Elle peut aussi s'entendre des mesures légales qui ont pour effet de supprimer rétroactivement la responsabilité en droit établie antérieurement<sup>489</sup>. Les amnisties accordées en droit interne par un État dans lequel des crimes ont été commis peuvent émaner d'une source de droit de nature constitutionnelle, légale ou exécutive, et peuvent être le produit d'un accord de paix négocié mettant fin à un conflit armé. Une telle amnistie peut avoir un caractère général ou être subordonnée à certaines conditions, comme le désarmement d'un groupe d'acteurs non étatiques, la volonté d'un auteur présumé de confirmer publiquement les crimes commis, ou l'expression d'excuses envers les victimes ou leurs familles par l'auteur présumé.

286. Les avis divergent quant à la validité des amnisties en droit international, notamment à l'égard des crimes contre l'humanité. S'agissant des traités, «[a]ucun traité international n'interdit explicitement les amnisties<sup>490</sup>», ce qui est notamment le cas des suivants : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ; les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre ; la Convention internationale sur l'élimination et

la répression du crime d'apartheid ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; ou la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture.

287. Au contraire, le paragraphe 5 de l'article 6 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), lequel compte 168 États parties, encourage les États à décréter des amnisties à la fin des hostilités. Il se lit ainsi : «À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues.» L'étude, réalisée en 2005, intitulée *Droit international humanitaire coutumier* et publiée sous les auspices du Comité international de la Croix-Rouge, interprète le paragraphe 5 de l'article 6 comme excluant les personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ou condamnées pour crimes de guerre, en concluant que selon la pratique des États, cette règle constitue une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux<sup>491</sup>. Cette interprétation a cependant été critiquée<sup>492</sup>.

288. Dans les traités récemment négociés, les amnisties n'ont pas non plus été exclues, y compris dans les traités portant sur des crimes graves. Ainsi, lors des négociations concernant tant le Statut de Rome de la Cour pénale internationale que la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, les discussions ont porté sur la possibilité d'inclure une disposition relative à l'amnistie. Compte tenu cependant des controverses suscitées par la question, une telle disposition a été écartée dans les textes définitifs de ces instruments<sup>493</sup>.

289. De nombreux traités portant sur des infractions au niveau national font obligation aux États parties d'engager des poursuites contre les auteurs de certaines infractions (à moins que l'intéressé ne soit extradé ou remis à une autre autorité compétente à cet effet) et, parfois, de fournir réparation aux victimes (voir *supra* le chapitre IV, section D). Un certain nombre de commentateurs<sup>494</sup>,

<sup>491</sup> Voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles*, p. 811, règle 159 («À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir doivent s'efforcer d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part à un conflit armé non international ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, à l'exception des personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ou condamnées pour crimes de guerre»).

<sup>492</sup> Voir, par exemple, les Directives de Belfast sur l'amnistie et la responsabilité (note 490 *supra*), p. 41 («Le caractère limité des éléments cités à l'appui [...] semble contredire la justification par le [Comité international de la Croix-Rouge] de la reformulation du paragraphe 5 de l'article 6»).

<sup>493</sup> *Ibid.*, p. 36 ; rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (voir *supra* la note 44), par. 73 à 80 ; Gavron, «Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court», p. 107 et 108 ; et *Marguš c. Croatie* (voir *supra* la note 419), par. 109.

<sup>494</sup> Voir, par exemple, Cassese *et al.*, *Cassese's International Criminal Law*, p. 310.

<sup>488</sup> *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, affaire n° ICC-02/05-01/09, décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 décembre 2011, Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I, par. 34 (citant Cassese, *International Criminal Law*, p. 312).

<sup>489</sup> Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Amnisties* (HR/PUB/09/1, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.09.XIV.1), p. 5. Ce rapport fait la distinction entre amnistie, grâce, immunités officielles et autres éléments d'impunité.

<sup>490</sup> Voir les Directives de Belfast sur l'amnistie et la responsabilité (Transitional Justice Institute, *The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability*, Université de l'Ulster, 2013), p. 11, directive 6, par. b.

d'organes conventionnels<sup>495</sup> et de juridictions<sup>496</sup> ont estimé que de telles dispositions avaient pour effet d'interdire implicitement les amnisties. On note cependant que de tels traités n'imposent pas l'engagement de poursuites ; ils exigent que les faits soient susceptibles de poursuites, ce qui laisse intact le pouvoir de décider de l'opportunité des poursuites. En outre, ces traités prévoient généralement que lorsque l'infraction est susceptible de poursuites, les autorités nationales décident s'il convient de poursuivre les auteurs de la même manière que pour des infractions graves de droit commun<sup>497</sup>.

290. S'agissant de la pratique des États, des amnisties ont été adoptées au cours de l'histoire par plusieurs d'entre eux, même pour des crimes graves. Par exemple, l'Accord de paix entre le Gouvernement de Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone, conclu en 1999, prévoyait une amnistie générale. Le paragraphe 2 de l'article IX se lisait ainsi : «Après la signature du présent Accord, le Gouvernement de Sierra Leone devra également accorder le pardon et la grâce absolutoire à tous les combattants et à leurs collaborateurs pour tous les actes commis par eux dans la poursuite de leurs objectifs jusqu'à la date de signature du présent Accord<sup>498</sup>.» Dans le même temps, le Représentant spécial du Secrétaire général pour la Sierra Leone a assorti sa signature d'une déclaration selon laquelle il était entendu que «les dispositions concernant l'amnistie, figurant à l'article IX de l'Accord ("pardon absolu"), ne s'appliquaient pas aux crimes internationaux de génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et autres violations graves du droit international humanitaire<sup>499</sup>».

<sup>495</sup> Voir, par exemple, observation générale n° 20 (note 144 *supra*), par. 15, dans laquelle le Comité des droits de l'homme a conclu que les lois d'amnistie étaient incompatibles avec l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, interdisant la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants («Le Comité a noté que certains États avaient octroyé l'amnistie pour des actes de torture. L'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes ; de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction ; et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir. Les États ne peuvent priver les particuliers du droit à un recours utile, y compris le droit à une indemnisation et à la réadaptation la plus complète possible »).

<sup>496</sup> Voir, par exemple, *Ould Dah c. France* (déc.), n° 13113/03, CEDH 2009 ; *Barríos Altos c. Pérou* (note 419 *supra*), par. 41 à 44 ; et Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre préliminaire, dossier n° 002/19-09-2007-CETC/BCJI, décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture, 11 avril 2011, document n° D427/1/30, par. 201.

<sup>497</sup> Voir Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 7, par. 2 («Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet État. Dans les cas visés au paragraphe 2 de l'article 5, les règles de preuve qui s'appliquent aux poursuites et à la condamnation ne sont en aucune façon moins rigoureuses que celles qui s'appliquent dans les cas visés au paragraphe 1 de l'article 5») ; et Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 11, par. 2 («Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet État partie. Dans les cas visés au paragraphe 2 de l'article 9, les règles de preuve qui s'appliquent aux poursuites et à la condamnation ne sont en aucune façon moins rigoureuses que celles qui s'appliquent dans les cas visés au paragraphe 1 dudit article »).

<sup>498</sup> Accord de paix entre le Gouvernement de Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone (Lomé, 7 juillet 1999), S/1999/777, annexe.

<sup>499</sup> Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone (S/2000/915), par. 23 ; voir aussi *Les*

291. Pour envisager l'effet que produit une amnistie, on pourrait faire une distinction entre la manière dont elle peut affecter l'action publique dans l'État où elle a été décrétée, et sa faculté d'affecter des poursuites devant les tribunaux d'autres États ou devant une juridiction internationale ou «mixte». S'agissant des poursuites devant les tribunaux d'autres États, il est généralement admis que l'amnistie accordée par un État est sans effet direct sur les poursuites engagées dans un autre État<sup>500</sup>.

292. Pour ce qui est des tribunaux internationaux ou «mixtes», le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a rejeté tout effet éventuel d'une amnistie nationale sur sa juridiction<sup>501</sup> ; il a en outre affirmé, de manière générale, la non-validité des amnisties relatives à des crimes internationaux, une position qui a suscité des critiques<sup>502</sup>. D'autres juridictions internationales ou tribunaux mixtes ont été plus prudents à cet égard, en estimant qu'il s'agit d'un domaine dans lequel le droit est «en développement» ou à l'égard duquel il existe un «consensus en formation». Par exemple, l'article 10 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone prévoyait que la grâce accordée à une personne ne faisait pas obstacle à l'exercice de poursuites devant ce tribunal<sup>503</sup>. Se

*instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Amnisties* (note 489 *supra*), p. 11.

<sup>500</sup> Voir les Directives de Belfast sur l'amnistie et la responsabilité (note 490 *supra*), directive 18, par. a («Bien que les amnisties excluent les poursuites pénales dans les États qui ont adopté l'amnistie, elles ne peuvent pas empêcher les tribunaux internationaux, hybrides ou étrangers d'exercer leur compétence. Ces tribunaux peuvent décider au titre de leur propre juridiction de reconnaître ou non une amnistie»). Voir aussi O'Keefe, *International Criminal Law*, p. 477 ; et *Ould Dah c. France* (note 496 *supra*), p. 438.

<sup>501</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, jugement, 10 décembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, vol. I, p. 466, à la page 570, par. 155 ; voir aussi les Directives de Belfast sur l'amnistie et la responsabilité (note 490 *supra*), directive 18 ; *Le Procureur c. Radovan Karadžić*, affaire n° IT-95-5/18-PT, décision relative à la deuxième demande de consultation et de communication présentée par l'accusé : question de l'immunité, 17 décembre 2008, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, par. 17 et 25 ; et *Le Procureur c. Radovan Karadžić*, affaire n° IT-95-5/18-AR73.4, décision relative à l'appel interjeté par Radovan Karadžić contre la décision relative à la demande concernant l'accord Holbrooke, 12 octobre 2009, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, par. 52.

<sup>502</sup> Par exemple, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé que le fait que l'interdiction de la torture a valeur de *ius cogens* a pour effet de priver de légitimité toute amnistie des tortionnaires. Cependant, Roger O'Keefe a fait valoir que «l'hypothétique statut de norme impérative d'une interdiction d'un crime international n'a aucune implication logique sur la légalité au plan international d'un délai de prescription ou d'une amnistie concernant ce crime» (O'Keefe, *International Criminal Law*, p. 476).

<sup>503</sup> Article 10 du Statut (voir *supra* la note 254) [«Une amnistie accordée à une personne qui relève de la juridiction du Tribunal spécial en ce qui concerne les crimes visés aux articles 2 à 4 du présent statut n'interdit pas les poursuites judiciaires »]. Pour des dispositions comparables, voir la loi portant création au sein des tribunaux cambodgiens de chambres extraordinaires pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchea démocratique (note 253 *supra*), art. 40 («Le Gouvernement royal du Cambodge ne peut demander ni amnistie, ni grâce en faveur de quiconque est passible de poursuites ou condamné pour les crimes énumérés aux articles 3, 4, 5, 6, 7 et 8 de la présente loi. Le champ d'application des amnisties ou grâces, qui ont pu être accordées avant l'entrée en vigueur de la présente loi, relève de la compétence des chambres extraordinaires») ; et Statut du Tribunal spécial pour le Liban (note 254 *supra*), art. 6 («L'amnistie accordée à une personne pour tout crime relevant de la compétence du Tribunal spécial ne fait pas obstacle à l'exercice de poursuites contre elle »).

fondant sur l'article 10, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a constamment affirmé que l'article IX de l'Accord de paix entre le Gouvernement de Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone ne faisait pas obstacle à la compétence du Tribunal spécial. Si le Tribunal spécial « a estimé justifié d'affirmer en tant que norme cristallisée du droit international qu'un gouvernement ne peut accorder l'amnistie pour des crimes graves de droit international<sup>504</sup> », il a admis que cela représentait la « direction dans laquelle le droit international coutumier est en développement<sup>505</sup> », faisant sienne l'analyse d'Antonio Cassese selon laquelle il n'existait pas encore d'obligation générale pour les États de s'abstenir d'adopter des lois d'amnistie pour les crimes contre l'humanité.

293. Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont conclu qu'il existait un « consensus en formation » (*emerging consensus*) aux fins d'interdire les amnisties à l'égard des crimes internationaux particulièrement graves, fondé sur l'obligation d'enquêter et d'engager des poursuites en présence de tels crimes et d'en punir les auteurs<sup>506</sup>. Néanmoins, la Chambre de première instance a admis que la pratique des États pouvait être considérée comme insuffisamment uniforme pour établir une interdiction absolue des amnisties à l'égard de ces crimes<sup>507</sup>.

294. Les amnisties ont été considérées comme non valides par des tribunaux régionaux des droits de l'homme parce qu'elles font obstacle à l'établissement de la responsabilité en vertu des instruments régionaux des droits de l'homme, bien que certaines différences puissent être constatées entre ces tribunaux. Dans son arrêt *Barrios Altos c. Pérou*, qui a fait date, la Cour

<sup>504</sup> *Le Procureur c. Moinina Fofana*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), décision sur une requête préliminaire concernant l'absence de compétence : délégation illégale de compétence par la Sierra Leone, 25 mai 2004, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, par. 3.

<sup>505</sup> *Le Procureur c. Morris Kallon et Brima Bazzy Kamara*, affaires n°s SCSL-2004-15-AR72 et SCSL-2004-16-AR72, décision relative à une contestation de compétence : amnistie de l'Accord de Lomé, 13 mars 2004, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, par. 71 et 82 à 84, en particulier le paragraphe 84. Voir aussi Cassese *et al.*, *Cassese's International Criminal Law*, p. 312. Cassese affirme en outre qu'« [i] faut ajouter que dès lors que des règles générales interdisant certains crimes internationaux spécifiques acquièrent le caractère de normes impératives (*jus cogens*), elles peuvent être interprétées comme imposant, entre autres obligations, celle de ne pas annuler par un acte législatif ou exécutif les crimes qu'elles proscrivent. [...] Le même argument devrait valoir pour le génocide et les crimes contre l'humanité, car il semble exister des preuves concluantes qu'un comportement constitutif de tels crimes est interdit par des normes impératives du droit international. Il en résulte qu'étant contraire au droit international, une amnistie adoptée à l'égard de tels crimes ne serait pas applicable » (*ibid.*).

<sup>506</sup> Voir *Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections (Ne Bis In Idem and Amnesty and Pardon)*, affaire n° 002/19-09-2007/ECCC/TC, décision, 3 novembre 2011, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de première instance, par. 53. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Marguš c. Croatie* (voir *supra* la note 419), cite les déclarations d'un tiers intervenant en l'espèce qui estime que depuis la Seconde Guerre mondiale, les États ont de plus en plus recours aux lois d'amnistie (par. 110). Bien que le nombre de nouvelles lois d'amnistie excluant les crimes internationaux ait augmenté, il en va de même du nombre d'amnisties incluant de tels crimes.

<sup>507</sup> *Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections* (voir la note précédente), par. 53.

interaméricaine des droits de l'homme a considéré comme inadmissibles toutes les dispositions d'amnistie car elles ont pour objet d'empêcher l'enquête et la sanction des responsables des violations graves de droits non susceptibles de dérogation reconnus par la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>508</sup>. Dans l'affaire *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, la Cour a également conclu que « les crimes contre l'humanité sont des délits pour lesquels on ne peut accorder d'amnistie<sup>509</sup> ». Dans l'affaire *Zimbabwe Human Rights ONG Forum c. Zimbabwe*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a conclu qu'« [i] existe une jurisprudence internationale constante laissant suggérer que l'interdiction d'amnisties donnant lieu à l'impunité de graves violations de droits de l'homme soit devenue une règle du droit international coutumier<sup>510</sup> ». Dans l'affaire *Marguš c. Croatie*, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté de façon plus prudente que « le droit international tend de plus en plus » à considérer les amnisties pour des violations graves des droits fondamentaux de l'homme comme inacceptables car incompatibles avec l'obligation universellement reconnue pour les États de poursuivre et de punir les auteurs de tels crimes. Cependant, la Cour a noté que des amnisties étaient possibles lorsqu'elles s'accompagnaient de circonstances particulières telles qu'un processus de réconciliation et/ou une forme de réparation pour les victimes, tout en affirmant que de telles circonstances n'étaient pas présentes en l'espèce<sup>511</sup>.

295. Cette pratique complexe est ainsi résumée dans les Directives de Belfast sur l'amnistie et la responsabilité :

Les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis lors de conflits armés non internationaux ont été définis dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et la [Cour] peut engager des poursuites pour ces crimes sur les lieux qui relèvent de sa compétence. Ces développements, ainsi que la jurisprudence des tribunaux internationaux et les opinions des instances compétentes, ont clarifié davantage la nature de ces infractions et contribué à l'opinion de soutenir l'existence d'une interdiction coutumière des amnisties pour les crimes internationaux. Cependant, d'autres sources d'*opinio juris* des tribunaux internes et hybrides, ainsi que certaines pratiques nationales concernant les amnisties, ne reflètent pas une interdiction coutumière établie, explicite et catégorique des amnisties pour les crimes internationaux<sup>512</sup>.

296. Par voie de conséquence, de nombreux publicistes estiment difficile de conclure à l'existence d'un consensus sur le point de savoir si une interdiction totale des amnisties, même pour des crimes graves, est devenue une règle du droit international coutumier<sup>513</sup>. Ils

<sup>508</sup> *Barrios Altos c. Pérou* (voir *supra* la note 419), par. 41. Voir aussi *Massacres d'El Mozote et lieux voisins c. El Salvador*, arrêt, 25 octobre 2012, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 252, par. 283 à 286.

<sup>509</sup> *Almonacid Arellano et autres c. Chili* (voir *supra* la note 417), par. 114. Voir aussi *ibid.*, par. 129.

<sup>510</sup> *Zimbabwe Human Rights ONG Forum c. Zimbabwe*, communication 245/02, décision, 15 mai 2006, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, par. 201.

<sup>511</sup> *Marguš c. Croatie* (voir *supra* la note 419), par. 139.

<sup>512</sup> Directives de Belfast sur l'amnistie et la responsabilité (voir *supra* la note 490), directive 6, par. d. Voir aussi Mallinder, « The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws ».

<sup>513</sup> Voir, par exemple, Cryer *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, p. 570 à 572; et O'Keefe, *International Criminal Law*, p. 468, 469 et 474.

considèrent au contraire qu'il faut tenir compte de divers facteurs propres à chaque situation, s'agissant par exemple de savoir si les dispositions particulières de l'amnistie reviennent à accorder une amnistie générale ou si elles posent certaines conditions, ou excluent les principaux responsables des crimes commis<sup>514</sup>.

<sup>514</sup> Voir les Directives de Belfast sur l'amnistie et la responsabilité (note 490 *supra*), directives 7 et 8. Voir aussi *Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections* (note 506 *supra*), par. 52, où les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens constatent que certaines amnisties conditionnelles ont été largement approuvées, par exemple en Afrique du Sud, où des amnisties ont été accordées dans le cadre d'un processus de réconciliation.

297. Dans un souci de cohérence avec les précédents traités portant sur des infractions, le Rapporteur spécial est d'avis que le présent projet d'articles ne devrait pas aborder la question des amnisties en droit interne. Toute amnistie accordée par un État devrait être évaluée à la lumière des obligations incombant à cet État en vertu, notamment, des projets d'articles 9 et 14, et du droit international coutumier tel qu'il existe actuellement ou évoluera à l'avenir. Il faut en outre rappeler qu'une amnistie au niveau national n'interdirait pas l'engagement de poursuites contre l'auteur d'un crime contre l'humanité par un tribunal pénal international compétent ou un État étranger ayant une compétence prescriptive à l'égard de ce crime.

## CHAPITRE IX

### Préambule

298. Un préambule au présent projet d'articles pourrait mettre en évidence plusieurs éléments fondamentaux qui motivent et justifient celui-ci : le fait qu'au cours de l'histoire, des crimes contre l'humanité qui heurtent profondément la conscience humaine ont été commis, causant des préjudices et des souffrances extrêmes à des enfants, à des femmes et à des hommes ; le fait que de tels crimes menacent la paix et la sécurité internationales ; la volonté de punir les auteurs de tels crimes, y compris par des mesures prises à l'échelon national et en s'appuyant sur une coopération interétatique ; la valeur que revêt toute sanction comme moyen de prévenir la répétition de tels crimes ; et, partant, le devoir des États d'exercer leur juridiction pénale sur les responsables de tels crimes. De plus, le préambule est l'endroit approprié pour réaffirmer les buts et principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies, notamment les règles relatives à l'emploi de la force et la non-intervention, dont le présent projet d'articles tient dûment compte et qu'il ne vise pas à modifier.

299. Certains instruments existants donnent des orientations à cet égard. Le préambule de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide contient notamment les alinéas suivants :

*Reconnaissant* qu'à toutes les périodes de l'histoire le génocide a infligé de grandes pertes à l'humanité ;

*Convaincues* que, pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux, la coopération internationale est nécessaire [...].

300. Le préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale se lit ainsi aux alinéas pertinents :

*Ayant à l'esprit* qu'au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine,

*Reconnaissant* que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,

*Affirmant* que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale,

*Déterminés* à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes,

*Rappelant* qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux,

*Réaffirmant* les buts et principes de la Charte des Nations Unies et, en particulier, que tous les États doivent s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies,

*Soulignant* à cet égard que rien dans le présent Statut ne peut être interprété comme autorisant un État Partie à intervenir dans un conflit armé ou dans les affaires intérieures d'un autre État [...].

301. Sur la base des considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial propose le projet de préambule suivant :

#### «*Projet de préambule*

«*Ayant à l'esprit* que tout au long de l'histoire, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes de crimes qui heurtent profondément la conscience humaine,

«*Reconnaissant* que de tels crimes contre l'humanité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,

«*Affirmant* que les crimes contre l'humanité, qui sont parmi les crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale, ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale,

«*Déterminés* à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes,

«*Rappelant* qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction pénale les responsables de crimes internationaux,

«*Réaffirmant* les buts et principes de la Charte des Nations Unies et, en particulier, que tous les États doivent s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies,

«*Soulignant* à cet égard que rien dans le présent projet d'articles ne peut être interprété comme autorisant un État à intervenir dans un conflit armé ou dans les affaires intérieures d'un autre État, »



## CHAPITRE X

## Clauses finales d'une convention

## A. Clauses finales dans les travaux de la Commission

302. Ainsi qu'il est prévu dans le plan de travail sur le présent sujet, l'objectif de la Commission est « d'élaborer des projets d'article qui auraient vocation à devenir une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité<sup>515</sup> ». Pareille convention devrait à un moment donné être assortie de clauses finales, lesquelles pourraient notamment porter sur les éléments suivants : l'adoption et l'authentification du traité, le dépositaire, la participation au traité, la signature, les moyens d'exprimer le consentement à être lié, l'application provisoire, les réserves, les déclarations, les notifications, l'entrée en vigueur, l'enregistrement et la publication, les textes authentiques, les amendements, la durée de vie et la dénonciation<sup>516</sup>.

303. Si le statut de la Commission n'autorise pas expressément celle-ci à soumettre à l'Assemblée générale les clauses finales d'un projet de convention, il ne limite pas non plus les types de projet d'articles qu'elle peut lui présenter. L'article 22 du statut prévoit seulement que la Commission prépare le « texte final » d'un projet, ainsi qu'un rapport explicatif qu'elle soumet avec ses recommandations, et le paragraphe 1 c de l'article 23 dispose que la Commission peut recommander le projet en vue de la conclusion d'une convention, sans cependant délimiter le contenu de celui-ci.

304. Toutefois, en pratique, la Commission a soumis à l'approbation de l'Assemblée générale les clauses finales de deux projets de convention seulement, qui portaient respectivement sur la réduction du nombre des cas d'apatridie dans l'avenir et sur l'élimination de l'apatridie dans l'avenir<sup>517</sup>, deux domaines du droit international qui figuraient parmi ceux que la Commission avait décidé de codifier. En 1950, ayant pris note des recommandations de la Commission, le Conseil économique et social a prié celui-ci de rédiger deux conventions<sup>518</sup>. À sa sixième session, en 1954, la Commission a adopté le projet de convention sur la réduction du nombre des cas d'apatridie dans l'avenir et le projet de convention sur l'élimination de l'apatridie dans l'avenir, tous deux assortis de clauses finales.

305. Compte tenu de cette pratique, le Rapporteur spécial ne recommande pas que la Commission adopte des projets d'article destinés à servir de clauses finales d'une convention. Néanmoins, étant donné les travaux que la Commission a précédemment menés sur les réserves et la possibilité que les États souhaitent des orientations

complémentaires à ce sujet dans le contexte particulier d'une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, le reste de ce chapitre porte sur les différentes manières d'envisager la question des réserves dans une clause finale.

## B. Conciliation des intérêts dans le contexte des réserves à un traité

306. La Commission a déjà examiné la question des réserves dans le contexte du droit des traités de manière générale, notamment dans la Convention de Vienne de 1969 (art. 19 à 23), la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, de 1978 (art. 20) et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986), ainsi que, plus récemment, dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, établi en 2011<sup>519</sup>. Combinant les définitions de la Convention de Vienne de 1969<sup>520</sup> et de la Convention de Vienne de 1986<sup>521</sup>, dans la directive 1.1 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission a défini les réserves comme suit :

L'expression « réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation<sup>522</sup>.

307. La Commission a constaté que les réserves étaient consubstantielles au consentement d'un État à être lié par un traité et favorisaient grandement le consensus à l'égard des traités multilatéraux, ainsi que la participation à ceux-ci<sup>523</sup>. Lorsqu'elles sont bien formulées, les réserves permettent aux États de participer à un traité sans préjudice de leur droit interne et de leur système politique. Cette marge de manœuvre est tout particulièrement importante en ce qui concerne les traités et les conventions qui encouragent

<sup>519</sup> Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire...* 2011, vol. II (3<sup>e</sup> partie).

<sup>520</sup> Art. 2, par. 1 d (« L'expression "réserve" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État »).

<sup>521</sup> Art. 2, par. 1 d (« L'expression "réserve" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation »).

<sup>522</sup> Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire...* 2011, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 37 et 38.

<sup>523</sup> *Ibid.*, p. 289 et suiv., directive 4.3 et commentaire y afférent. Voir aussi résolution 68/111 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 2013, préambule (« Sachant que les réserves aux traités peuvent contribuer au juste équilibre entre l'objectif consistant à préserver l'intégrité des traités multilatéraux et celui tendant à favoriser une large participation à ces derniers »).

<sup>515</sup> Voir *Annuaire...* 2013, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 99, annexe II, par. 3.

<sup>516</sup> Voir *Recueil des clauses finales des traités multilatéraux* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.06.V.3).

<sup>517</sup> *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, document A/2693, p. 143. Pour le texte français, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9* (A/2693), p. 3.

<sup>518</sup> Résolution 304 D (XI) du Conseil économique et social, en date du 17 juillet 1950; et résolution 319 B (XI) du Conseil économique et social, en date du 11 août 1950.

l'adoption de lois internes<sup>524</sup>. De surcroît, la Commission a conclu que rien ne justifiait d'appliquer des règles différentes aux réserves formulées à l'égard de traités relatifs aux droits de l'homme, jugeant que, même à l'égard de droits essentiels, les États pouvaient formuler des réserves pour autant qu'elles n'excluaient pas la protection des droits en question et n'avaient pas pour effet de modifier leur régime juridique d'une manière excessive<sup>525</sup>.

308. Cela étant, dans le contexte des traités relatifs aux droits de l'homme, certains États<sup>526</sup>, organes conventionnels<sup>527</sup> et commentateurs ont dit craindre que la formulation de réserves générales et de portée illimitée ne porte atteinte à l'intégrité du traité. Ainsi, d'aucuns se sont dits préoccupés<sup>528</sup> par la portée et les effets des réserves formulées à l'égard de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Dans un

<sup>524</sup> Dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités de 2011, la Commission a fait observer que, bien souvent, un État formule une réserve parce que le traité lui impose des obligations incompatibles avec son droit interne, qu'il n'est pas en mesure de modifier, au moins dans un premier temps. La Commission a rédigé la directive 3.1.5.5, sur les réserves relatives au droit interne, pour «établir que, contrairement à une idée fautive mais assez répandue, une réserve n'est pas non valide du seul fait qu'elle vise à préserver l'intégrité de normes particulières du droit interne – étant entendu que, comme toute réserve, celles qui poursuivent un tel objectif doivent être compatibles avec l'objet et le but du traité sur lequel elles portent» [Annuaire... 2011, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 238, paragraphe 7 du commentaire de la directive 3.1.5.5]. La Commission a également fait observer que la préoccupation de l'État ou de l'organisation internationale de préserver leur liberté d'action alors même qu'ils acceptent en principe de la limiter en se liant par un traité est particulièrement manifeste dans deux situations : «soit lorsque le traité dont il s'agit touche des domaines spécialement sensibles ou comporte des obligations exceptionnellement contraignantes, soit lorsqu'il lie des États se trouvant dans des situations très différentes et aux besoins desquels une réglementation uniforme ne répond pas forcément» (ibid., p. 86, paragraphe 1 du commentaire de la directive 1.7.1).

<sup>525</sup> Ibid., p. 240, paragraphes 5 à 9 du commentaire de la directive 3.1.5.6. Dans le même ordre d'idées, Edward Swaine fait observer que «[s]i les réserves, par définition, visent à remettre en cause les obligations contractuelles des États, ceux-ci sont néanmoins présumés libres d'en formuler. En général, les États formulent une réserve pour adapter le traité à la législation interne ou à la situation politique du pays, et sur un point qui présente un grand intérêt au niveau local (et, heureusement, peu d'intérêt au niveau international)» (Swaine, «Treaty reservations»). M. Schabas ajoute que «[l']article 27 ne saurait être invoqué dans le contexte de la légalité des réserves. En général, les États formulent des réserves justement parce que le traité n'est pas compatible avec leur droit interne. De fait, le Comité des droits de l'homme a expressément incité les États à "indiquer[r] précisément les dispositions législatives ou les pratiques internes qu'il[s] juge[nt] incompatibles avec l'obligation énoncée dans le Pacte qui fait l'objet de sa réserve"» (Schabas, «Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform», p. 59).

<sup>526</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe VI, sect. B, observations du Royaume-Uni, par. 3.

<sup>527</sup> Voir Comité des droits de l'homme, observation générale n° 24 (1994) sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe V].

<sup>528</sup> Voir Schabas, «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Convention on the Rights of the Child», p. 80. Malgré ces critiques, M. Schabas fait observer que «[d]ans bien des cas, ces réserves sont relativement précises et ont une portée limitée, de sorte qu'elles laissent l'instrument pour l'essentiel intact. [...] De fait, [l']intention [des auteurs] était de permettre la formulation de réserves mineures afin d'encourager la ratification par le plus grand nombre, et cet objectif a été atteint» (ibid., p. 110).

rapport établi à l'issue de ses dix-huitième et dix-neuvième sessions, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a adopté une déclaration sur les réserves, dans laquelle il s'est dit préoccupé par le nombre et la teneur des réserves exprimées à l'égard de la Convention et, notamment, par le fait que certaines étaient formulées en termes tellement généraux qu'elles ne pouvaient être circonscrites à des dispositions précises<sup>529</sup>. Les auteurs des Déclaration et Programme d'action de Vienne, adoptés en 1993 à l'issue de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, ont vivement engagé les États à éviter dans toute la mesure possible de recourir aux réserves<sup>530</sup>.

309. Les réserves peuvent donc, dans une large mesure, être considérées comme un mécanisme visant à encourager le plus grand nombre d'États à participer à un traité (en leur permettant d'ajuster les obligations mises à leur charge à leur droit interne, difficile à changer)<sup>531</sup> tout en préservant l'intégrité des objectifs de l'instrument (en limitant ou en interdisant certains ajustements). Dans ses conclusions sur le dialogue réservataire, la Commission a fait observer qu'il fallait garder à l'esprit «la nécessité d'atteindre un équilibre satisfaisant entre les objectifs de préservation de l'intégrité des traités multilatéraux et de participation la plus large possible à ces traités<sup>532</sup>».

### C. Approches adoptées au regard des réserves dans les traités existants

310. En ce qui concerne les réserves, il existe semble-t-il au moins cinq approches différentes. Cela étant, le traité est toujours régi d'abord par ses propres dispositions concernant les réserves, s'il en contient, et ensuite par les dispositions pertinentes des instruments de droit international conventionnel ou coutumier.

311. Premièrement, le traité peut être entièrement muet à l'égard des réserves, comme c'est le cas de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou bien contenir une disposition les autorisant<sup>533</sup>.

<sup>529</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 38 (A/53/38/Rev.1)*, p. 49 à 52.

<sup>530</sup> Voir Déclaration et Programme d'action de Vienne [A/CONF.157/24 (Part I)], sect. I, par. 26. Ainsi qu'il ressort de la section II de la Déclaration, «[l]a Conférence mondiale sur les droits de l'homme encourage les États à envisager de limiter la portée des réserves qu'ils formulent à l'égard des instruments internationaux en la matière, à formuler toutes réserves avec autant de précision et de circonspection que possible, à veiller à ce qu'aucune ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité en cause et à examiner régulièrement les réserves qu'ils auraient formulées en vue de les retirer» (ibid., sect. II, par. 5).

<sup>531</sup> Ainsi, dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission a cité la réserve formulée par le Mozambique à l'égard de la Convention internationale contre la prise d'otages comme un exemple de réserves relatives à l'application du droit interne «qui ne se heurtent à aucune objection et n'en ont appelé aucune» [Annuaire... 2011, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 237, paragraphe 4 du commentaire de la directive 3.1.5.5]. Le Mozambique a déclaré que sa Constitution et son droit interne lui interdisaient d'extrader ses citoyens (ibid., note de bas de page 1757).

<sup>532</sup> Ibid., annexe, p. 363.

<sup>533</sup> Voir, par exemple, Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe, art. 14, par. 1 («Au moment de la signature définitive, de la ratification de la présente Convention ou de tout amendement y relatif, ou de l'adhésion à ladite Convention, un État partie peut formuler des réserves»).

312. Deuxièmement, le traité peut être généralement muet à l'égard des réserves, mais autoriser celles (parfois présentées sous forme de déclarations) qui concernent le mécanisme de règlement des différends. C'est le cas de la plupart des traités<sup>534</sup> portant sur des infractions de droit interne, notamment les suivants : la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs<sup>535</sup> ; la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques<sup>536</sup> ; la Convention internationale contre la prise d'otages<sup>537</sup> ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>538</sup> ; la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé<sup>539</sup> ; la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif<sup>540</sup> ; la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme<sup>541</sup> ; la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>542</sup> et les protocoles y afférents ; et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées<sup>543</sup>. Une telle approche n'exclut pas nécessairement la possibilité que d'autres réserves soient formulées<sup>544</sup>. Simplement, il pose clairement que les

<sup>534</sup> Il existe certaines exceptions, notamment : Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, art. 9 (interdisant toutes réserves) ; Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, art. 26, par. 1 (interdisant toutes réserves) ; Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (muette au sujet des réserves) ; et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (muette au sujet des réserves).

<sup>535</sup> Art. 12, par. 2 (« Chaque État pourra, au moment où il signera ou ratifiera la présente Convention ou y adhérera, déclarer qu'il ne se considère pas lié par les dispositions du paragraphe précédent. Les autres États contractants ne seront pas liés par lesdites dispositions envers tout État contractant qui aura formulé une telle réserve »).

<sup>536</sup> Art. 13, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>537</sup> Art. 16, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>538</sup> Art. 30, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs). Le paragraphe 1 de l'article 28 prévoit que les États peuvent déclarer qu'ils ne reconnaissent pas la compétence accordée au Comité contre la torture aux termes de l'article 20. Au contraire, l'article 30 du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants interdit toutes réserves.

<sup>539</sup> Art. 22, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>540</sup> Art. 20, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>541</sup> Art. 24, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>542</sup> Art. 35, par. 3 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs).

<sup>543</sup> Art. 42, par. 2 (libellé quasi identique à celui de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs). À la cinquième session du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, le Président a signalé que les États parties auraient le droit de formuler des réserves au moment de l'adhésion, étant entendu que celles-ci devraient être conformes au droit international [Commission des droits de l'homme, rapport du Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (E/CN.4/2006/57), par. 160].

<sup>544</sup> Aux alinéas *a* et *b* de son article 19, la Convention de Vienne de 1969 pose que les États peuvent formuler des réserves, à moins que celles-ci ne soient interdites par le traité ou que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve

réserves formulées à l'égard du mécanisme de règlement des différends relatifs au traité ne privent pas le traité de son objet et de son but.

313. Troisièmement, le traité peut expressément autoriser les réserves à l'égard de certains articles, mais interdire les autres. C'est le cas notamment dans les instruments suivants : l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux<sup>545</sup> ; la Convention unique sur les stupéfiants de 1961<sup>546</sup> ; la Convention sur les substances psychotropes<sup>547</sup> ; la Convention des Nations Unies

en question, peuvent être faites. Ces dispositions n'abordent pas la question des traités qui autorisent des réserves déterminées, mais sont muets quant aux autres. Dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission a dit ce qui suit : « Une lecture rapide de l'alinéa *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 pourrait donner à penser qu'il est l'une des faces de la médaille dont l'alinéa *a* serait l'autre. La symétrie cependant est loin d'être totale. Pour qu'elle existe, il eût fallu que l'on prévoie qu'une réserve autre que celles expressément prévues par le traité est interdite. Mais tel n'est pas le cas : l'alinéa *b* comporte deux précisions supplémentaires qui interdisent des simplifications abusives ; l'interdiction implicite de certaines réserves résultant de cette disposition, bien plus complexe qu'elle le paraît, suppose que trois conditions soient remplies : *a*) la clause de réserve figurant dans le traité doit envisager la formulation de réserves ; *b*) les réserves en question doivent être "déterminées" ; et *c*) il doit être spécifié que "seules" elles "peuvent être faites" » [Annuaire... 2011, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 213 et suiv., paragraphe 1 du commentaire de la directive 3.1.2].

<sup>545</sup> Art. 39, par. 1 et 2 (« 1. Indépendamment de la faculté mentionnée à l'article précédent, une Partie pourra, en adhérant au présent Acte général, subordonner son acceptation aux réserves limitativement énumérées dans le paragraphe suivant. Ces réserves devront être indiquées au moment de l'adhésion. 2. Ces réserves pourront être formulées de manière à exclure des procédures décrites par le présent Acte : *a*) Les différends nés de faits antérieurs, soit à l'adhésion de la Partie qui formule la réserve, soit à l'adhésion d'une autre Partie avec laquelle la première viendrait à avoir un différend ; *b*) Les différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des États ; *c*) Les différends portant sur des affaires déterminées, ou des matières spéciales nettement définies, telles que le statut territorial, ou rentrant dans des catégories bien précisées »).

<sup>546</sup> Art. 50, par. 1 à 3 (« 1. Aucune réserve n'est autorisée en dehors des réserves faites conformément à l'article 49 ou aux paragraphes suivants. 2. Tout État peut, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, faire des réserves sur les dispositions suivantes de la présente Convention : paragraphes 2 et 3 de l'article 12 ; paragraphe 2 de l'article 13 ; paragraphes 1 et 2 de l'article 14 ; alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 31 ; et article 48. 3. Tout État qui désire devenir Partie à la Convention mais qui veut être autorisé à faire des réserves autres que celles qui sont énumérées au paragraphe 2 du présent article ou à l'article 49 peut aviser le Secrétaire général de cette intention. À moins qu'à l'expiration de douze mois après la date de la communication de la réserve en question par le Secrétaire général, un tiers des États qui ont ratifié la Convention ou y ont adhéré avant la fin de ladite période n'aient élevé des objections contre elle, elle sera considérée comme autorisée, étant entendu toutefois que les États qui auront élevé des objections contre cette réserve n'auront pas à assumer à l'égard de l'État qui l'a formulée d'obligation juridique découlant de la présente Convention, sur laquelle porte la réserve »).

<sup>547</sup> Art. 32, par. 1 à 3 (« 1. Aucune réserve n'est autorisée en dehors des réserves faites conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article. 2. Tout État peut, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, faire des réserves sur les dispositions suivantes de la présente Convention : *a*) article 19, paragraphes 1 et 2 ; *b*) article 27 ; et *c*) article 31. 3. Tout État qui désire devenir Partie à la Convention, mais qui veut être autorisé à faire des réserves autres que celles qui sont énumérées aux paragraphes 2 et 4, peut aviser le Secrétaire général de cette intention. À moins qu'à l'expiration de douze mois après la date de la communication de la réserve en question par le Secrétaire général, un tiers des États qui ont signé sans réserve de ratification ou ratifié la Convention ou y ont adhéré avant la fin de ladite période n'aient élevé des objections contre elle, elle sera considérée comme autorisée, étant entendu toutefois que les États qui auront élevé des objections contre cette réserve n'auront pas à assumer à l'égard de l'État qui l'a formulée l'obligation juridique découlant de la présente Convention, sur laquelle porte la réserve »).

sur le droit de la mer<sup>548</sup>; le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort<sup>549</sup>; et la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires<sup>550</sup>.

314. Quatrièmement, le traité peut expressément interdire les réserves à l'égard de tel ou tel article ou catégorie d'articles, mais autoriser les autres réserves. C'est le cas, notamment, des instruments suivants : la Convention relative au statut des réfugiés<sup>551</sup>; la Convention sur le plateau continental<sup>552</sup>; et l'Accord international de 1977 sur le sucre<sup>553</sup>.

315. Dans le même ordre d'idées, certains traités interdisent les réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité, mais autorisent les autres. À titre d'exemple, on peut citer les instruments suivants : la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>554</sup>; la Convention sur l'élimination de toutes les

formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>555</sup>; la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>556</sup>; et la Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme<sup>557</sup>. Le critère de la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité a été établi par la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif de 1951 relatif aux *Réserves à la Convention sur le génocide*<sup>558</sup>, dans lequel la Cour a estimé que « l'objet et le but » de la Convention limitaient tant la liberté d'apporter des réserves que celle d'y objecter<sup>559</sup>. Ce critère a été repris au paragraphe *c* de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, et la Commission l'a examiné dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités de 2011<sup>560</sup>.

316. Il existe également des traités qui interdisent les « réserves générales », l'objectif étant d'empêcher la formulation de réserves vagues dont les effets sont peu clairs et donc difficiles à évaluer<sup>561</sup>. Entrent dans cette catégorie la Convention européenne des droits de l'homme<sup>562</sup>, la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture<sup>563</sup> et la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes<sup>564</sup>.

317. Cinquièmement, le traité peut interdire toutes les réserves<sup>565</sup>. Pour déterminer si un traité donné interdit

<sup>548</sup> Art. 309 (« La Convention n'admet ni réserves ni exceptions autres que celles qu'elle autorise expressément dans d'autres articles »). En réalité, aucun article de la Convention n'autorise expressément les réserves, quoique l'article 298 prévoit qu'un État peut déclarer par écrit qu'il n'accepte pas les procédures de règlement des différends en ce qui concerne certaines catégories de différends. L'article 310 de la Convention dispose que rien n'interdit à un État de faire des déclarations interprétatives « à condition que ces déclarations ne visent pas à exclure ou à modifier l'effet juridique des dispositions de la Convention dans leur application à cet État ».

<sup>549</sup> Art. 2, par. 1 (« Il ne sera admis aucune réserve au présent Protocole, en dehors de la réserve formulée lors de la ratification ou de l'adhésion et prévoyant l'application de la peine de mort en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre »).

<sup>550</sup> Art. 21, par. 1 (« Tout État peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, formuler une ou plusieurs réserve(s) aux paragraphes 2 à 5 de l'article 7 de la présente Charte. Aucune autre réserve n'est admise »).

<sup>551</sup> Art. 42 [« 1. Au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, tout État pourra formuler des réserves aux articles de la Convention autres que les articles 1, 3, 4, 16 (1), 33, 36 à 46 inclus. 2. Tout État contractant ayant formulé une réserve conformément au paragraphe 1 de cet article pourra à tout moment la retirer par une communication à cet effet adressée au Secrétaire général des Nations Unies »]. Voir aussi Convention relative au statut des apatrides, art. 38.

<sup>552</sup> Art. 12 (« 1. Au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, tout État pourra formuler des réserves aux articles de la Convention autres que les articles 1 à 3 inclus. 2. Tout État contractant ayant formulé des réserves conformément au paragraphe précédent pourra à tout moment les retirer par une communication à cet effet adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies »).

<sup>553</sup> Le paragraphe 3 de l'article 78 est ainsi libellé dans sa partie pertinente : « Tout gouvernement qui remplit les conditions requises pour devenir Partie au présent Accord peut, lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, formuler des réserves qui ne touchent pas à l'application des dispositions économiques du présent Accord. »

<sup>554</sup> Art. 20, par. 2 (« Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée non plus qu'aucune réserve qui aurait pour effet de paralyser le fonctionnement de l'un quelconque des organes créés par la Convention. Une réserve sera considérée comme rentrant dans les catégories définies ci-dessus si les deux tiers au moins des États parties à la Convention élèvent des objections »). Pour des objections à la formulation retenue aux fins de cette Convention, voir le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, dans lequel la Commission fait observer que « [f]orce est cependant de reconnaître que de telles clauses, pour séduisantes qu'elles puissent apparaître intellectuellement, sont, de toute manière, loin de résoudre tous les problèmes : en pratique elles n'incitent pas les États parties à faire preuve de la vigilance particulière à laquelle on pourrait s'attendre et elles laissent d'importantes questions sans réponse » [Annuaire... 2011, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 243 et suiv., paragraphe 4 du commentaire de la directive 3.2].

<sup>555</sup> Art. 28, par. 2 (« Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée »).

<sup>556</sup> Art. 51, par. 2 (« Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention n'est autorisée »).

<sup>557</sup> Art. 19, par. 4 (« Aucun État Partie ne peut émettre de réserves incompatibles avec les objectifs de la présente Convention »).

<sup>558</sup> *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 15. Certains spécialistes considèrent que cet avis consultatif doit être le « point de départ » de toute étude consacrée aux réserves aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Voir Schabas, « Reservations to human rights treaties... », p. 45.

<sup>559</sup> *Réserves à la Convention sur le génocide* (voir la note précédente), p. 24. En outre, selon la Cour internationale de Justice, « c'est la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la Convention qui doit fournir le critère de l'attitude de l'État qui joint une réserve à son adhésion et de l'État qui estime devoir y faire une objection » (ibid.).

<sup>560</sup> Voir, par exemple, Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 29, directive 3.1.5, sur l'« Incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité » (« Une 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 compromise »).

<sup>561</sup> Ibid., directive 3.1.5.2 sur les « Réserves vagues ou générales » (« Une réserve doit être rédigée en des termes permettant d'en apprécier la signification, afin d'en déterminer en particulier la compatibilité avec l'objet et le but du traité »).

<sup>562</sup> Art. 57 (« 1. Tout État peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article. 2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause »).

<sup>563</sup> Art. 21 (« Tout État partie peut formuler des réserves à la présente Convention au moment de l'adopter, de la signer, de la ratifier ou d'y adhérer, à la condition que ces réserves ne soient pas incompatibles avec l'objet et les fins de la Convention, et portent sur une ou plusieurs dispositions particulières »).

<sup>564</sup> Art. XIX (« Les États peuvent formuler leurs réserves sur la présente Convention au moment de l'approuver, d'y souscrire, de la ratifier ou d'y adhérer dans la mesure où ces réserves ne sont pas incompatibles avec l'objet et le but de cet instrument et portent sur une ou plusieurs dispositions particulières »).

<sup>565</sup> Voir Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 29, directive 3.1.1.

véritablement toutes les réserves, il faut se pencher sur la question de savoir s'il prévoit le recours à d'autres mécanismes<sup>566</sup> ou procédés<sup>567</sup> permettant d'exclure les effets juridiques de certaines dispositions. Parmi les traités qui n'admettent aucune réserve, on peut citer le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques<sup>568</sup> et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale<sup>569</sup>. De manière générale, hormis quelques instruments adoptés à l'échelle régionale ou sous-régionale<sup>570</sup>, les traités qui n'admettent aucune réserve ne sont pas axés sur la manière dont les États parties doivent régir les questions relatives aux personnes ou aux biens se trouvant sur leur territoire ; ceux qui font exception à cette règle sont rares et ne concernent pas la juridiction pénale<sup>571</sup>.

318. En ce qui concerne le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, l'interdiction de formuler des réserves semble être étroitement liée à la volonté de créer une institution internationale ayant exactement la même relation juridique avec tous les États parties. Dans le projet de statut, la Commission a fait observer que « [l]e projet de statut a été conçu comme une structure

<sup>566</sup> Par exemple, de nombreux traités portant sur l'environnement ou le droit du travail prévoient un traitement différencié. Voir Helfer, « Not fully committed? Reservations, risk, and treaty design », p. 377. Voir aussi Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 23 et suiv., directives 1.1.6 et 1.7 sur les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives. Le Guide de la pratique reprend la déclaration du conseiller juridique du Bureau international du Travail, qui, à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités tenue en 1968, a déclaré que les réserves aux conventions internationales du travail étaient incompatibles avec le but et l'objet de ces conventions et inapplicables au cas de l'Organisation internationale du Travail, en raison de sa qualité d'institution tripartite, mais qu'il fallait néanmoins faire preuve d'une grande souplesse pour appliquer certaines conventions internationales du travail dans des circonstances extrêmement variées (ibid., p. 48 et suiv., paragraphe 3 du commentaire de la directive 1.1.6).

<sup>567</sup> M. Swaine fait observer qu'un certain nombre de traités, notamment des traités portant sur le commerce, l'environnement et la maîtrise des armements, semblent à première vue interdire toutes réserves, mais lorsqu'on les examine de plus près, ils autorisent en réalité les réserves se rapportant à des accords afférents au traité ou aux dispositions techniques et dynamiques (Swaine, « Treaty reservations », p. 290).

<sup>568</sup> Art. 26 (« Aucune réserve ne peut être faite au présent Protocole »).

<sup>569</sup> Art. 120 (« Le présent Statut n'admet aucune réserve »). L'article 124 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale contient néanmoins une disposition transitoire autorisant les États à ne pas accepter pour une période de sept ans la compétence de la Cour en ce qui concerne les crimes de guerre.

<sup>570</sup> Voir, par exemple, Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, concernant l'abolition de la peine de mort, modifié par le Protocole n° 11, art. 4 ; et Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, art. 21.

<sup>571</sup> Voir, par exemple, Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, art. 9 ; Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, art. 18 ; Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, art. 19 ; et 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, art. XXII (les réserves aux annexes de la Convention étant néanmoins autorisées pour autant qu'elles ne soient pas incompatibles avec l'objet et le but de celles-ci). Cela étant, il existe des traités interdisant les réserves qui ont trait à la juridiction pénale de l'État. Voir Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, art. 9 ; et Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, art. 26.

d'un seul tenant, dans laquelle un équilibre a été instauré entre différents éléments et critères nécessaires au fonctionnement de la cour : il doit s'appliquer dans son ensemble. Ces considérations tendent à étayer l'idée qu'il ne faudrait pas autoriser de réserves au statut et au traité auquel il sera joint ou bien qu'il faudrait sinon en limiter la portée<sup>572</sup> ». Bien entendu, l'interdiction complète des réserves n'empêche pas les controverses au moment de la ratification du traité, les États pouvant toujours formuler une « déclaration » visant à modifier unilatéralement les obligations qui leur sont faites. Ainsi qu'un spécialiste l'a fait observer dans un commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, interdire les réserves dans l'espoir d'éviter les problèmes qu'elles font naître est une solution « faussement simple »<sup>573</sup>. De fait, l'Allemagne, le Danemark, la Finlande, l'Irlande, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Suède ont formulé des objections à la « déclaration interprétative » faite par l'Uruguay à l'égard du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, au motif qu'elle s'apparentait, au fond, à une réserve<sup>574</sup>.

319. Les traités autorisant les réserves peuvent obliger les États parties à motiver les réserves qu'ils formulent. Aux termes de la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple, toute réserve « comporte un bref exposé de la loi en cause »<sup>575</sup>. Tout en étant consciente de la nature de *lex specialis* de cette convention et du fait que ni la Convention de Vienne de 1969, ni la Convention de Vienne de 1986<sup>576</sup> n'imposent d'exposer les motifs d'une réserve, la Commission a conclu qu'il y avait des « avantages évidents

<sup>572</sup> *Annuaire... 1994*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 74, appendice I, par. 3 e. La Commission a également fait observer ce qui suit : « que le projet de statut soit ou non considéré comme un "acte constitutif d'une organisation internationale" au sens du paragraphe 3 de l'article 20 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il est certainement très proche d'un acte constitutif et les considérations qui ont induit les auteurs à exiger l'acceptation de "l'organe compétent de cette organisation" au paragraphe 3 de l'article 20 s'appliquent ici de façon assez similaire » (ibid.).

<sup>573</sup> Voir Schabas, *The International Criminal Court*, p. 1489. Dans un commentaire qu'il n'a pas rédigé en sa qualité de Rapporteur spécial, M. Pellet a fait observer qu'« [a]utoriser certaines réserves bien délimitées n'aurait pas nécessairement nui aux objectifs fondamentaux visés, et aurait certainement facilité la ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale par les États qui, de bonne foi, s'efforcent de surmonter des obstacles constitutionnels liés à des questions techniques n'ayant en fin de compte qu'une importance secondaire » (Pellet, « Entry into force and amendment of the Statute », p. 156).

<sup>574</sup> Voir « Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général », chap. XVIII.10, sur le site Web <https://treaties.un.org>, dans « Dépositaire », puis « État des traités ». La déclaration interprétative se lit en partie comme suit : « En sa qualité d'État Partie au Statut de Rome, la République orientale de l'Uruguay veillera à l'application dudit Statut en exerçant pleinement les pouvoirs qui appartiennent à l'État en vertu de ses différentes compétences et en respectant strictement l'ordre constitutionnel de la République. » Cette déclaration a été retirée par une communication du 26 février 2008.

<sup>575</sup> Voir Convention européenne des droits de l'homme, art. 57, par. 2.

<sup>576</sup> La Commission a fait observer ce qui suit : « Ni les travaux de la Commission sur le droit des traités, ni les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 n'imposent, d'une façon ou d'une autre, qu'un État ou une organisation internationale qui formule une réserve motive celle-ci et indique les raisons pour lesquelles il lui semble nécessaire d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers » [Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 96, paragraphe 1 du commentaire de la directive 2.1.2].

[à] la motivation des réserves<sup>577</sup> », et la directive 2.1.2 pose qu'« [u]ne réserve devrait, autant que possible, indiquer les motifs pour lesquels elle est formulée<sup>578</sup> ».

320. D'autres mécanismes que les réserves permettent aux États et aux organisations internationales de moduler les obligations mises à leur charge par un traité auquel ils sont parties, notamment les clauses restrictives<sup>579</sup>, les clauses d'exception<sup>580</sup>, les clauses facultatives (clauses d'*opting-in* ou de *contracting-in*)<sup>581</sup>, les clauses d'exclusion (clauses d'*opting-out* ou de *contracting-out*)<sup>582</sup>, les clauses qui donnent aux parties le choix entre plusieurs dispositions, ou encore celles qui permettent de modifier le traité ou d'en suspendre les effets. Dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission a fait observer que « ces procédés, loin de constituer des invitations faites aux États d'affecter l'effectivité du traité, contribueraient plutôt à rendre le recours aux réserves moins "nécessaire" ou fréquent, en offrant des techniques conventionnelles plus souples<sup>583</sup> ».

#### D. Réserves dans le contexte d'une convention sur les crimes contre l'humanité

321. Si les présents projets d'article donnent lieu à une convention, les approches exposées plus haut pourraient toutes être retenues aux fins de la rédaction d'une des clauses finales.

322. La convention pourrait être entièrement muette au sujet des réserves, ou bien autoriser expressément toutes les réserves, laissant ainsi aux États la possibilité de formuler celles qu'ils estiment nécessaires, dans le respect des règles énoncées dans les Conventions de Vienne.

323. La convention pourrait être muette au sujet des réserves, mais donner aux États la possibilité de ne pas être liés par d'éventuelles dispositions concernant le

<sup>577</sup> Ibid., p. 97, paragraphe 8 du commentaire de la directive 2.1.2.

<sup>578</sup> Ibid., p. 96, directive 2.1.2.

<sup>579</sup> Définies dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités comme des clauses « qui limitent l'objet de l'obligation en lui apportant des exceptions ou des limites » quant au domaine couvert par l'obligation ou à sa validité temporelle » [Guide de la pratique sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2011*, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 87 et suiv., paragraphe 6 du commentaire de la directive 1.7.1].

<sup>580</sup> Définies dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités comme des clauses « qui ont pour objet d'écarter l'application des obligations générales dans des hypothèses particulières », et parmi lesquelles on peut distinguer les clauses de sauvegarde d'une part et les dérogations d'autre part » (ibid.).

<sup>581</sup> Définies dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités comme des clauses « auxquelles les parties n'adhèrent que par une acceptation spéciale, distincte de l'adhésion au traité dans son ensemble » (ibid.).

<sup>582</sup> Définies dans le Guide de la pratique sur les réserves aux traités comme des clauses « en vertu desquelles un État sera lié par les règles adoptées à la majorité s'il n'exprime pas l'intention de ne pas être lié dans un délai donné » (ibid.).

<sup>583</sup> Ibid., p. 86, paragraphe 1 du commentaire général de la sous-section 1.7 sur les « Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives ». Voir également ibid., directive 1.7.1, intitulée « Alternatives aux réserves » (« Afin d'atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés alternatifs, tels que : a) l'insertion dans le traité d'une clause visant à limiter sa portée ou son application ; b) la conclusion d'un accord par lequel deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles »).

règlement des différends, comme ce serait le cas si le projet d'article 17 (examiné plus haut, dans le chapitre consacré aux mécanismes de suivi et de règlement des différends) est adopté tel qu'il est proposé. Une telle solution appliquée dans le cadre d'une convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité s'inscrirait dans le droit fil de ce qui a été fait dans d'autres traités de portée universelle. Dans ce cas, les règles conventionnelles et coutumières du droit des traités continueraient de s'appliquer, et les États ne pourraient pas formuler de réserves contraires à l'objet et au but de la convention.

324. La convention pourrait préciser lesquels de ses articles admettent les réserves et interdire les réserves relatives aux autres articles. Inversement, elle pourrait préciser lesquels de ses articles n'admettent pas les réserves et autoriser les réserves relatives aux autres articles. Dans l'un ou l'autre cas, il faudrait bien évidemment déterminer quels sont les articles à l'égard desquels les États parties jugeraient indispensable d'autoriser ou, au contraire, d'interdire les réserves.

325. On pourrait aussi adopter une disposition générale interdisant certains types de réserves, telles celles qui sont incompatibles avec l'objet et le but du traité. Si cela n'est pas à strictement parler nécessaire étant donné que pareilles réserves sont déjà interdites par le droit international, de nombreuses conventions relatives aux droits de l'homme contiennent néanmoins des dispositions de ce type, apparemment considérées comme un rappel utile pour les États parties. Préciser que toute réserve doit porter sur une disposition particulière de la convention, et ainsi interdire les réserves de caractère général, serait également une possibilité. Cela pourrait contribuer à éviter le problème des réserves « constitutionnelles », c'est-à-dire celles qui visent à subordonner un traité au droit interne de l'État réservataire dans son ensemble et dont il est difficile d'évaluer les effets sur les obligations dudit État. Enfin, on pourrait exiger que les États motivent toute réserve, ainsi que toute objection à l'égard d'une réserve formulée par un autre État, comme le fait la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ce cas, on pourrait adopter une disposition libellée comme suit :

« 1. Les États peuvent, au moment de l'approbation, de la signature, de la ratification ou de l'accession, formuler des réserves à l'égard de la présente convention, [exception faite des articles...], pour autant que ces réserves ne soient pas incompatibles avec l'objet et le but de la convention et concernent une ou plusieurs dispositions particulières de celle-ci.

« 2. Les États, dans la mesure du possible, motivent toute réserve formulée conformément au paragraphe 1, ainsi que toute objection à l'égard d'une réserve. »

326. Enfin, la convention pourrait interdire toutes les réserves. Cela permettrait d'éviter certains types de réserves modifiant radicalement les obligations imposées par la convention, mais aurait aussi pour résultat de priver les États de la possibilité d'adhérer à la convention sans préjudice des dispositions controversées de leur droit pénal, qui peuvent être inscrites dans la constitution et donc difficiles à modifier. Une telle interdiction complète risquerait donc de compromettre l'adhésion généralisée des États à la convention.

## CHAPITRE XI

**Programme de travail futur**

327. S'agissant du calendrier des travaux futurs, il pourrait être envisagé d'achever l'examen du sujet en première lecture en 2017. Ou bien, si la Commission l'estime nécessaire, un quatrième rapport consacré à d'autres questions éventuelles pourrait être présenté en

2018, après quoi l'examen en première lecture pourrait être achevé.

328. Si la Commission achevait la première lecture en 2017, la seconde lecture pourrait être terminée en 2019.

## ANNEXE I

**Texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission***Article 1. Champ d'application*

Les présents projets d'article s'appliquent à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité.

*Article 2. Obligation générale*

Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient ou non commis en temps de conflit armé, sont des crimes au regard du droit international que les États s'engagent à prévenir et à punir.

*Article 3. 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 le crime de génocide ou les crimes de guerre ;
- i) disparition forcée 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'acception 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 « disparition forcée 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.

4. Ce projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou loi nationale.

#### *Article 4. Obligation de prévention*

1. Tout État s'engage à prévenir les crimes contre l'humanité, en conformité avec le droit international, notamment au moyen de :

a) mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces de prévention dans tout territoire sous sa juridiction ou son contrôle ; et

b) la coopération avec les autres États, les organisations intergouvernementales pertinentes et, selon qu'il convient, d'autres organisations.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse, entre autres, de conflit armé, d'instabilité politique intérieure ou d'un autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier les crimes contre l'humanité.

#### *Article 5. Incrimination en droit interne*

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les crimes contre l'humanité constituent des infractions au regard de son droit pénal.

2. Tout État prend les mesures nécessaires pour que les actes suivants constituent des infractions au regard de son droit pénal :

a) le fait de commettre un crime contre l'humanité ;

b) le fait de tenter de commettre un tel crime ; et

c) le fait d'ordonner, solliciter, encourager, apporter son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime.

3. Tout État prend également les mesures nécessaires pour ériger ce qui suit en infractions au regard de son droit pénal :

a) un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et

ii) ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer

l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ;

b) en ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes contre l'humanité commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

i) le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

4. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, le fait qu'une infraction visée dans le présent projet d'article a été commise sur les ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, ne constitue pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale d'un subordonné.

5. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article ne se prescrivent pas.

6. Tout État prend les mesures nécessaires pour que, au regard de son droit pénal, les infractions visées dans le présent projet d'article soient passibles de peines appropriées qui prennent en compte leur gravité.

7. Sous réserve des dispositions de son droit interne, tout État prend, s'il y a lieu, les mesures qui s'imposent, afin d'établir la responsabilité des personnes morales pour les infractions visées dans le présent projet d'article. Selon les principes juridiques de l'État, cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative.

#### *Article 6. Établissement de la compétence nationale*

1. Tout État prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées au projet d'article 5 dans les cas suivants :

a) quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous sa juridiction ou à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé dans cet État ;

b) quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État ou, si cet État le juge approprié, un apatride qui réside habituellement sur son territoire ;

c) quand la victime est un ressortissant dudit État si cet État le juge approprié.

2. Tout État prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées au projet d'article 5 dans les cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où il ne l'extrade ou ne le remet pas conformément au présent projet d'articles.

3. Le présent projet d'articles n'exclut l'exercice d'aucune compétence pénale établie par un État conformément à son droit interne.

*Article 7. Enquête*

Tout État veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des actes constitutifs de crimes contre l'humanité ont été commis ou sont en voie d'être commis sur tout territoire sous sa juridiction.

*Article 8. Mesures préliminaires lorsque l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur le territoire*

1. S'il estime que les circonstances le justifient, après avoir examiné les renseignements dont il dispose, tout État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction visée au projet d'article 5 assure la détention de cette personne ou prend toutes autres mesures juridiques nécessaires pour assurer sa présence. Cette détention et ces mesures doivent être conformes à la législation dudit État; elles ne peuvent être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition ou de remise.

2. Ledit État procède immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits.

3. Lorsqu'un État a mis une personne en détention préventive, conformément aux dispositions du présent projet d'article, il avise immédiatement de cette détention et des circonstances qui la justifient les États visés au paragraphe 1 du projet d'article 6. L'État qui procède à l'enquête préliminaire visée au paragraphe 2 du présent projet d'article en communique rapidement les conclusions auxdits États et leur indique s'il entend exercer sa compétence.

*Article 9. Aut dedere aut judicare*

L'État sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé de l'infraction se trouve soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il n'extrade ou ne remet pas cette personne à un autre État ou à une juridiction pénale internationale compétente. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute autre infraction ayant un caractère grave en vertu du droit de cet État.

*Article 10. Traitement équitable de l'auteur présumé de l'infraction*

1. Toute personne objet de mesures à raison de l'une des infractions visées au projet d'article 5 jouit de la garantie à tous les stades de la procédure d'un traitement équitable, y compris d'un procès équitable, et de la pleine protection des droits qu'elle tire du droit interne et du droit international applicables, y compris le droit des droits de l'homme.

2. Toute personne qui est incarcérée, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention dans un État autre que son État de nationalité est en droit :

a) de communiquer sans retard avec le plus proche représentant qualifié de l'État ou des États dont elle a la nationalité ou qui est autrement habilité à protéger les droits de ladite personne ou, s'il s'agit d'une personne apatride, de l'État qui est disposé, sur la demande de cette personne, à protéger ses droits;

b) de recevoir la visite d'un représentant de cet État ou de ces États; et

c) d'être informée sans retard des droits que lui confère le présent paragraphe.

3. Les droits visés au paragraphe 2 s'exercent dans le cadre des lois et règlements de l'État sur le territoire sous la juridiction duquel se trouve la personne, étant entendu que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du paragraphe 2.

## ANNEXE II

**Texte des projets d'article et du projet de préambule proposés dans le troisième rapport***Projet d'article 11. Extradition*

1. Chacune des infractions visées au projet d'article 5 est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États en tant qu'infraction dont l'auteur peut être extradé. Les États s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux.

2. Aux fins de l'extradition entre États, les infractions visées au projet d'article 5 ne sont pas considérées comme des infractions politiques, des infractions connexes à des infractions politiques ou des infractions inspirées par des mobiles politiques. En conséquence, une demande d'extradition fondée sur une telle infraction ne peut être refusée pour ce seul motif.

3. Si un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition émanant d'un État avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer le présent projet d'articles comme la base légale de l'extradition pour les infractions visées au projet d'article 5.

4. Un État qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité :

a) utilise le présent projet d'articles comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États, à moins qu'il n'informe du contraire le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation du présent projet d'articles ou d'adhésion à celui-ci ; et

b) s'il n'utilise pas le présent projet d'articles comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition, s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États afin d'appliquer le présent projet d'article.

5. Les États qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux aux infractions auxquelles le présent projet d'article s'applique le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé.

6. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extradier et aux motifs pour lesquels l'État requis peut refuser l'extradition.

7. Les États s'efforcent, sous réserve de leur droit interne, d'accélérer les procédures d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve y relatives en ce qui concerne les infractions visées au projet d'article 5.

8. Si nécessaire, les infractions visées au projet d'article 5 sont considérées, aux fins de l'extradition entre

États, comme ayant eu lieu non seulement à l'endroit où elles ont été commises mais aussi sur le territoire des États qui ont établi leur compétence conformément au projet d'article 6, paragraphe 1.

9. Lorsqu'un État, en vertu de son droit interne, n'est autorisé à extradier ou à remettre de toute autre manière l'un de ses ressortissants que si cette personne est ensuite renvoyée sur son territoire pour purger la peine prononcée à l'issue du procès ou de la procédure à l'origine de la demande d'extradition ou de remise, et lorsque cet État et l'État requérant s'accordent sur cette option et d'autres conditions qu'ils peuvent juger appropriées, cette extradition ou remise conditionnelle est suffisante aux fins de l'exécution de l'obligation énoncée au projet d'article 9.

10. Si l'extradition, demandée aux fins d'exécution d'une peine, est refusée parce que la personne faisant l'objet de cette demande est un ressortissant de l'État requis, celui-ci, si son droit interne le lui permet, en conformité avec les prescriptions de ce droit et à la demande de l'État requérant, envisage de faire exécuter lui-même la peine prononcée, ou le reliquat de cette peine, conformément au droit interne de l'État requérant.

11. Aucune disposition du présent projet d'articles ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.

12. Avant de refuser l'extradition, l'État requis consulte, s'il y a lieu, l'État requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations.

13. Les États s'efforcent de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité.

*Projet d'article 12. Non-refoulement*

1. Aucun État n'expulse, ne refoule, ne remet ni n'extrade une personne vers un territoire relevant de la juridiction d'un autre État s'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être victime d'un crime contre l'humanité.

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiennent compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, sur le territoire relevant de la juridiction de l'État concerné, d'un ensemble de violations systématiques graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire.

*Projet d'article 13. Entraide judiciaire*

## Coopération générale

1. Les États s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, des poursuites et des procédures judiciaires concernant les infractions visées au projet d'article 5 conformément au présent projet d'article.

2. L'entraide judiciaire la plus large possible est accordée, autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État requis le permettent, lors des enquêtes, des poursuites et des procédures judiciaires concernant les infractions dont une personne morale peut être tenue responsable dans l'État requérant, conformément au paragraphe 7 du projet d'article 5.

3. L'entraide judiciaire qui est accordée en application du présent projet d'article peut être demandée aux fins suivantes :

- a) recueillir des témoignages ou des dépositions ;
- b) signifier des actes judiciaires ;
- c) effectuer des perquisitions et des saisies ;
- d) examiner des objets et visiter des lieux ;
- e) fournir des informations, des pièces à conviction et des estimations d'experts ;
- f) fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et de dossiers pertinents ;
- g) identifier, localiser ou geler des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve ;
- h) faciliter la comparution volontaire de personnes dans l'État requérant ; ou
- i) fournir tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État requis.

4. Les États ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent projet d'article.

5. Les États envisagent, s'il y a lieu, la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent projet d'article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent.

## Communication d'informations sans demande préalable

6. Sans préjudice du droit interne, les autorités compétentes d'un État peuvent, sans demande préalable, communiquer des informations concernant des crimes contre l'humanité à une autorité compétente d'un autre État, si elles pensent que ces informations pourraient aider celle-ci à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes, des poursuites et des procédures judiciaires, ou amener ce dernier État à formuler une demande en vertu du présent projet d'articles.

7. La communication d'informations conformément au paragraphe 6 du présent projet d'article se fait sans préjudice des enquêtes, des poursuites et des procédures judiciaires dans l'État dont les autorités compétentes fournissent les informations. Les autorités compétentes qui reçoivent ces informations accèdent à toute demande tendant à ce que lesdites informations restent confidentielles, même temporairement, ou à ce que leur utilisation soit assortie de restrictions. Toutefois, cela n'empêche pas l'État qui reçoit les informations de révéler, lors de la procédure judiciaire, des informations à la décharge d'un prévenu. Dans ce dernier cas, l'État qui reçoit les informations avise l'État qui les communique avant la révélation, et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État qui reçoit les informations informe sans retard de la révélation l'État qui les communique.

## Relation avec les traités d'entraide judiciaire entre les États concernés

8. Les dispositions du présent projet d'article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire.

9. Les paragraphes 10 à 28 du présent projet d'article sont applicables aux demandes faites conformément au présent projet d'article si les États en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Si lesdits États sont liés par un tel traité, les dispositions de ce traité s'appliquent à leur place, à moins que les États ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions des paragraphes 10 à 28 du présent projet d'article. Les États sont vivement encouragés à appliquer ces paragraphes s'ils facilitent la coopération.

## Désignation d'une autorité centrale

10. Chaque État désigne une autorité centrale qui a la responsabilité et le pouvoir de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et soit de les exécuter, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution. Si un État a une région ou un territoire spécial doté d'un système d'entraide judiciaire différent, il peut désigner une autorité centrale distincte qui aura la même fonction pour ladite région ou ledit territoire. Si l'autorité centrale transmet la demande à une autorité compétente pour exécution, elle encourage l'exécution rapide et en bonne et due forme de la demande par l'autorité compétente. L'autorité centrale désignée à cette fin fait l'objet d'une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où chaque État dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation du présent projet d'articles ou d'adhésion à celui-ci. Les demandes d'entraide judiciaire et toute communication y relative sont transmises aux autorités centrales désignées par les États. La présente disposition s'entend sans préjudice du droit de tout État d'exiger que ces demandes et communications lui soient adressées par la voie diplomatique et, en cas d'urgence, si les États en conviennent, par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle, si cela est possible.

### Procédures de présentation des demandes

11. Les demandes sont adressées par écrit ou, si possible, par tout autre moyen pouvant produire un document écrit, dans une langue acceptable pour l'État requis, dans des conditions permettant audit État d'en établir l'authenticité. La ou les langues acceptables pour chaque État sont notifiées au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où ledit État dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation du présent projet d'articles ou d'adhésion à celui-ci. En cas d'urgence et si les États en conviennent, les demandes peuvent être faites oralement mais doivent être confirmées sans délai par écrit.

12. Une demande d'entraide judiciaire doit contenir les renseignements suivants :

*a)* la désignation de l'autorité dont émane la demande ;

*b)* l'objet et la nature de l'enquête, des poursuites ou de la procédure judiciaire auxquelles se rapporte la demande, ainsi que le nom et les fonctions de l'autorité qui en est chargée ;

*c)* un résumé des faits pertinents, sauf pour les demandes adressées aux fins de la signification d'actes judiciaires ;

*d)* une description de l'assistance requise et le détail de toute procédure particulière que l'État requérant souhaite voir appliquée ;

*e)* si possible, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée ; et

*f)* le but dans lequel le témoignage, les informations ou les mesures sont demandés.

13. L'État requis peut demander un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément au droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution.

### Réponse de l'État requis

14. Toute demande est exécutée conformément au droit interne de l'État requis et, dans la mesure où cela ne contrevient pas à la législation interne de l'État requis et lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande.

15. L'État requis exécute la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés par l'État requérant et qui sont motivés, de préférence dans la demande. L'État requis répond aux demandes raisonnables de l'État requérant concernant les progrès réalisés dans l'exécution de la demande. Quand l'entraide demandée n'est plus nécessaire, l'État requérant en informe promptement l'État requis.

16. L'entraide judiciaire peut être refusée :

*a)* si la demande n'est pas faite conformément aux dispositions du présent projet d'article ;

*b)* si l'État requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels ;

*c)* au cas où le droit interne de l'État requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une procédure judiciaire dans le cadre de sa propre compétence ;

*d)* au cas où il serait contraire au système juridique de l'État requis concernant l'entraide judiciaire d'accepter la demande.

17. Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé.

18. L'entraide judiciaire peut être différée par l'État requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours.

19. Avant de refuser une demande en vertu du paragraphe 16 du présent projet d'article ou d'en différer l'exécution en vertu du paragraphe 18, l'État requis étudie avec l'État requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières.

20. L'État requis :

*a)* fournit à l'État requérant copie des dossiers, des documents ou des renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public a accès ; et

*b)* peut, à son gré, fournir à l'État requérant, intégralement, en partie ou aux conditions qu'il estime appropriées, copie de tous dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public n'a pas accès.

### Utilisation de l'information par l'État requérant

21. L'État requérant ne communique ni n'utilise les informations ou les éléments de preuve fournis par l'État requis pour des enquêtes, des poursuites ou des procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État requis. Rien dans le présent paragraphe n'empêche l'État requérant de révéler, lors de la procédure, des informations ou des éléments de preuve à décharge. Dans ce cas, l'État requérant avise l'État requis avant la révélation et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État requérant informe sans retard l'État requis de la révélation.

22. L'État requérant peut exiger que l'État requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Si l'État requis ne peut satisfaire à cette exigence, il en informe sans délai l'État requérant.

## Déposition de personnes provenant de l'État requis

23. Sans préjudice de l'application du paragraphe 27 du présent projet d'article, un témoin, un expert ou une autre personne qui, à la demande de l'État requérant, consent à déposer au cours d'une procédure ou à collaborer à une enquête, à des poursuites ou à une procédure judiciaire sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant ne sera pas poursuivi, détenu, puni ni soumis à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur ce territoire en raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État requis. Cette immunité cesse lorsque le témoin, l'expert ou ladite personne ayant eu, pendant une période de quinze jours consécutifs ou toute autre période convenue par les États à compter de la date à laquelle il a été officiellement informé que sa présence n'était plus requise par les autorités judiciaires, la possibilité de quitter le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant, y est néanmoins demeuré volontairement ou, l'ayant quitté, y est revenu de son plein gré.

24. Lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, si une personne qui se trouve sur le territoire relevant de la juridiction d'un État doit être entendue comme témoin ou comme expert par les autorités judiciaires d'un autre État, le premier État peut, à la demande de l'autre, autoriser son audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'elle compare en personne sur le territoire relevant de la juridiction de l'État requérant. Les États peuvent convenir que l'audition sera conduite par une autorité judiciaire de l'État requérant et qu'une autorité judiciaire de l'État requis y assistera.

## Transfert de personnes détenues dans l'État requis à des fins de témoignage

25. Toute personne détenue ou purgeant une peine sur le territoire relevant de la juridiction d'un État, dont la présence est requise dans un autre État à des fins d'identification ou de témoignage ou pour qu'elle apporte de toute autre manière son concours à l'obtention de preuves dans le cadre d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires relatives aux infractions visées au projet d'article 5, peut faire l'objet d'un transfèrement si les conditions ci-après sont réunies :

a) ladite personne y consent librement et en toute connaissance de cause ; et

b) les autorités compétentes des deux États concernés y consentent, sous réserve des conditions que ces États peuvent juger appropriées.

26. Aux fins du paragraphe 25 du présent projet d'article :

a) L'État vers lequel la personne est transférée a le pouvoir et l'obligation de la garder en détention, sauf demande ou autorisation contraire de la part de l'État à partir duquel elle a été transférée ;

b) L'État vers lequel la personne est transférée s'acquitte sans retard de l'obligation de la remettre à la garde

de l'État à partir duquel elle a été transférée, conformément à ce qui aura été convenu au préalable ou autrement décidé par les autorités compétentes des deux États ;

c) L'État vers lequel la personne est transférée ne peut exiger de l'État à partir duquel elle a été transférée qu'il engage une procédure d'extradition pour qu'elle lui soit remise ; et

d) Il est tenu compte de la période que la personne a passée en détention dans l'État vers lequel elle a été transférée aux fins du décompte de la peine à purger dans l'État à partir duquel elle a été transférée.

27. À moins que l'État à partir duquel une personne doit être transférée en vertu des paragraphes 25 et 26 du présent projet d'article ne donne son accord, ladite personne, quelle que soit sa nationalité, n'est pas poursuivie, détenue, punie ni soumise à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur le territoire relevant de la juridiction de l'État vers lequel elle est transférée en raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire relevant de la juridiction de l'État à partir duquel elle a été transférée.

## Frais

28. Les frais ordinaires encourus pour l'exécution d'une demande sont à la charge de l'État requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États concernés. Lorsque des dépenses importantes ou extraordinaires sont ou se révèlent ultérieurement nécessaires pour exécuter la demande, les États se consultent pour fixer les conditions selon lesquelles la demande sera exécutée, ainsi que la manière dont les frais seront assumés.

*Projet d'article 14. Victimes, témoins et autres personnes*

1. Chaque État prend les mesures nécessaires pour :

a) garantir à quiconque allègue qu'une personne a été victime d'un crime contre l'humanité le droit de déposer plainte auprès des autorités compétentes ; et

b) veiller à ce que les plaignants et les témoins, leurs proches et représentants, et toute autre personne participant à une enquête, à des poursuites ou à une procédure d'extradition ou autre procédure concernant un acte visé par le présent projet d'articles soient protégés contre tout mauvais traitement ou acte d'intimidation résultant du dépôt d'une plainte, de la communication d'informations ou d'un témoignage, sans préjudice des droits de l'auteur présumé du crime énoncés au projet d'article 10.

2. Chaque État fait en sorte que les avis et préoccupations des victimes d'un crime contre l'humanité puissent être présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs présumés du crime, dans le respect de son droit interne et sans préjudice des droits énoncés au projet d'article 10.

3. Chaque État prend les mesures qui s'imposent pour que son droit interne garantisse aux victimes d'un

crime contre l'humanité le droit d'obtenir réparation, à titre individuel ou collectif, sous une ou plusieurs des formes suivantes : restitution ; indemnisation ; réadaptation ; satisfaction ; garanties de non-répétition.

*Projet d'article 15. Relations avec les juridictions pénales internationales compétentes*

En cas de conflit entre les droits ou les obligations d'un État au titre du présent projet d'articles et ses droits ou ses obligations au titre de l'instrument constitutif d'une juridiction pénale internationale compétente, ce dernier prévaudra.

*Projet d'article 16. Obligations des États fédéraux*

Les dispositions du présent projet d'articles s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédéraux.

*Projet d'article 17. Règlement des différends interétatiques*

1. Les États s'efforcent de régler les différends concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles par voie de négociation.

2. Tout différend entre deux États ou plus concernant l'interprétation ou l'application du présent projet d'articles qui ne peut être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est, à la demande de l'un de ces États, soumis à l'arbitrage. Si, dans un délai de six mois à compter de la date de la demande d'arbitrage, ces États ne parviennent pas à s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage, l'un quelconque d'entre eux peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice en déposant une requête conformément au Statut de la Cour.

3. Chaque État peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation du présent projet d'articles ou de l'adhésion à celui-ci, déclarer qu'il ne s'estime pas lié par le paragraphe 2 du présent projet d'article. Les autres États ne sont pas liés par le

paragraphe 2 du présent projet d'article envers tout État ayant fait une telle déclaration.

4. Tout État ayant fait une déclaration en application du paragraphe 3 du présent projet d'article peut la retirer à tout moment.

*Projet de préambule*

*Ayant à l'esprit* que tout au long de l'histoire, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes de crimes qui heurtent profondément la conscience humaine,

*Reconnaissant* que de tels crimes contre l'humanité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,

*Affirmant* que les crimes contre l'humanité, qui sont parmi les crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale, ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale,

*Déterminés* à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes,

*Rappelant* qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction pénale les responsables de crimes internationaux,

*Réaffirmant* les buts et principes de la Charte des Nations Unies et, en particulier, que tous les États doivent s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies,

*Soulignant* à cet égard que rien dans le présent projet d'articles ne peut être interprété comme autorisant un État à intervenir dans un conflit armé ou dans les affaires intérieures d'un autre État.

## *JUS COGENS*

[Point 7 de l'ordre du jour]

Document A/CN.4/706

### **Deuxième rapport sur le *jus cogens*, par M. Dire D. Tladi, Rapporteur spécial\***

[Original: anglais]  
[16 mars 2017]

#### **TABLE DES MATIÈRES**

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	154
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	154
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-3 156
<i>Chapitres</i>	
I. EXAMEN ANTÉRIEUR DU SUJET.....	4-30 156
A. Débat à la Commission.....	4-9 156
B. Débat à la Sixième Commission.....	10-15 157
C. Questions découlant des débats.....	16-30 158
1. Valeurs fondamentales.....	20-22 159
2. Supériorité hiérarchique.....	23-27 161
3. Application universelle.....	28-30 162
II. CRITÈRES DU <i>JUS COGENS</i> .....	31-89 162
A. Généralités.....	31-39 162
B. Premier critère : une norme du droit international général.....	40-59 164
C. Second critère : reconnaissance et acceptation.....	60-89 170
III. PROPOSITIONS.....	90-91 178
A. Intitulé du sujet.....	90 178
B. Projets de conclusion.....	91 178
Projet de conclusion 4. Critères du <i>jus cogens</i> .....	178
Projet de conclusion 5. Les normes du <i>jus cogens</i> en tant que normes du droit international général.....	178
Projet de conclusion 6. L'acceptation et la reconnaissance en tant que critère d'identification du <i>jus cogens</i> .....	178
Projet de conclusion 7. Communauté internationale des États dans son ensemble.....	179
Projet de conclusion 8. Acceptation et reconnaissance.....	179
Projet de conclusion 9. Preuves de l'acceptation et de la reconnaissance.....	179
IV. PROGRAMME DE TRAVAIL FUTUR.....	92-94 179

\* Le Rapporteur spécial tient à remercier Aldana Rohr (Université de Buenos Aires) et Juan Pablo Pérez-León-Acevedo (Université d'Oslo, PluriCourts).



## 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 (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, n° 970 à 973, p. 31.
Traité de garantie (Nicosie, 16 août 1960)	Ibid., vol. 382, n° 5475, p. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » (San José, 22 novembre 1969)	Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.

## Ouvrages cités dans le présent rapport

- ALEXIDZE, Levan  
«The legal nature of *jus cogens* in contemporary international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1981-III*, vol. 172, p. 219 à 270.
- BARTSCH, Kerstin, et Björn ELBERLING  
«*Jus cogens* vs. State immunity, round two: the decision of the European Court of Human Rights in the *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany* decision», *German Law Journal*, vol. 4 (2003), p. 477 à 491.
- BASSIOUNI, M. Cherif  
«International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*», *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), p. 63 à 74.  
«Crimes against humanity», dans Roy Gutman, David Rieff et Anthony Dworkin, dir. publ., *Crimes of War: What the Public Should Know*, 2<sup>e</sup> éd. rév., New York, Norton, 2007, p. 135 et 136.
- BIANCHI, Andrea  
«Human rights and the magic of *jus cogens*», *EJIL*, vol. 19 (2008), p. 491 à 508.
- CAHIN, Gérard  
*La coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto  
«*Jus cogens*: The determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law», *Curso de Derecho Internacional*, vol. 35 (2008), p. 3 à 29.  
*International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010.
- CASSESE, Antonio  
*International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2005.  
«For an enhanced role of *jus cogens*», dans Antonio Cassese, dir. publ., *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 158 à 171.
- CHRISTENSON, Gordon A.  
«*Jus cogens*: guarding interests fundamental to international society», *Virginia Journal of International Law*, vol. 28 (1988), p. 585 à 648.
- CHRISTÓFOLO, João Ernesto  
*Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, Zurich, Schulthess, 2016.
- CONKLIN, William  
«The peremptory norms of the international community», *EJIL*, vol. 23 (2012), p. 837 à 861.
- COSTELLO, Cathryn, et Michelle FOSTER  
«Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 273 à 327.
- COSTELLOE, Daniel  
«Legal consequences of peremptory norms in international law», thèse de doctorat, Université de Cambridge, 2013.
- CRIDDLE, Evan, et Evan FOX-DECENT  
«A fiduciary theory of *jus cogens*», *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009), p. 331 à 388.
- DAJANI, Omar M.  
«Contractualism in the law of treaties», *Michigan Journal of International Law*, vol. 34 (2012), p. 1 à 85.
- DANILENKO, Gennady  
«International *jus cogens*: issues of law-making», *EJIL*, vol. 2 (1991), p. 42 à 65.  
*Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- DE WET, Erika  
«*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», dans Dinah Shelton, dir. publ., *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 541 à 561.
- DEN HEIJER, Maarten, et Harmen VAN DER WILT  
«*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 3 à 21.
- DUBOIS, Dan  
«The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?», *Nordic Journal of International Law*, vol. 78 (2009), p. 133 à 175.

- DUPUY, Pierre-Marie, et Yann KERBRAT  
*Droit international public*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2014.
- FROWEIN, Jochen  
 «*Jus cogens*», dans Rüdiger Wolfrum, dir. publ., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 443 à 446.
- GAJA, Giorgio  
 «*Jus cogens* beyond the Vienna Convention», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1981-III*, vol. 172, p. 271 à 316.
- GALLANT, Kenneth S.  
*The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, New York, Cambridge University Press, 2009.
- GREEN, James A.  
 «Questioning the preemptory status of the prohibition of the use of force», *Michigan Journal of International Law*, vol. 32 (2011), p. 215 à 258.
- HAMEED, Asif  
 «Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law», *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), p. 52 à 102.
- HANNIKAINEN, Lauri  
*Peremptory Norms (Jus cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988.
- JANIS, Mark  
 «The nature of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3 (1988), p. 359 à 363.
- KADELBACH, Stefan  
 «Genesis, function and identification of *jus cogens* norms», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 147 à 172.
- KARAKULIAN, E. A.  
 «The idea of the international community in the history of international law», *Jus Gentium: Journal of International Legal History*, vol. 2 (2016), p. 581 à 590.
- KLEINLEIN, Thomas  
 «*Jus cogens* as the "highest law"? Preemptory norms and legal hierarchies», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 173 à 210.
- KNUCHEL, Sévrine  
*Jus cogens: Identification and Enforcement of Preemptory Norms*, Zurich, Schulthess, 2015.
- KOLB, Robert  
*Preemptory International Law: Jus cogens – A General Inventory*, Oxford, Hart, 2015.
- LINDERFALK, Ulf  
 «The effect of *jus cogens* norms: Whoever opened Pandora's box, did you ever think about the consequences?», *EJIL*, vol. 18 (2007), p. 853 à 871.  
 «The creation of *jus cogens* – making sense of Article 53 of the Vienna Convention», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [Heidelberg Journal of International Law]*, vol. 71 (2011) p. 359 à 378.  
 «Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 51 à 84.
- MAGALLONA, Merlin M.  
 «The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of the Treaties», *Philippine Law Journal*, vol. 51 (1976), p. 521 à 542.
- MOIR, Lindsay  
*The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- NIETO-NAVIA, Rafael  
 «International preemptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law», dans Lal Chand Vorah *et al.*, dir. publ., *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, p. 595 à 640.
- ORAKHELASHVILI, Alexander  
*Preemptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.  
 «Audience and authority – the merit of the doctrine of *jus cogens*», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 115 à 145.
- PARKER, Karen, et Lyn Beth NEYLON  
 «*Jus cogens*: compelling the law of human rights», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12 (1988-1989), p. 411 à 464.
- PAUST, Jordan  
 «The reality of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7 (1991-1992), p. 81 à 86.
- PELLET, Alain  
 «The normative dilemma: will and consent in international law-making», *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1992), p. 22 à 53.
- RANDALL, Kenneth C.  
 «Universal jurisdiction under international law», *Texas Law Review*, vol. 66 (1988), p. 785 à 841.
- RIVIER, Raphaële  
*Droit international public*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 2013.
- ROHR, Aldana  
*La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, Buenos Aires, SGN Editora, 2015.
- ROZAKIS, Christos L.  
*The Concept of Jus cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976.
- SANTALLA VARGAS, Elizabeth  
 «In quest of the practical value of *jus cogens* norms», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 211 à 239.
- SAUL, Matthew  
 «Identifying *jus cogens* norms: the interaction of scholars and international judges», *Asian Journal of International Law*, vol. 5 (2015), p. 26 à 54.
- SHELTON, Dinah  
 «Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*», dans Maarten den Heijer et Harmen van der Wilt, dir. publ., *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46, *Jus cogens: Quo Vadis?*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2016, p. 23 à 50.

TOMUSCHAT, Christian

«The Security Council and *jus cogens*», dans Enzo Cannizzaro, dir. publ., *The Present and Future of Jus cogens*, Rome, Sapienza, 2015, p. 7 à 98.

TUNKIN, Grigory

«*Jus cogens* in contemporary international law», *University of Toledo Law Review*, vol. 3 (1971), p. 107 à 118.

«Is general international law customary law only?», *EJIL*, vol. 4 (1993), p. 534 à 541.

VERDROSS, Alfred

«*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law», *American Journal of International Law*, vol. 60 (1966), p. 55 à 63.

VIDMAR, Jure

«Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?», dans Erika de Wet et Jure Vidmar, dir. publ., *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 13 à 41.

WEATHERALL, Thomas

*Jus cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

WHITEMAN, Marjorie M.

«*Jus cogens* in international law, with a projected list», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (1977), p. 609 à 628.

## Introduction

1. À sa soixante-sixième session, en 2014, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet «*Jus cogens*» à son programme de travail à long terme<sup>1</sup>. À sa soixante-neuvième session, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission<sup>2</sup>. À sa soixante-septième session, en 2015, la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son ordre du jour et de nommer un rapporteur spécial. À sa soixante-dixième session, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son ordre du jour et de nommer un rapporteur spécial<sup>3</sup>.

2. À sa soixante-huitième session, la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial et décidé de renvoyer deux projets de conclusion au Comité de rédaction<sup>4</sup>.

3. Le premier rapport du Rapporteur spécial portait sur des questions conceptuelles. Le Rapporteur spécial y proposait que son deuxième rapport soit consacré aux critères d'identification du *jus cogens*, et cette proposition a été généralement acceptée par la Commission. L'objet du présent rapport est d'examiner les critères d'identification du *jus cogens*. Comme la Commission a fait reposer l'examen du sujet sur la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), le présent rapport prendra la Convention comme point de départ pour définir ces critères.

<sup>1</sup> Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 175, par. 268, et annexe.

<sup>2</sup> Voir la résolution 69/118 de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 2014, par. 8.

<sup>3</sup> Voir la résolution 70/236 de l'Assemblée générale, en date du 23 décembre 2015.

<sup>4</sup> Voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/693. Concernant la décision de renvoyer deux projets de conclusion au Comité de rédaction, voir *Annuaire... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 191, par. 100.

## CHAPITRE I

### Examen antérieur du sujet

#### A. Débat à la Commission

4. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial proposait trois projets de conclusion. Le projet de conclusion 1 définissait la portée générale du sujet<sup>5</sup>. Le projet de conclusion 2 indiquait que le *jus cogens* était une exception à la règle générale selon laquelle les règles du droit international relèvent du *jus dispositivum*<sup>6</sup>. Le projet de conclusion 3

énonçait les caractéristiques générales du *jus cogens*<sup>7</sup>. Le premier rapport traitait également de diverses questions

<sup>5</sup> Le projet de conclusion 1 proposé par le Rapporteur spécial [voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/693, p. 508, par. 74] était libellé comme suit : «Le présent projet de conclusions concerne la manière dont les règles du *jus cogens* doivent être identifiées, et les conséquences juridiques découlant de ces règles.» Le Comité de rédaction a adopté le projet de conclusion suivant : «Le présent projet de conclusions concerne l'identification et les effets juridiques des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).» Voir la déclaration du Président du Comité de rédaction, *Jus cogens*, 9 août 2016 (disponible à l'adresse <https://legal.un.org/ilc/sessions/68/>, sous «*Jus cogens*»).

<sup>6</sup> Le projet de conclusion 2 proposé par le Rapporteur spécial [voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/693, p. 508, par. 74] était libellé comme suit :

«1. Les règles du droit international peuvent être modifiées, faire l'objet de dérogations ou être abrogées par voie d'accord entre les États auxquels elles sont applicables à moins qu'elles n'interdisent une telle modification, dérogation ou abrogation (*jus dispositivum*). La modification, dérogation ou abrogation peut résulter d'un traité, du droit international coutumier ou d'un autre accord.

«2. Les normes impératives du droit international général, qui ne peuvent être modifiées ou abrogées et auxquelles on ne peut déroger que par des règles de même caractère, constituent une exception à la règle énoncée au paragraphe 1.»

<sup>7</sup> Le projet de conclusion 3 proposé par le Rapporteur spécial (ibid.) était libellé comme suit :

«1. Les normes impératives du droit international (*jus cogens*) sont les normes du droit international général acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble comme des normes qui ne peuvent être ni modifiées ni abrogées et auxquelles aucune dérogation n'est permise.

«2. Les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont universellement applicables.»

méthodologiques, notamment celle de savoir si la Commission devait, dans le cadre de l'examen du sujet, établir une liste indicative de normes ayant acquis le statut de *jus cogens*. Ce rapport faisait en outre l'historique du *jus cogens* et en exposait les fondements théoriques.

5. Le premier rapport a généralement été bien accueilli par les membres de la Commission. Certains d'entre eux ont toutefois critiqué telle ou telle conclusion et les méthodes utilisées pour y parvenir. Il est inutile de résumer tous les aspects du débat, dont il est bien rendu compte dans le rapport de la Commission<sup>8</sup>. Certaines des questions soulevées pendant ce débat influenceront toutefois sur les travaux futurs de la Commission sur le sujet. Ce sont ces questions qui sont brièvement évoquées dans la section C du présent chapitre. La première de ces questions concerne l'intitulé du sujet. Plusieurs membres ont souligné que l'intitulé «*jus cogens*» ne rendait pas exactement compte de l'essence du sujet<sup>9</sup>. On a fait observer qu'il existait en droit interne des normes de *jus cogens* qui ne relevaient pas du sujet et qu'intituler le sujet *jus cogens* risquait de donner l'impression que la Commission examinait également ces normes. Pour certains membres, il convenait de reprendre l'intitulé utilisé dans la Convention de Vienne de 1969, à savoir «Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)»<sup>10</sup>. D'autres membres ont proposé d'intituler le sujet «Normes impératives (*jus cogens*) du droit international général», mais la majorité s'est déclarée favorable à l'intitulé «Normes impératives du droit international général (*jus cogens*)». Bien que certains membres aient dit douter que le sujet, tel qu'il est actuellement formulé, porte sur d'autres domaines que les traités, la plupart des membres sont convenus que le sujet englobait (et devait englober) des domaines du droit international relevant du *jus cogens* autres que le droit conventionnel.

6. Le débat sur le premier rapport a porté essentiellement sur les projets de conclusion élaborés par le Rapporteur spécial. Le projet de conclusion 1 a recueilli l'appui général, même si certains membres ont proposé qu'il indique expressément que le droit de la responsabilité de l'État serait envisagé. Le projet de conclusion 2 a été presque universellement critiqué, seuls quelques membres de la Commission l'ayant appuyé<sup>11</sup>. Devant ces critiques, le Rapporteur spécial a décidé de retirer le projet de conclusion 2 qu'il proposait, étant entendu que le paragraphe 2 de celui-ci serait incorporé dans les définitions figurant dans le projet de conclusion 3.

7. C'est au sujet du projet de conclusion 3 que les plus larges divergences de vues se sont manifestées. Si des propositions tendant à en remanier le paragraphe 1 ont été formulées, sa teneur n'a pas fait l'objet de désaccords sérieux. Le paragraphe 2 a toutefois fait l'objet d'un débat animé. La plupart des membres de la Commission intervenus sur le sujet en ont appuyé la teneur<sup>12</sup>. Quelques

membres en ont critiqué la teneur, faisant valoir qu'il n'était pas établi en droit international que les normes du *jus cogens* «protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international et sont universellement applicables<sup>13</sup>». Quelques membres ont approuvé la teneur du paragraphe 2, mais estimé que le premier rapport n'était pas suffisamment les caractéristiques fondamentales qui y étaient identifiées.

8. Enfin, a également retenu l'attention de la Commission la question de savoir si celle-ci devait dresser une liste indicative dans le cadre de l'examen du sujet. Les avis étaient également partagés au sein de la Commission, certains membres faisant valoir que la Commission devait établir une telle liste, comme le prévoyait le plan d'étude, d'autres étant d'avis contraire<sup>14</sup>. Le Rapporteur spécial examinera les opinions ainsi exprimées avec celles des États et fera une recommandation à la Commission le moment venu.

9. Sur la base de son débat, la Commission a décidé de renvoyer les projets de conclusions 1 et 3 au Comité de rédaction.

## B. Débat à la Sixième Commission

10. De nombreuses délégations se sont félicitées de l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission. Elles ont également, en règle générale, bien accueilli l'examen initial du sujet par la Commission ainsi que le premier rapport du Rapporteur spécial. Quelques délégations ont continué d'exprimer des réserves quant à la décision de la Commission d'étudier le sujet. La France a particulièrement critiqué l'approche adoptée par le Rapporteur spécial, faisant valoir que celle-ci ne tenait pas dûment compte de la pratique et de l'opinion des États et constituait plutôt «une approche excessivement théorique, voire idéologique» du *jus cogens*<sup>15</sup>. Toujours sur la question de la pratique et de l'opinion des États, la France a affirmé dans sa déclaration que le Rapporteur spécial, «[e]n dépit des réserves bien connues de [la France] [...] conclut que la France n'est pas un objecteur persistant<sup>16</sup>».

11. L'idée d'intituler le sujet «Normes impératives du droit international (*jus cogens*)» a été appuyée par au moins une délégation, et aucune délégation ne s'y est opposée<sup>17</sup>. En ce qui concerne la portée du sujet, des délégations ont exprimé des opinions divergentes. Certaines

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid., p. 196 et suiv., par. 116 à 118.

<sup>15</sup> A/C.6/71/SR.20, par. 77.

<sup>16</sup> Voir la déclaration écrite de la France (disponible auprès du Rapporteur spécial) : «Dans son rapport, M. Tladi est particulièrement intéressé par la position française. En dépit des réserves bien connues de mon pays en ce qui concerne la notion de *jus cogens*, il conclut que la France n'est pas un objecteur persistant [...] et que la France l'a accepté dans son principe. Il ne tient toutefois pas compte des réserves exprimées au sujet de ce concept par les délégations françaises, en particulier ces dernières années». Voir aussi A/C.6/71/SR.20, par. 78.

<sup>17</sup> Voir Autriche, A/C.6/71/SR.25, par. 87 («il serait préférable d'utiliser l'expression "normes impératives du droit international (*jus cogens*)"»). Bien que l'Autriche se soit déclarée préoccupée par le libellé du paragraphe 1 du projet de conclusion 3, elle a appuyé l'idée que c'étaient les «normes impératives du droit international (*jus cogens*)» qui devaient être visées.

<sup>8</sup> Ibid., vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 192 et suiv., par. 112 à 129.

<sup>9</sup> Voir, par exemple, ibid., vol. I, 3317<sup>e</sup> séance, p. 251, par. 41 (M. Candiotti).

<sup>10</sup> Ibid., par. 41 et 42.

<sup>11</sup> Ibid., vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 194, par. 124. Pour l'appui à la teneur du projet de conclusion 2, voir ibid., vol. I, 3314<sup>e</sup> séance, p. 217, par. 34 (M. Caffisch).

<sup>12</sup> Pour un résumé du débat sur le projet de conclusion 3, voir ibid., vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 195, par. 125 à 127.

estimaient que la Commission devait limiter son examen du *jus cogens* au droit conventionnel<sup>18</sup>. La plupart des délégations ayant évoqué cette question ont toutefois estimé que la portée du sujet devait être large et ne pas se limiter au droit conventionnel<sup>19</sup>.

12. Certaines délégations se sont dites préoccupées au sujet de l'existence et de la disponibilité d'une pratique. Les États-Unis d'Amérique, par exemple, étaient préoccupés par le fait que, sur le plan méthodologique, la pratique internationale était limitée et qu'il risquait donc d'être difficile de tirer des conclusions valables<sup>20</sup>. Les Pays-Bas ont été plus directs, déclarant que la grande majorité des sources citées par le Rapporteur spécial dans son premier rapport pourrait être considérée comme « doctrine »<sup>21</sup>, et que le premier rapport n'indiquait pas comment les États traitaient de la notion de *jus cogens*, soulignant que, quel que soit le résultat des travaux de la Commission, ils devraient tenir compte de la pratique des États et s'en inspirer<sup>22</sup>.

13. Comme à la Commission du droit international, le débat à la Sixième Commission a été axé sur les projets de conclusion. D'une manière générale, les délégations les ont appuyés, bien que le projet de conclusion 2 ait suscité des appels à la prudence et des critiques<sup>23</sup>. De même, comme à la Commission du droit international, différentes opinions ont été exprimées au sujet du paragraphe 2 du projet de conclusion 3. On se souviendra que ce dernier recense trois caractéristiques des normes du *jus cogens*, à savoir qu'elles sont hiérarchiquement supérieures aux autres normes, qu'elles sont universellement applicables et qu'elles reflètent les valeurs de la communauté internationale. Certains États ont rejeté ces éléments<sup>24</sup>, d'autres y ont souscrit<sup>25</sup>. D'autres

<sup>18</sup> Voir France, A/C.6/71/SR.20, par. 77.

<sup>19</sup> Voir, par exemple, Chypre, A/C.6/71/SR.22, par. 55; République de Corée, A/C.6/71/SR.24, par. 86; Grèce, A/C.6/71/SR.25, par. 39; Portugal, *ibid.*, par. 95 et 96 (voir également la déclaration écrite, disponible auprès du Rapporteur spécial); et Fédération de Russie, *ibid.*, par. 67.

<sup>20</sup> États-Unis, A/C.6/71/SR.26, par. 125.

<sup>21</sup> Pays-Bas, *ibid.*, par. 43.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> La Grèce a critiqué ce projet de conclusion (voir A/C.6/71/SR.25, par. 41). Les États ci-après, sans exprimer de critiques, ont appelé à la prudence : Roumanie, *ibid.*, par. 79; Espagne, A/C.6/71/SR.26, par. 12 (« L'Espagne n'est pas totalement convaincue que le projet de conclusion 2 devrait faire allusion aux normes du *jus dispositivum* [...] en droit international »); et Malaisie, *ibid.*, par. 76. L'Autriche a approuvé le projet de conclusion 2, convenant qu'il fallait distinguer d'emblée entre *jus dispositivum* et *jus cogens* (A/C.6/71/SR.25, par. 87).

<sup>24</sup> Les États qui se sont opposés aux caractéristiques recensées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 étaient la Chine (A/C.6/71/SR.24, par. 89, selon laquelle ces caractéristiques s'écartaient de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969) et les États-Unis (A/C.6/71/SR.26, par. 126).

<sup>25</sup> Les États ayant appuyé les caractéristiques énoncées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 étaient les suivants : Brésil, A/C.6/71/SR.26, par. 91; République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 72 (« Les normes du *jus cogens* sont des exceptions aux autres normes du droit international. Elles protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale et sont universellement applicables »); El Salvador, A/C.6/71/SR.25, par. 62; Slovaquie, A/C.6/71/SR.26, par. 114 (« la délégation slovène prend note de l'examen approfondi des caractéristiques inhérentes aux normes impératives et souscrit à l'affirmation selon laquelle les normes du *jus cogens* ont un caractère spécial et exceptionnel, ce qui reflète les valeurs communes et générales » appelant une adhésion universelle); et Afrique du Sud, *ibid.*, par. 87 (« [l'Afrique du Sud] est d'avis que la Commission ne soit pas parvenue à s'entendre sur des caractéristiques que l'Afrique du Sud juge élémentaires et indiscutables. Il est généralement admis que les normes du

encore n'ont commenté que certains des éléments du projet de conclusion<sup>26</sup>.

14. S'il est clair que la majorité des États qui se sont exprimés sur le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 en ont approuvé la teneur, il convient de s'arrêter sur les critiques exprimées à l'encontre des éléments qu'il énonce. Pour la Chine, le problème était qu'ils « s'écartent à l'évidence des éléments fondamentaux du *jus cogens* définis à l'article 53 de la Convention de Vienne<sup>27</sup> ». Les éléments énoncés dans ce paragraphe ajoutaient de son point de vue de nouveaux éléments fondamentaux ou conditions<sup>28</sup>. En ce qui concerne la supériorité hiérarchique, la Chine se demandait si cette « nouvelle » caractéristique impliquait que le *jus cogens* devait prévaloir sur la Charte des Nations Unies, alors que l'Article 103 de la Charte dispose que les obligations énoncées dans celle-ci prévalent sur les autres obligations<sup>29</sup>. Les États-Unis craignaient quant à eux qu'en retenant les caractéristiques exposées au paragraphe 2, en particulier l'idée que les normes du *jus cogens* sont universellement applicables et reflètent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, on ouvre la voie à des tentatives de faire découler ces caractéristiques de principes de droit naturel vagues et contestables, sans considération pour leur acceptation et leur reconnaissance effectives par les États<sup>30</sup>.

15. Un dernier point a été évoqué lors du débat à la Sixième Commission qui mérite d'être mentionné. La délégation turque s'est élevée contre l'invocation dans le premier rapport du Traité de garantie<sup>31</sup> et l'indication que certains États y voyaient un exemple d'application du *jus cogens*<sup>32</sup>. Cette préoccupation offre au Rapporteur spécial l'occasion d'expliquer que tous les exemples donnés dans les premier et deuxième rapports, ainsi que dans tout rapport futur, ne le sont qu'en tant qu'exemples de la pratique, sans préjudice de la qualité de celle-ci ou de la validité des opinions qu'elle implique. La Commission ne saurait en effet s'interdire d'invoquer telle ou telle pratique parce que celle-ci est contestée par des États.

### C. Questions découlant des débats

16. Il est peut-être utile de commencer par les observations concernant la nécessité de s'appuyer sur la pratique. L'opinion du Rapporteur spécial est reflétée dans

*jus cogens* sont universellement contraignantes, reflètent des valeurs et des intérêts fondamentaux et sont hiérarchiquement supérieures »).

<sup>26</sup> Chypre a appuyé la caractéristique relative à la « supériorité hiérarchique » (A/C.6/71/SR.22, par. 56), alors que l'Espagne a mis en doute cette notion (A/C.6/71/SR.26, par. 12). L'Islande, parlant au nom des pays nordiques, a contesté la nécessité de mentionner « les valeurs fondamentales de la communauté internationale » (A/C.6/71/SR.24, par. 63), tandis que la Slovaquie a appuyé l'idée que le *jus cogens* reflétait les « valeurs fondamentales de la communauté internationale » (A/C.6/71/SR.26, par. 147). La République islamique d'Iran a appuyé l'idée que les normes du *jus cogens* étaient universellement applicables (*ibid.*, par. 122).

<sup>27</sup> A/C.6/71/SR.24, par. 89.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 90.

<sup>30</sup> A/C.6/71/SR.26, par. 126.

<sup>31</sup> Voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/693, p. 495, par. 39 (« En 1964, par exemple, Chypre, se fondant sur la notion de normes impératives, contestait la validité du Traité de garantie de 1960 entre Chypre, le Royaume-Uni, la Grèce et la Turquie »).

<sup>32</sup> Turquie, A/C.6/71/SR.29, par. 68.

son premier rapport, dans lequel il déclare que «[l]a Commission étudie en effet habituellement les sujets dont elle est saisie en procédant à une analyse approfondie de la pratique des États sous toutes ses formes, de la jurisprudence, de la doctrine et de tout autre élément pertinent<sup>33</sup>». De fait, cette opinion a été soulignée durant le débat à la Sixième Commission<sup>34</sup>. Le Rapporteur spécial est persuadé que, dans ses premier et deuxième rapports, il est demeuré fidèle à cette approche.

17. Si, comme l'ont souligné les Pays-Bas dans leur déclaration<sup>35</sup>, il y a davantage de «doctrine» que de pratique, il est également vrai qu'il n'y a aucune des conclusions proposées dans le premier rapport ou le présent rapport qui ne soit fondée sur la pratique. Lorsqu'il a résumé le débat de la Commission, le Rapporteur spécial a indiqué (exemples à l'appui) que la Commission avait, sur d'autres sujets, adopté de nombreux textes sur la base d'une pratique beaucoup moins abondante que celle citée à l'appui du paragraphe 2 du projet de conclusion<sup>36</sup>. Cette pratique a été rigoureusement analysée et évaluée. Certes, comme l'a noté la France, la pratique de la France est d'un intérêt particulier pour le Rapporteur spécial, parce que la France est connue pour s'être opposée à l'idée même du *jus cogens*. Pourtant, la pratique effective de la France, attestée par ses propres déclarations, montre qu'il n'en est rien. Il ne s'agit pas de savoir si la France est ou n'est pas un objecteur persistant, et aucune conclusion à cet égard ne figure dans le premier rapport. Tout ce que souligne celui-ci en ce qui concerne la France est le fait bien documenté que, lors de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, la France ne s'est pas opposée à la notion de *jus cogens*; ses objections ne concernaient que le manque de clarté quant à la manière dont elle serait appliquée et la possibilité d'abus en la matière.

18. En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet de conclusion 3, il importe de rappeler que, contrairement à ce que déclare le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, ce paragraphe a bien été renvoyé au Comité de rédaction par la Commission et que son texte a recueilli un large appui tant au sein de la Commission que lors du débat à la Sixième Commission. En ce qui concerne sa teneur, il convient pour commencer de se pencher sur la préoccupation exprimée par les États-Unis. Comme il l'indique dans son premier rapport, le Rapporteur spécial n'entend pas résoudre la controverse opposant l'école jusnaturaliste à l'école positiviste ni adopter une approche plutôt qu'une autre. Les caractéristiques énumérées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3 ne doivent pas être considérées comme visant à donner subrepticement une inflexion jusnaturaliste aux travaux de la Commission.

<sup>33</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/693, p. 487, par. 14. Voir également *ibid.*, p. 497, par. 45 («Ce qui est important aux fins des travaux de la Commission est de savoir si le *jus cogens* trouve un appui dans la pratique des États et la jurisprudence des juridictions nationales et internationales – qui constituent l'ordinaire des travaux de la Commission. Les opinions doctrinales aident à comprendre la pratique et peuvent permettre de la systématiser, mais c'est la pratique des États et la jurisprudence qui doivent guider la Commission»).

<sup>34</sup> Voir République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 72 (les travaux de la Commission sur le sujet «doivent reposer sur la pratique des États et la jurisprudence, complétées par la doctrine»). Voir également Irlande, A/C.6/71/SR.27, par. 18.

<sup>35</sup> Voir A/C.6/71/SR.26, par. 43.

<sup>36</sup> Voir *Annuaire... 2016*, vol. I, 3323<sup>e</sup> séance, p. 312 à 318, par. 46 à 81 (Rapporteur spécial).

Comme le présent rapport le montrera, les critères applicables pour déterminer si une norme a acquis le statut de *jus cogens* demeurent ceux énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. De même, en réponse aux préoccupations de la Chine, les caractéristiques en question ne doivent pas être considérées comme des éléments additionnels. Il s'agit de caractéristiques descriptives par opposition aux éléments (ou critères) constitutifs des normes du *jus cogens*<sup>37</sup>. Ces caractéristiques peuvent toutefois être pertinentes pour évaluer les critères d'identification des normes de *jus cogens* du droit international.

19. Il convient de rappeler, lorsqu'on examine les caractéristiques énoncées au paragraphe 2 du projet de conclusion 3, que toutes les délégations et la grande majorité des membres de la Commission qui ont pris la parole ont estimé que les travaux sur le sujet devaient reposer sur la pratique<sup>38</sup>. Ces caractéristiques sont omniprésentes dans la pratique, que ce soit la pratique des États ou la jurisprudence, et, comme l'a dit la délégation sud-africaine lors du débat à la Sixième Commission, elles sont «élémentaires et indiscutables» et «généralement admis[es]»<sup>39</sup>. Pour le Rapporteur spécial, son premier rapport donnait déjà suffisamment d'exemples de la pratique pour justifier l'énoncé des caractéristiques en question<sup>40</sup>. Néanmoins, quelques membres de la Commission<sup>41</sup> ayant estimé que la pratique citée était insuffisante, le Rapporteur spécial a fourni des éléments additionnels dans son résumé du débat. Ces éléments additionnels ne figurant pas dans le premier rapport, le présent rapport en donne un résumé, bien que les projets de conclusion aient déjà été renvoyés au Comité de rédaction.

## 1. VALEURS FONDAMENTALES

20. Outre de nombreuses déclarations d'États<sup>42</sup>, les arrêts de la Cour internationale de Justice dans les affaires

<sup>37</sup> *Ibid.*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/693, p. 507, par. 72 : «S'il s'agit là de caractéristiques essentielles du *jus cogens*, [...] elles ne nous disent pas comment les normes du *jus cogens* peuvent être identifiées en droit international contemporain.»

<sup>38</sup> Le seul membre de la Commission ayant déclaré que la Commission devrait fonder ses travaux sur la doctrine est M. Valencia-Ospina (*ibid.*, vol. I, 3322<sup>e</sup> séance, p. 302 et 303, par. 66 à 68).

<sup>39</sup> A/C.6/71/SR.26, par. 87.

<sup>40</sup> Voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/693, p. 504 à 507, par. 61 à 72.

<sup>41</sup> Sir Michael Wood, *ibid.*, vol. I, 3314<sup>e</sup> séance, p. 219, par. 50; M. Forteau, *ibid.*, 3317<sup>e</sup> séance; M. McRae, *ibid.*, 3315<sup>e</sup> séance, p. 230, par. 37; M. Valencia-Ospina, *ibid.*, 3322<sup>e</sup> séance, p. 302 à 304, par. 65 à 75; M. Hmoud, *ibid.*, p. 299, par. 54 et 55; et M. Murphy, *ibid.*, 3316<sup>e</sup> séance, p. 241, par. 42.

<sup>42</sup> Voir, par exemple, Allemagne, A/C.6/55/SR.14, par. 56 («le Gouvernement allemand demeure convaincu de la nécessité de définir plus clairement les normes impératives du droit international qui protègent des valeurs humanitaires fondamentales»); Italie, A/C.6/56/SR.13, par. 15 («La Convention de Vienne sur le droit des traités contient une définition tautologique du droit impératif, que la doctrine et la jurisprudence ont essayé d'interpréter comme étant un ensemble de normes interdisant les comportements jugés intolérables en raison de la menace qu'ils représentent pour la survie des États et des peuples, et pour les valeurs humaines fondamentales»); Mexique, A/C.6/56/SR.14, par. 13 («la notion même de normes impératives a été élaborée pour préserver les valeurs juridiques les plus précieuses de la communauté des États»); et Portugal, *ibid.*, par. 66 («Les notions de *jus cogens*, d'obligations *erga omnes* et de crimes internationaux de l'État ou de violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général reposent sur une croyance commune dans certaines valeurs fondamentales du droit international»).

*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*<sup>43</sup> et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*<sup>44</sup> et son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*<sup>45</sup>, le jugement rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundžija*<sup>46</sup>, et la décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Michael Domingues*<sup>47</sup>, d'innombrables opinions individuelles et dissidentes et articles de doctrine étaient l'idée que les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Ces prononcés devraient, à eux seuls, suffire à étayer la caractéristique selon laquelle les normes du *jus cogens* protègent les valeurs fondamentales du droit international<sup>48</sup>.

21. Lorsqu'il a résumé le débat, le Rapporteur spécial a cité des sources beaucoup plus nombreuses. Dans l'affaire *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, la cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit a déclaré que les normes du *jus cogens* «découlaient de valeurs considérées comme fondamentales par la communauté internationale<sup>49</sup>». De même, dans une affaire dont il a connu, le

<sup>43</sup> *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.

<sup>44</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 412; et *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.

<sup>45</sup> *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 15, à la page 23.

<sup>46</sup> *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, jugement, 10 décembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires* 1998, vol. I, p. 466, à la page 568, par. 153 et 154, dans lequel le Tribunal rattache expressément le statut de l'interdiction de la torture en tant que norme du *jus cogens* à «l'importance des valeurs qu'[elle] protège», notant que «[c]lairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale». La Cour européenne des droits de l'homme a cité ce passage du jugement pour l'approuver dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, par. 30, CEDH 2001-XI.

<sup>47</sup> *Michael Domingues c. États-Unis*, affaire n° 12.285 (2002), Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 62/02, par. 49.

<sup>48</sup> Lorsqu'il a résumé le débat, le Rapporteur spécial a fait les observations ci-après pour souligner que ces sources étaient suffisantes : «[à des fins de comparaison], la Commission a approuvé la règle de l'objectif persistant essentiellement sur la base de deux *obiter dicta* dans l'*Affaire des Pêcheries* et l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, une jurisprudence beaucoup moins abondante que celle visée en l'espèce» (*Annuaire... 2016*, vol. I, 3323<sup>e</sup> séance, p. 315, par. 65).

<sup>49</sup> Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 1992 U.S. App., p. 715. Cette décision a été citée avec approbation dans plusieurs autres affaires dont ont connu des tribunaux des États-Unis : tribunal de district des États-Unis pour le sud de la Californie, *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2013 US District Lexis 136922, p. 14; tribunal de district des États-Unis pour le sud de la Californie, *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2014 US District Lexis 101385, p. 9; tribunal de district des États-Unis pour le nord de la Californie, *Doe I v. Reddy*, 2003 US District Lexis 26120; et opinion du juge McKeown dans l'affaire *Alvarez-Machain v. United States*, cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, 331 F.3d 604 (2001), p. 613. Voir également l'opinion dissidente du juge Pregerson dans l'affaire *Sarei v. Rio Tinto PLC*, cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, 671 F.3d 736 (2011), p. 778 («les normes du *jus cogens* représentent des éléments fondamentaux de la communauté internationale organisée»).

tribunal de district des États-Unis pour l'est de l'État de New York a fait observer qu'il considérait les normes du *jus cogens* comme «les normes juridiques internationales ayant le rang le plus élevé<sup>50</sup>». Les mêmes sentiments ou des sentiments similaires ont été exprimés par des tribunaux d'autres pays<sup>51</sup>. Le Tribunal constitutionnel du Pérou a, par exemple, mentionné l'«importance extraordinaire des valeurs qui sous-tendent» les obligations de *jus cogens*<sup>52</sup>. La Cour suprême des Philippines a quant à elle, lorsqu'elle a défini le *jus cogens*, relevé que les normes en cause avaient été «considérées comme [...] fondamentales pour l'existence d'un ordre international juste<sup>53</sup>». Dans l'affaire *Arancibia Clavel*, la Cour suprême d'Argentine a déclaré que l'objet du *jus cogens* était «de mettre les États à l'abri d'accords conclus à l'encontre de certaines valeurs et de certains intérêts généraux de la communauté internationale des États dans son ensemble<sup>54</sup>». La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a de même noté que les normes du *jus cogens* «expriment les valeurs les plus fondamentales de la communauté internationale<sup>55</sup>».

22. Il ressort clairement de ce qui précède que les normes du *jus cogens* reflètent et protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Cette idée n'a jamais été sérieusement contestée. Kolb, par exemple, un auteur critique à l'égard de la notion, a déclaré que c'est aujourd'hui «la théorie absolument prédominante<sup>56</sup>». Certes, les différentes sources utilisent des termes différents pour exprimer cette idée centrale, mais l'idée elle-même est généralement acceptée en droit international. Par exemple, certaines sources déclarent que les normes du *jus cogens* «protègent» les valeurs fondamentales, d'autres qu'elles les «reflètent». De plus, certains parlent de «valeurs fondamentales», d'autres d'«intérêts fondamentaux». L'idée générale est toutefois la même.

<sup>50</sup> Tribunal de district des États-Unis pour l'est de l'État de New York, *Nguyen Thang Loi v. Dow Chemical Company (In Agent Orange Product Liability Litigation)*, 373 F. Supp. 2d (2005), p. 136.

<sup>51</sup> Voir, par exemple, Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (division civile), *R (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another*, [2006] EWCA Civ 1279, par. 101. La Cour suprême du Canada a mentionné les normes du *jus cogens* comme les normes ayant un «caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société», *Kazemi (succession) c. République islamique d'Iran*, [2014] 3 R.C.S., *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 2014, vol. 3, p. 176, par. 151. Le plénum de la Cour suprême de la Fédération de Russie a de même décrit les normes du *jus cogens* comme des «normes impératives fondamentales du droit international» (*À propos de l'application par les cours de compétence générale des principes et des normes du droit international et des traités internationaux de la Fédération de Russie*, arrêt n° 5 du 10 octobre 2003 du plénum de la Cour suprême de la Fédération de Russie modifié par l'arrêt n° 4 du 5 mars 2013).

<sup>52</sup> Tribunal constitutionnel du Pérou, *25% del número legal de congresistas*, affaire n° 0024-2010-PI/TC, arrêt, 21 mars 2011, par. 53 («l'importance extraordinaire des valeurs qui sous-tendent une telle obligation [de *jus cogens*]»).

<sup>53</sup> Cour suprême des Philippines, *Bayan Muna as represented by Representative Satur Ocampo et al. v. Alberto Romulo, in his capacity as Executive Secretary et al.* (2011).

<sup>54</sup> Cour suprême d'Argentine, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio Calificado y Asociación Ilícita y Otros*, affaire n° 259, jugement, 24 août 2004.

<sup>55</sup> Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa*, 2005 (4) SA 235 (CC), par. 169, citant pour l'approuver le premier rapport sur la protection diplomatique de M. John R. Dugard, Rapporteur spécial [*Annuaire... 2000*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/506 et Add.1, p. 241, par. 89].

<sup>56</sup> Kolb, *Peremptory International Law...*, p. 32.

## 2. SUPÉRIORITÉ HIÉRARCHIQUE

23. Comme l'idée que le *jus cogens* reflète des valeurs fondamentales, l'idée que les normes du *jus cogens* sont hiérarchiquement supérieures aux autres règles et normes du droit international est généralement admise<sup>57</sup>. De fait, la Commission a déjà conclu que les normes du *jus cogens* étaient hiérarchiquement supérieures aux autres règles<sup>58</sup>, et cette conclusion devrait suffire à justifier la mention de la supériorité hiérarchique parmi les caractéristiques du *jus cogens*.

24. Le premier rapport citait déjà, outre les travaux antérieurs de la Commission, des déclarations d'États<sup>59</sup>, des décisions judiciaires<sup>60</sup> et des articles de doctrine<sup>61</sup> à l'appui de la supériorité hiérarchique. Il convient de souligner ici que la Commission a par le passé adopté des textes sur la base d'une pratique beaucoup moins abondante. Quoi qu'il en soit, à l'issue du débat, le Rapporteur spécial a produit de nouveaux éléments à l'appui de ce qui ne peut être décrit que comme une caractéristique évidente du *jus cogens*.

25. Dans le célèbre arrêt *Kadi c. Conseil et Commission*, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a décrit le *jus cogens* comme «un ordre public international<sup>62</sup>». La Cour européenne des droits de l'homme a de même défini une norme du *jus cogens* comme «une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire"<sup>63</sup>». Dans l'affaire

*Michael Domingues*, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que les normes du *jus cogens* émanaient «d'un ordre juridique supérieur<sup>64</sup>».

26. Le juge Pregerson de la cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit a également souligné, dans une opinion dissidente jointe à l'arrêt *Sarei v. Rio Tinto*<sup>65</sup>, que la supériorité hiérarchique du *jus cogens* était incontestable. S'il s'agissait là d'une opinion dissidente, dans l'affaire *Siderman de Blake*, la majorité elle-même a considéré que les normes du *jus cogens* «méritaient le statut le plus élevé en droit international<sup>66</sup>». Dans l'affaire *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, la Cour suprême du Zimbabwe a défini le *jus cogens* comme constitué par les normes «jouissant de la primauté dans la hiérarchie des règles qui constituent l'ordre normatif international<sup>67</sup>». Le *jus cogens* a également été décrit comme occupant, «parmi tous les autres principes et règles coutumiers, la place la plus élevée dans la hiérarchie<sup>68</sup>», comme étant «supérieur non seulement au droit conventionnel mais aussi à toutes les sources de droit<sup>69</sup>», comme «prévalant sur les autres règles du droit international<sup>70</sup>» et comme «prévalant à la fois sur le droit international coutumier et les traités<sup>71</sup>». Les tribunaux italiens ont de même jugé que les normes du *jus cogens* occupaient un rang plus élevé que les autres normes<sup>72</sup>.

supérieure à toute autre règle du droit international»). Voir également l'opinion concordante des juges Pinto de Albuquerque, Hajiyev, Pejchal et Dedov dans l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, par. 34, 21 juin 2016.

<sup>57</sup> Voir den Heijer et van der Wilt, «*Jus cogens and the humanization and fragmentation of international law*».

<sup>58</sup> Voir les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, annexe, par. 33 et 34.

<sup>59</sup> Voir Pays-Bas, A/C.6/68/SR.25, par. 101 («Le *jus cogens* est hiérarchiquement supérieur dans le cadre de l'ordre juridique international, qu'il prenne la forme de droit écrit ou de droit coutumier»); et Royaume-Uni, *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), 53<sup>e</sup> séance, p. 330, par. 53 («dans une société internationale bien organisée, l'on a besoin de règles de droit international d'un ordre plus élevé que les règles purement dispositives auxquelles les États peuvent déroger par voie conventionnelle»).

<sup>60</sup> Voir, par exemple, *Furundžija* (note 46 *supra*), par. 153 (une caractéristique de l'interdiction de la torture «touche à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international [...], ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire"»).

<sup>61</sup> Voir, par exemple, Danilenko, «*International jus cogens...*»; Conklin, «*The peremptory norms of the international community*», p. 838 («la possibilité même d'une norme impérative donne de nouveau à penser qu'il existe en droit international une hiérarchie des normes avec au sommet les normes impératives, qui sont les "principes fondamentaux de la communauté internationale"»); voir également Whiteman, «*Jus cogens in international law, with a projected list*», p. 609; et Janis, «*The nature of jus cogens*», p. 360.

<sup>62</sup> *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des communautés européennes*, affaire n° T-315/01, arrêt, 21 septembre 2005, Tribunal de première instance des Communautés européennes, *Recueil de la jurisprudence 2005*, p. II-3649, par. 226.

<sup>63</sup> *Al-Adsani* (voir *supra* la note 46), par. 60, citant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundžija* (voir *supra* la note 46). Voir également le paragraphe 1 de l'opinion dissidente commune des juges Rozakis et Caflisch dans l'affaire *Al-Adsani* («la majorité reconnaît que cette règle [du *jus cogens*] est hiérarchiquement

<sup>64</sup> *Michael Domingues c. États-Unis* (voir *supra* la note 47), par. 49.

<sup>65</sup> Voir également *Faraj Hassan c. Conseil de l'Union européenne et Commission des communautés européennes*, affaire n° T-49/04, arrêt, 12 juillet 2006, Tribunal de première instance des Communautés européennes, *Recueil de la jurisprudence 2006*, p. II-00052, par. 92.

<sup>66</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (voir *supra* la note 49), p. 19395.

<sup>67</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (voir *supra* la note 49), p. 717.

<sup>68</sup> Cour suprême du Zimbabwe, *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, arrêt, 23 janvier 2008. Voir également *Nguyen Thang Loi v. Dow Chemical Company* (note 50 *supra*), p. 136, décrivant les normes du *jus cogens* comme «les normes juridiques internationales du rang le plus élevé».

<sup>69</sup> *Bayan Muna* (voir *supra* la note 53). Voir également Commission des relations du travail de la Colombie-Britannique (Canada), *Certain Employees of Sidhu and Sons Nursery Ltd*, affaire n° B28/2012, par. 44, décision dans laquelle ladite Commission, citant *Furundžija* (note 46 *supra*), décrit les normes du *jus cogens* comme jouissant «dans la hiérarchie internationale, d'un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles coutumières "ordinaires"». Voir également *R (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another* (note 51 *supra*), par. 101, citant Chambre des lords du Royaume-Uni, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 AC 147, p. 198.

<sup>70</sup> Cour suprême d'Argentine, *Julio Héctor Simón y Otros s/ Privación Ilegítima de la Libertad*, affaire n° 17/768, arrêt, 14 juin 2005, par. 48. Voir également Cour suprême d'Argentine, *Julio Lilo Mazzeo y Otros s/ Rec. de Casación e Inconstitucionalidad*, arrêt, 13 juillet 2007, par. 15 (le *jus cogens* «est la source suprême du droit international»).

<sup>71</sup> Voir opinion concordante de Lord Hoffman dans Chambre des lords du Royaume-Uni, *Jones v. Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia and Others*, [2007] 1 AC 270, par. 39.

<sup>72</sup> Tribunal de district des États-Unis pour le district de Columbia, *Mani Kumari Sabbithi et al. v. Major Waleed KH N.S. Al Saleh*, 605 F. Supp. 2d 122, p. 129.

<sup>73</sup> Cour de cassation d'Italie, *Mario Luiz Lozano v. the General Prosecutor for the Italian Republic*, affaire n° 31171/2008, arrêt d'appel, 24 juillet 2008, première section criminelle, p. 6 («priorité doit être accordée au principe du rang le plus élevé et de *jus cogens*»). Voir également cour d'appel de Turin (Italie), *Germany v. De Guglielmi and De Guglielmi and Italy (joining)*, affaire n° 941/2012, arrêt, 14 mai 2012, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 1905 (IT 2012), p. 15.



27. Il ressort de ce qui précède que la supériorité hiérarchique en tant que caractéristique descriptive du *jus cogens* ne saurait être sérieusement contestée. Des termes différents peuvent avoir été utilisés, mais l'idée que le *jus cogens* est hiérarchiquement supérieur ou a un statut plus élevé est généralement admise.

### 3. APPLICATION UNIVERSELLE

28. L'idée que les normes du *jus cogens* sont universellement applicables dénote le fait qu'elles s'appliquent à tous les États. Cette caractéristique, comme les deux précédentes, est bien étayée par la pratique des États et la jurisprudence internationale (qu'on désignera ci-après par l'expression «pratique étatique et judiciaire»). Le premier rapport citait des décisions judiciaires<sup>73</sup> et la doctrine<sup>74</sup>.

29. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a décrit les normes du *jus cogens* comme étant «applicables

<sup>73</sup> Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua. c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 101, par. 190 («Dans leur contre-mémoire sur la compétence et la recevabilité, les États-Unis quant à eux ont cru devoir citer les commentateurs pour qui ce principe constitue une "norme universelle", une règle de "droit international universel", un "principe de droit international universellement reconnu" et un "principe de *jus cogens*"»). Voir également *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif (note 45 *supra*), à la page 23, où la Cour internationale de Justice mentionne «le caractère universel [...] de la condamnation du génocide»; opinion individuelle du juge Moreno Quintana dans *l'Affaire relative à l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, arrêt du 28 novembre 1958, C.I.J. Recueil 1958, p. 55, aux pages 106 et 107 («Ces principes [...] ont un caractère impératif et une portée universelle»); et cour d'appel des États-Unis pour le circuit du district de Columbia, *Hanoch TelOren et al. v. Libyan Arab Republic et al.*, arrêt, 3 février 1984, 726 F.2d 774, 233 U.S.App. D.C. 384 (il existe un «petit nombre d'actes odieux dont chacun viole des normes définissables, universelles et obligatoires»).

<sup>74</sup> Voir, par exemple, Conklin, «The peremptory norms of the international community». Voir également Rozakis, *The Concept of Jus cogens in the Law of Treaties*, p. 78; Gaja, «*Jus cogens* beyond the Vienna Convention», p. 283; Danilenko, *Law Making in the International Community*, p. 211; Alexidze, «The legal nature of *jus cogens* in contemporary international law», p. 246; Dupuy et Kerbrat, *Droit international public*, p. 320 («la cohésion de cet ensemble normatif exige la reconnaissance par tous ses sujets d'un minimum de règles impératives»); Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, p. 6; Dubois, «The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?», p. 135 («Une norme du *jus cogens* [...] est applicable à tous les États, qu'ils y consentent ou non»); et Saul, «Identifying *jus cogens* norms: the interaction of scholars and international judges», p. 31 («Les normes du *jus cogens* sont censées lier tous les États»).

à tous les États» et comme des normes qui «lient tous les États»<sup>75</sup>. De même, dans l'affaire *Michael Domingues*, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a estimé que les normes du *jus cogens* «lient la communauté internationale dans son ensemble, qu'il y ait eu ou non protestation, reconnaissance ou acquiescement<sup>76</sup>». La cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit a décrit les normes du *jus cogens* comme celles qui «ne dépendent pas du consentement des États, mais sont universellement contraignantes de par leur nature même<sup>77</sup>». De même, dans l'affaire *Belhas v. Moshe Ya'Alon*, la cour d'appel des États-Unis pour le district de Columbia a décrit les normes du *jus cogens* comme «des normes si universellement acceptées en droit international que tous les États sont réputés être liés par elles<sup>78</sup>». De même, le Tribunal fédéral suisse a jugé que les normes du *jus cogens* «lient tous les sujets de droit international<sup>79</sup>».

30. Les éléments cités ci-dessus montrent que, dans leur pratique, les États et les tribunaux ont invariablement considéré que les normes du *jus cogens* protégeaient et reflétaient les valeurs fondamentales de la communauté internationale, étaient universellement appliquées et étaient hiérarchiquement supérieures aux autres normes du droit international. Que ces sources puissent parfois utiliser des termes différents pour exprimer les mêmes idées fondamentales n'ôte rien à la large acceptation de ces caractéristiques.

<sup>75</sup> *Statut juridique et droits des migrants sans papiers*, avis consultatif OC-18/03 du 17 septembre 2003, demandé par les États-Unis du Mexique, par. 4 et 5. Voir également l'exposé écrit du Mexique relatif à la demande d'avis consultatif présentée à la Cour internationale de Justice par l'Assemblée générale des Nations Unies lors de sa quarante-neuvième session (résolution 49/75K du 15 décembre 1994) sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, inclus dans une note verbale datée du 19 juin 1995, par. 7: «[L]es normes [...] sont juridiquement contraignantes pour tous les États (*jus cogens*)». Le texte de cet exposé écrit est disponible à l'adresse suivante: [www.icj-cij.org/fr/affaire/95/procedure-ecrite](http://www.icj-cij.org/fr/affaire/95/procedure-ecrite) (en anglais seulement).

<sup>76</sup> *Michael Domingues c. États-Unis* (voir *supra* la note 47), par. 49.

<sup>77</sup> Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F.3d 239 (1996), p. 242.

<sup>78</sup> Cour d'appel des États-Unis pour le district de Columbia, *Belhas v. Moshe Ya'Alon*, 515 F.3d 1279 (2008), p. 1291 et 1292.

<sup>79</sup> Tribunal fédéral de Suisse, *Youssef Nada c. Secrétariat d'État à l'économie et Département fédéral de l'économie*, affaire n° 1A.45/2007, appel administratif, arrêt, 14 novembre 2007, par. 7, disponible sur le site Web du Tribunal ([www.bger.ch/fr/](http://www.bger.ch/fr/)), dans «Jurisprudence» (en allemand seulement).

## CHAPITRE II

### Critères du *jus cogens*

#### A. Généralités

31. Il peut être utile de faire deux observations préliminaires. Premièrement, la question de savoir qui détermine si les critères ont été satisfaits ne relève pas du sujet. Cela dit, le Rapporteur spécial devra, dans ses rapports futurs, s'agissant des conséquences du *jus cogens* en droit conventionnel et en particulier de la nullité des traités, se pencher sur l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 concernant la procédure à suivre en cas de différend touchant la

nullité d'un traité au regard du *jus cogens*. Deuxièmement, les éléments énumérés dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 3 proposé dans le premier rapport du Rapporteur spécial ne sont pas des critères du *jus cogens*. Il s'agit d'éléments descriptifs des normes du *jus cogens*. Les critères, ou prescriptions, applicables en matière d'identification des normes de *jus cogens* du droit international sont les éléments qui doivent exister pour qu'une règle ou un principe puisse être qualifié de norme du *jus cogens*. Ce sont ces critères qui font l'objet du présent chapitre.

32. Comme l'a déclaré le Soudan, l'identification des normes du *jus cogens* est un processus complexe<sup>80</sup>. De même, dans son commentaire de l'article 50 de son projet d'articles de 1966 sur le droit des traités, la Commission a fait observer qu'«on ne dispose d'aucun critère simple» pour identifier une norme du *jus cogens*<sup>81</sup>. Durant le débat à la Sixième Commission, en 2016, de nombreux États ont souligné que les critères d'identification du *jus cogens* devaient reposer sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969<sup>82</sup>. Le Rapporteur spécial n'a pas interprété l'idée que les critères d'identification du *jus cogens* doivent reposer sur l'article 53 de la Convention comme signifiant que la Commission ne peut aller au-delà de cet article 53 *même si la pratique en décidait ainsi*, comme la déclaration de la Malaisie peut le donner à penser<sup>83</sup>. Le présent rapport prend donc comme point de départ les dispositions de l'article 53 de la Convention pour établir les critères d'identification des normes du *jus cogens*. La pratique des États et les décisions des juridictions internationales sont toutefois invoquées pour expliciter et expliquer l'article 53.

33. La décision de prendre l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 comme point de départ ne repose pas seulement sur les opinions exprimées par les États durant le débat à l'Assemblée générale. Elle est d'une manière générale conforme à la pratique et à la doctrine. Lorsqu'elles invoquent le *jus cogens*, les juridictions internationales visent généralement l'article 53 de la Convention<sup>84</sup>. De plus, la plus grande partie de la doctrine part du principe que l'article 53 donne la définition du *jus cogens*<sup>85</sup>. De plus,

<sup>80</sup> Soudan, A/C.6/71/SR.25, par. 73.

<sup>81</sup> Voir le paragraphe 2 du commentaire de l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 270.

<sup>82</sup> Voir, par exemple, République tchèque, A/C.6/71/SR.24, par. 72. Voir également Canada, A/C.6/71/SR.27, par. 9; Chili, A/C.6/71/SR.25, par. 101; Chine, A/C.6/71/SR.24, par. 89; République islamique d'Iran, A/C.6/71/SR.26, par. 118 («Les travaux de la Commission sur le sujet n'ont pas pour objet de remettre en question les deux critères établis par l'article 53 [...]. Il s'agit au contraire d'élucider le sens et la portée des deux critères»); et Pologne, *ibid.*, par. 56. Voir en outre Irlande, A/C.6/71/SR.27, par. 19 («[L]a délégation irlandaise est également d'avis que les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités doivent jouer un rôle central dans les travaux sur cette question»).

<sup>83</sup> Voir Malaisie, A/C.6/71/SR.26, par. 75 («Sur le sujet du *jus cogens*, sa délégation a mis en garde contre l'élargissement du principe au-delà de la formulation de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Étant donné que le droit international se développe à partir d'instruments fondés sur le consentement, il ne serait pas judicieux d'élargir un principe en vertu duquel certaines normes universelles pourraient lier les États, avec ou sans leur consentement»).

<sup>84</sup> Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 258, par. 83; *Furundžija* (note 46 *supra*), par. 155; *Le Procureur c. Goran Jelisić*, affaire n° IT-95-10-T, jugement, 14 décembre 1999, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I, *Recueils judiciaires* 1999, p. 398, à la page 432, par. 60. Voir également Cour constitutionnelle de Colombie, affaire n° C-578/95, arrêt. Voir en particulier l'opinion individuelle du juge ad hoc Dugard dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, à la page 88, par. 8.

<sup>85</sup> Voir, par exemple, Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 19 («Étant donné que l'article 53 fournit la seule définition juridique écrite des effets du *jus cogens* [...] ainsi que du processus par lequel les normes en question voient le jour [...], celui-ci est le point de départ nécessaire de l'analyse de ce concept»); et Linderfalk, «Understanding the *jus cogens* debate...», p. 52. Voir également Kadelbach, «Genesis, function and identification of *jus cogens* norms», p. 166, notant que les «ouvrages relatifs au *jus cogens*

le plan d'étude sur lequel reposent les travaux sur le sujet indique lui aussi que l'article 53 de la Convention est «le point de départ de toute étude du *jus cogens*<sup>86</sup>».

34. Avant de se pencher sur le texte de l'article 53, il importe de souligner que les critères élaborés dans le présent rapport reposent non sur des opinions préconçues ou des affinités philosophiques particulières du Rapporteur spécial, mais sur les éléments pertinents de la pratique. Ils ne visent pas et ne doivent pas viser à promouvoir une approche étroite ou large, ou une approche jusnaturaliste ou positiviste.

35. Comme les critères du *jus cogens* sont fondés sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, il convient de rappeler les termes de celui-ci :

Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

36. La première phrase de l'article 53 n'a pas pour objet de définir mais d'énoncer la conséquence, du point de vue du droit des traités, d'un conflit avec le *jus cogens*. C'est la deuxième phrase qui contient la définition des normes de *jus cogens* du droit international<sup>87</sup>. L'article 53 souligne que la définition est aux fins de la Convention de Vienne de 1969. Toutefois, comme il est indiqué aux paragraphes 32 et 33 ci-dessus, la définition figurant dans la Convention est acceptée comme la définition, en termes généraux, du *jus cogens* même dans d'autres domaines que le droit des traités<sup>88</sup>. La Commission elle-même, chaque fois qu'elle s'est penchée sur le *jus cogens* dans le cadre d'autres sujets, a fait fond sur la définition figurant à l'article 53 de la Convention<sup>89</sup>.

prennent habituellement comme point de départ » l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>86</sup> Voir *Annuaire... 2014*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), annexe, p. 183, par. 7.

<sup>87</sup> Shelton, «Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*», p. 26. Voir également Linderfalk, «The creation of *jus cogens* – making sense of article 53 of the Vienna Convention».

<sup>88</sup> Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 6 («Bien que la Convention de Vienne concerne le droit des traités et ne lie que ses signataires [...] l'article 53 reflète un concept qui a un effet juridique au-delà du contexte conventionnel»).

<sup>89</sup> Voir le paragraphe 5 du commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 90 («Les critères à appliquer pour identifier les normes impératives du droit international général sont exigeants. Selon l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, la norme considérée doit non seulement satisfaire à tous les critères régissant sa reconnaissance en tant que norme du droit international général [...], mais en outre être reconnue comme impérative par la communauté internationale des États dans son ensemble»). Voir également le paragraphe 34 du projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, annexe, p. 116 («Une règle de droit international peut être supérieure à d'autres règles du fait de son contenu. Tel est le cas des normes impératives du droit international (*jus cogens*, article 53 de la Convention de Vienne de 1969), c'est-à-dire de toute norme "acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise"»). Voir en outre, bien qu'il ne s'agisse pas d'un texte de la Commission elle-même, le rapport du Groupe d'étude, *ibid.*, p. 84, par. 375 (pour établir les critères, «[i]l faut partir du libellé de l'article 53 lui-même, qui détermine le *jus cogens* en renvoyant à ce qui est "accepté et reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble"»).

37. L'article 53 énonce deux critères cumulatifs pour l'identification du *jus cogens*. Premièrement, la norme en question doit être une norme du droit international général. Deuxièmement, cette norme du droit international général doit être acceptée et reconnue comme ayant certaines caractéristiques, à savoir qu'il doit s'agir d'une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du *jus cogens*<sup>90</sup>. Sévrine Knuchel considère que l'article 53 comprend trois éléments, à savoir norme du droit international général, acceptation et reconnaissance en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise, et norme ne pouvant être modifiée que par une nouvelle norme du *jus cogens*<sup>91</sup>. Pourtant, du point de vue de la définition, le troisième élément n'est pas, avant tout, un critère, mais ne fait qu'indiquer comment une norme existante du *jus cogens* peut être modifiée. Cela vient *après* l'identification d'une norme comme relevant du *jus cogens* et ne peut donc être un critère pour l'identification d'une telle norme<sup>92</sup>. De plus, même en tant que partie de la définition, il ne s'agit pas d'un critère indépendant mais d'un élément du critère «acceptation et reconnaissance».

38. Textuellement, l'article 53 peut être interprété autrement. Il est possible, du point de vue du texte, d'interpréter «acceptée et reconnue» comme qualifiant le «droit international général» et non la clause de non-dérogation. De ce point de vue, l'article 53 énoncerait trois critères: a) une norme du droit international général qui est reconnue (comme telle) par la communauté internationale des États dans son ensemble; b) une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise; et c) une norme qui ne peut être modifiée que par une autre norme du *jus cogens*. Outre le fait que ni la pratique ni les travaux préparatoires de l'article 53 n'étaient cette interprétation, elle soulèverait également diverses difficultés. Premièrement, elle rendrait le premier critère tautologique, puisque le «droit

international général» doit être généralement accepté et reconnu par la communauté internationale. Deuxièmement, énoncés sous cette forme, les deuxième et troisième critères ne seraient pas des critères mais une conséquence du *jus cogens* et une description de la manière dont les normes du *jus cogens* peuvent être modifiées, respectivement.

39. Compte tenu de ce qui précède, pour qu'une règle puisse être considérée comme une norme du *jus cogens*, il doit s'agir d'une norme du droit international général et elle doit être acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. Chacun de ces critères va être examiné successivement dans le présent rapport.

## B. Premier critère: une norme du droit international général

40. Le premier critère, à savoir que le *jus cogens* est constitué de normes du droit international général, est explicitement énoncé à l'article 53. De plus, l'idée que, par *jus cogens*, il faut entendre une «norme du droit international général» est répétée plusieurs fois dans le commentaire de l'article 50 du projet d'articles de la Commission sur le droit des traités<sup>93</sup>. Il convient de souligner que, lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (Conférence de Vienne), beaucoup de propositions tendant à modifier le texte de la Commission ont été présentées, mais qu'aucune ne concernait le concept de «norme du droit international général». Ce concept a été accepté comme allant de soi, et tous les délégués qui ont pris la parole sur divers aspects du *jus cogens* l'ont défini en ces termes<sup>94</sup>. En outre, les juridictions internationales comme nationales considèrent invariablement que les normes de *jus cogens* du droit international découlent de normes du droit international général<sup>95</sup>. Dans le même esprit, Knuchel fait observer que ce premier critère «concerne le processus par lequel la norme est créée, par opposition à celui par lequel elle acquiert un caractère impératif<sup>96</sup>». Cela donne à penser que le premier critère

<sup>90</sup> Voir également Irlande, A/C.6/71/SR.27, par. 20. Voir en particulier cour d'appel de l'Ontario (Canada), *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran*, 71 O.R. (3d) 675 (2004), par. 86, une décision dans laquelle la cour d'appel de l'Ontario, ayant jugé que le *jus cogens* était une forme supérieure du droit international coutumier, établit clairement que la disposition de l'article 53 indiquant qu'aucune dérogation n'est permise est subordonnée à l'élément de reconnaissance et d'acceptation («Une norme impérative du droit international coutumier ou règle du *jus cogens* est une forme supérieure du droit international coutumier. C'est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise»). Voir également de Wet, «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», p. 542 («Pour l'essentiel, cela implique qu'une norme particulière est d'abord reconnue comme faisant partie du droit international coutumier, après quoi la communauté internationale des États dans son ensemble convient en outre qu'il s'agit d'une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise»); et Vidmar, «Norm conflicts and hierarchy in international law...», p. 25.

<sup>91</sup> Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 49 à 136. Voir également République islamique d'Iran, A/C.6/71/SR.26, par. 118, où les deux critères identifiés sont, premièrement, une norme reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et, deuxièmement, une norme qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du *jus cogens*.

<sup>92</sup> 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* (note 59 *supra*), 52<sup>e</sup> séance, Grèce, p. 320, par. 19 («ce troisième élément renferme un cercle vicieux, car le fait qu'une règle de *jus cogens* ne puisse être modifiée que par une règle "ayant le même caractère" ne saurait constituer une des conditions de son "caractère"»).

<sup>93</sup> Voir, par exemple, le paragraphe 2 du commentaire de l'article 50, *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 270.

<sup>94</sup> Voir, par exemple, les déclarations suivantes dans les *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (note 59 *supra*): Union des Républiques socialistes soviétiques, 52<sup>e</sup> séance, p. 319, par. 3; Grèce, 52<sup>e</sup> séance, p. 320, par. 19; Cuba, 52<sup>e</sup> séance, p. 322, par. 34; Nigéria, 52<sup>e</sup> séance, p. 323, par. 48; Autriche, 53<sup>e</sup> séance, p. 329, par. 42; et Uruguay, 53<sup>e</sup> séance, p. 330, par. 51.

<sup>95</sup> Voir, par exemple, *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 [«l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*)»]; *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010, p. 403, à la page 437, par. 81 [«violations graves de normes de droit international général, en particulier de nature impérative (*jus cogens*)»]; cour d'appel des États-Unis pour le sixième circuit, *Buell v. Mitchell*, 274 F.3d 337 (2001), p. 372 («certaines normes coutumières du droit international atteignent un "statut plus élevé" en vertu duquel elles "sont reconnues par la communauté internationale des États comme impératives" [...]»); et *Kazemi (succession) c. République islamique d'Iran* (note 51 *supra*), p. 209.

<sup>96</sup> Voir Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 49. Voir également Linderfalk, «The creation

implique, pour la formation des normes du *jus cogens*, un processus en deux étapes, à savoir l'établissement d'une règle « ordinaire » en droit international général, et l'« élévation » de cette règle au statut de *jus cogens*<sup>97</sup>. Ce processus en deux étapes est décrit avec pertinence par la Commission dans les commentaires du projet d'articles sur la responsabilité de l'État :

Les critères à appliquer pour identifier les normes impératives du droit international général sont exigeants. Selon l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, la norme considérée doit non seulement satisfaire à tous les critères régissant sa reconnaissance en tant que norme du droit international général, obligatoire à ce titre, mais en outre\* être reconnue comme impérative par la communauté internationale des États dans son ensemble<sup>98</sup>.

41. Le concept de « norme du droit international général » en tant que critère n'a ainsi pas été mis en doute. Ce qui peut poser problème est de savoir précisément ce que ce critère signifie. Le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international créé par la Commission a fait observer qu'« [i]l n'existe pas de définition acceptée du "droit international général"<sup>99</sup> ». Les éléments de ce concept peuvent néanmoins être déduits de la pratique et de la doctrine. Le Groupe d'étude distingue lui-même entre, notamment, le droit international général d'une part, et la *lex specialis*<sup>100</sup> et le droit conventionnel<sup>101</sup>, respectivement, d'autre part. La distinction entre droit international général d'un côté et droit conventionnel et *lex specialis* de l'autre semble être confirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*<sup>102</sup>. Or, cette distinction pourrait empêcher certaines règles, comme celles du droit international humanitaire, d'acquiescer le statut de *jus cogens*. De fait, le passage de l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros* cité par le Groupe d'étude<sup>103</sup> illustre ce

of *jus cogens* – making sense of article 53 of the Vienna Convention », p. 371 (« par "création d'une règle de *jus cogens*", j'entends non la création d'une règle de droit, mais l'élévation d'une règle de droit au statut de *jus cogens* »).

<sup>97</sup> Rivier, *Droit international public*, p. 566 (« Ne peut accéder au rang de règle impérative qu'une prévision déjà formalisée en droit positif et universellement acceptée comme règle de droit »).

<sup>98</sup> Paragraphe 5 du commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 90.

<sup>99</sup> Paragraphe 10, note de bas de page 976, des conclusions du Groupe d'étude, *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 187. Le Groupe d'étude a souligné que le sens de l'expression était fonction du contexte.

<sup>100</sup> Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, p. 11, par. 8 (« Ce qui semblait à un moment donné réglementé par le "droit international général" relève désormais du champ d'application de régimes spécialisés comme le "droit commercial", le "droit des droits de l'homme", le "droit de l'environnement", le "droit de la mer", le "droit européen", voire d'un savoir hors du commun et hautement spécialisé comme le "droit des investissements" ou le "droit international des réfugiés", etc. »). Voir également *ibid.*, par. 81 et 194.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 28, par. 92. Il convient de noter que le Groupe d'étude considère à certains égards le droit conventionnel comme *lex specialis*.

<sup>102</sup> *Activités militaires et paramilitaires* (voir *supra* la note 73), à la page 137, par. 274. Voir également *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, à la page 76, par. 132.

<sup>103</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 102), à la page 76, par. 132, où la Cour note que les relations entre la Slovaquie et la Hongrie sont régies, entre autres, par les « règles du droit international général » et gouvernées « avant tout par les règles applicables [de l'Accord d'assistance mutuelle relative à la construction du système d'écluses de Gabčíkovo-Nagymaros] de 1977 en tant que *lex specialis* ».

point. Dans ce passage, la Cour renvoyait aux règles particulières qui s'étaient établies entre les parties, la Slovaquie et la Hongrie, et qui étaient distinctes des règles généralement applicables au sein de la communauté internationale des États.

42. Il semblerait que l'adjectif « général » figurant à l'article 53 en ce qui concerne les normes du droit international général renvoie à l'applicabilité. Cette interprétation semble conforme à l'approche adoptée dans les arrêts, avis consultatifs et opinions individuelles de la Cour internationale de Justice. Bien que, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour n'ait pas employé le mot « général » lorsqu'elle a distingué entre les « règles de droit international » auxquelles « il est possible de déroger par voie d'accord [...] dans des cas particuliers ou entre certaines parties » et les règles du *jus cogens* auxquelles il n'est pas possible de déroger, ce sont les premières, qui s'appliquent généralement entre États mais auxquelles il est possible de déroger par des règles (plus) spécifiques, que désigne la formulation « règles générales du droit international »<sup>104</sup>. La distinction entre droit international général et *lex specialis* évoquée par le Groupe d'étude a été placée dans son contexte par la Cour lorsqu'elle a distingué entre les « règle[s] ou [...] obligation[s] purement conventionnelle[s] [pour lesquelles] la faculté d' [...] apporter des réserves unilatérales [est] admise dans certaines limites » et les « règles et [...] obligations de droit général ou coutumier qui [...] doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale »<sup>105</sup>.

43. La manifestation la plus évidente du droit international général est le droit international coutumier<sup>106</sup>. De fait, nombreux sont ceux qui considèrent que le droit international coutumier est le fondement le plus habituel de la formation des normes du *jus cogens*<sup>107</sup>. Gérard Cahin, par exemple, fait observer que le droit international coutumier est, « sinon la source exclusive des règles du *jus cogens*, du moins la voie "à la fois normale et fréquente" de leur formation<sup>108</sup> ». La relation étroite entre les règles du droit international coutumier et les normes du *jus cogens* est reflétée dans les déclarations faites au fil des ans par certains États

<sup>104</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 43, par. 72.

<sup>105</sup> *Ibid.*, à la page 39, par. 63.

<sup>106</sup> Cassese, « For an enhanced role of *jus cogens* », p. 164 (« La seconde question revient à demander par quels moyens un tribunal international doit déterminer si une règle ou un principe général du droit international a acquis le statut de norme impérative. Logiquement, cela présuppose l'existence d'une telle règle ou d'un tel principe coutumier »). Voir également de Wet, « *Jus cogens* and obligations *erga omnes* », p. 542.

<sup>107</sup> Voir, sur ce point, Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 86.

<sup>108</sup> Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales...*, p. 615. Voir également Rivier, *Droit international public*, p. 566 (« Le mode coutumier est donc au premier rang pour donner naissance aux règles destinées à alimenter le droit impératif »). Voir, en outre, Cassese, *International Law*, p. 199 (« une catégorie spéciale de règles générales établies par la coutume se sont vu conférer une force juridique particulière : elles sont de caractère impératif et constituent le *jus cogens* »). Voir aussi Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, p. 115 (« En tant que source la plus probable du droit international général, les normes coutumières constituent *ipso facto* et *ipso iure* une source privilégiée de normes du *jus cogens* »). Voir, pour une opinion contraire, Janis, « The nature of *jus cogens* », p. 361.

à l'Assemblée générale<sup>109</sup>. L'idée que les normes du *jus cogens* sont constituées par des règles du droit international coutumier est également confirmée par la jurisprudence de juridictions nationales et internationales. Dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour internationale de Justice a considéré que l'interdiction de la torture «relève du droit international coutumier» et «a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*)»<sup>110</sup>. De même, la description par la Cour d'«un grand nombre de règles du droit humanitaire» constituant «des principes intransgressibles du droit international coutumier» confirme l'idée que les normes du *jus cogens* – appelées par la Cour «principes intransgressibles» – ont une base coutumière<sup>111</sup>.

44. Des décisions d'autres juridictions internationales confirment la relation entre le droit international coutumier et les normes du *jus cogens*. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par exemple, a noté que l'interdiction de la torture était une «norme du droit coutumier» et constituait «aussi une norme du *jus cogens*»<sup>112</sup>. Dans l'affaire *Furundžija*, le Tribunal a indiqué que les normes du *jus cogens* étaient celles qui se situaient «dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire"»<sup>113</sup>. Il semble ainsi distinguer entre les règles «ordinaires» du droit international coutumier et les normes du *jus cogens* en tant que forme particulière du droit international coutumier. De même, dans l'affaire *Jelisić*, le Tribunal a déclaré que l'interdiction du génocide dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide relevait «sans aucun doute possible du droit international coutumier» et était maintenant «au rang de *jus cogens*»<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> Voir Pakistan, A/C.6/34/SR.22, par. 8 («[l]e principe du non-recours à la force ainsi que son corollaire sont *jus cogens* non seulement en vertu de l'application de l'Article 103 de la Charte, mais aussi parce que ce sont là déjà des normes de droit international coutumier reconnues par la communauté internationale»). Voir également Royaume-Uni, A/C.6/34/SR.61, par. 46; et Jamaïque, A/C.6/42/SR.29, par. 3 («le droit des peuples à l'autodétermination et à l'indépendance est reconnu par le droit international coutumier et est sans doute même une norme impérative du droit international général»). Voir également l'exposé écrit de la Jordanie daté du 30 janvier 2004 dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, par. 5.42 à 5.45. Le texte de cet exposé écrit est disponible à l'adresse suivante : [www.icj-cij.org/fr/affaire/131/procedure-ecrite](http://www.icj-cij.org/fr/affaire/131/procedure-ecrite).

<sup>110</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 95), à la page 457, par. 99. Voir également *Activités militaires et paramilitaires* (note 73 *supra*), à la page 100, par. 190.

<sup>111</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 84), à la page 257, par. 79. Voir également *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [note 43 *supra*], aux pages 110 et 111, par. 161. Voir en outre *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 161, opinion individuelle du juge Simma, à la page 327, par. 6 («[j]e trouve regrettable que la Cour n'ait pas trouvé le courage de réaffirmer, et donc de reconfirmer, de façon plus explicite les principes fondamentaux du droit des Nations Unies et du droit international coutumier (principes qui, à mon avis, relèvent du *jus cogens*) sur l'emploi de la force, ou plutôt sur l'interdiction de la force armée»].

<sup>112</sup> *Le Procureur c. Zejnil Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, jugement, 16 novembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, vol. 2, p. 950, à la page 1288, par. 454.

<sup>113</sup> *Furundžija* (voir *supra* la note 46), par. 153.

<sup>114</sup> *Jelisić* (voir *supra* la note 84), par. 60.

45. Des tribunaux internes ont de même confirmé que le droit international coutumier était la source de nombreuses normes du *jus cogens*. Dans l'affaire *Siderman de Blake*, la cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit a décrit les normes du *jus cogens* comme «un sous-ensemble supérieur de normes reconnues comme faisant partie du droit international coutumier»<sup>115</sup>. La cour a aussi noté que par opposition aux règles ordinaires du droit international coutumier, le *jus cogens* «est constitué de lois coutumières considérées comme liant toutes les nations»<sup>116</sup>. Dans l'affaire *Buell*, la cour d'appel des États-Unis pour le sixième circuit a noté, en ce qui concerne le *jus cogens*, que certaines normes coutumières du droit international parviennent à un «statut plus élevé», celui de *jus cogens*<sup>117</sup>. Dans l'affaire *Kazemi (succession)*, la Cour suprême du Canada a décrit les normes du *jus cogens* comme «une forme supérieure de droit international coutumier»<sup>118</sup>.

46. La Cour suprême d'Argentine a de même jugé que les normes du *jus cogens* relatives aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité découlaient de règles du droit international coutumier déjà en vigueur<sup>119</sup>. De même, le Tribunal constitutionnel du Pérou a déclaré que les règles du *jus cogens* renvoyaient à des «normes internationales coutumières sous les auspices d'une *opinio juris sive necessitatis*»<sup>120</sup>. Dans l'affaire *Bayan Muna*, les Philippines ont défini le *jus cogens* comme occupant, «parmi tous les autres principes et règles coutumières, la place la plus élevée dans la hiérarchie»<sup>121</sup>. De même, dans l'affaire *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney General and Another*, la Haute Cour du Kenya a considéré l'«obligation de réprimer les crimes internationaux» à la fois comme une règle du droit international coutumier et une norme du *jus cogens*<sup>122</sup>. La Cour d'appel du Kenya a fait observer que, même si le Kenya n'avait pas ratifié la Convention contre la torture et autres

<sup>115</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (voir *supra* la note 49), p. 715 [citant cour d'appel des États-Unis pour le circuit du district de Columbia, *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, 859 F.2d 929 (1988), p. 940].

<sup>116</sup> *Ibid.* Cette opposition entre règles «ordinaires» du droit international coutumier et règles du *jus cogens* – qui donne à penser que ces dernières constituent des règles extraordinaires du droit international coutumier – est souvent fondée sur la décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundžija* (voir *supra* la note 46), par. 153, où on trouve une distinction comparable. Cette distinction a été évoquée avec approbation dans plusieurs décisions, y compris de juridictions du Royaume-Uni. Voir, par exemple, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)* [note 68 *supra*], p. 198. Voir également *R (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another* (note 51 *supra*), par. 101.

<sup>117</sup> *Buell v. Mitchell* (voir *supra* la note 95), p. 373.

<sup>118</sup> Voir *Kazemi (succession) c. République islamique d'Iran* (note 51 *supra*), par. 151. Voir également cour d'appel de l'Ontario (Canada), *Steen v. Islamic Republic of Iran*, 114 O.R. (3d) 206 (2013), par. 30 («[l]es normes impératives du droit international ou *jus cogens* sont des formes supérieures du droit international coutumier auxquelles aucune dérogation n'est permise»); et *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran* (note 90 *supra*), par. 86 («Une norme impérative du droit international coutumier ou règle du *jus cogens* est une forme supérieure de droit international coutumier»).

<sup>119</sup> Voir *Arancibia Clavel* (note 54 *supra*), par. 28.

<sup>120</sup> *25% del número legal de congresistas* (voir *supra* la note 52), par. 53.

<sup>121</sup> *Bayan Muna* (voir *supra* la note 53).

<sup>122</sup> Haute Cour du Kenya, *Kenya Section of the International Commission of Jurists v. Attorney General and Another*, arrêt, 28 novembre 2011, *Kenya Law Reports*, par. 14.

peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, il « n'en aurait pas moins été tenu d'interdire la torture sur son territoire en vertu du droit international coutumier », cette interdiction étant, a poursuivi la Cour, un principe du *jus cogens* et une norme impérative du droit international<sup>123</sup>. De même, les tribunaux italiens ont reconnu que les normes du *jus cogens* avaient leur origine dans des règles du droit international coutumier<sup>124</sup>.

47. De ce qui précède, on peut conclure, aux fins des critères d'identification du *jus cogens* découlant de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, que les règles du droit international coutumier sont des normes du droit international général.

48. Aux termes de l'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées (ci-après les « principes généraux de droit ») sont une autre source générale du droit international<sup>125</sup>. Les principes généraux de droit, comme les règles du droit international coutumier, sont généralement applicables. À la différence de celui du droit conventionnel, le champ d'application des principes généraux de droit n'est pas limité aux parties à un traité. Toutefois, bien que la proposition voulant que les règles du droit international coutumier constituent le fondement des normes du *jus cogens* soit abondamment confirmée par la pratique, celle selon laquelle les principes généraux de droit constituent également un fondement des normes du *jus cogens* l'est beaucoup moins.

49. Cette proposition est toutefois suffisamment étayée par la doctrine<sup>126</sup>. De plus, il est clair que lorsque la Commission a déterminé que les normes du *jus cogens*

étaient des « normes du droit international général », elle entendait également, par « droit international général », les principes généraux de droit. L'idée qu'un traité était nul s'il violait une règle générale du droit international a été énoncée pour la première fois dans le premier rapport de Sir Hersch Lauterpacht sur le droit des traités (le quatrième au total)<sup>127</sup>. Dans le commentaire du projet d'article 15 sur le droit des traités, Lauterpacht décrivait les normes du *jus cogens* « comme étant les principes de l'ordre international public » et faisant « partie de ces principes de droit généralement reconnus par les nations civilisées » (principes généraux de droit)<sup>128</sup>. Les membres de la Commission ont également, d'une manière générale, admis que les principes généraux de droit pouvaient donner naissance à des normes du *jus cogens*<sup>129</sup>.

50. On a soutenu qu'à la Conférence de Vienne des délégations avaient indiqué ne pas croire que les principes généraux de droit puissent être la source de normes du *jus cogens*<sup>130</sup>. Cette opinion semble reposer sur le fait qu'un amendement des États-Unis concernant le texte de la Commission a été rejeté parce que certains États l'interprétaient comme « impliquant que des normes impératives puissent émaner de la troisième source du droit international », à savoir les principes généraux<sup>131</sup>. Il semble toutefois que tel n'était pas l'objet de cet amendement<sup>132</sup>. Il semble en effet que cet objet ait été d'introduire non une nouvelle source de *jus cogens* mais une condition supplémentaire, à savoir qu'outre qu'elle devait être une norme du droit international général, la norme considérée devait être reconnue par les systèmes juridiques nationaux et régionaux<sup>133</sup>. Plus précisément, les États ont généralement rejeté l'amendement des États-Unis de crainte qu'il ne crée des conditions supplémentaires et donc n'alourdisse l'établissement de normes du *jus cogens*. Cuba, par exemple, s'y est opposé au motif qu'il « subordonnerait les règles du *jus cogens* du droit international aux « systèmes juridiques nationaux et régionaux » » et « permettrait à un État d'écarter n'importe quelle règle de *jus cogens* en invoquant ses règles de droit interne »<sup>134</sup>.

<sup>123</sup> Cour d'appel du Kenya, *Koigi Wamwere v. Attorney General*, arrêt, 6 mars 2015, *Kenya Law Reports*, par. 6.

<sup>124</sup> Cour de cassation d'Italie, *Germany v. Milde (Max Josef)*, affaire n° 1072/2009, arrêt d'appel, 13 janvier 2009, première section criminelle, par. 6 (« les règles coutumières visant à protéger des droits de l'homme inviolables ne souffrent aucune dérogation parce qu'elles font partie du droit international impératif ou *jus cogens* »).

<sup>125</sup> L'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice dispose que la Cour applique « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

<sup>126</sup> Voir, par exemple, Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 52 (« les principes généraux [de droit] peuvent être élevés au statut de *jus cogens* si la communauté internationale des États les reconnaît et les accepte en tant que tels »); Shelton, « Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens* », p. 30 à 34; et Cançado Trindade, « *Jus cogens*: The determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law », p. 27. Voir également Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 133; et Kleinlein, « *Jus cogens* as the "highest law"? Peremptory norms and legal hierarchies », p. 195 (« une norme impérative doit d'abord faire partie du droit international général, c'est-à-dire du droit international coutumier ou des principes généraux de droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1, du Statut de la [Cour internationale de Justice] »). Voir en outre Conklin, « The peremptory norms of the international community », p. 840; Dajani, « Contractualism in the law of treaties », p. 60; Bianchi, « Human rights and the magic of *jus cogens* », p. 493 (« la possibilité que le *jus cogens* puisse être créé par un traité va directement à l'encontre de l'idée que des normes impératives ne peuvent avoir leur origine que dans le droit coutumier »); Nieto-Navia, « International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law », p. 613 à 615 (« On peut dire de manière générale que les normes du *jus cogens* peuvent émaner des sources identifiées suivantes du droit international: i) les traités généraux [...] et iii) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »); Orakelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, p. 126; et Santalla Vargas, « In quest of the practical value of *jus cogens*

norms », p. 214 (« le *jus cogens* a son origine dans le droit coutumier et les principes généraux du droit international »).

<sup>127</sup> A/CN.4/63.

<sup>128</sup> Paragraphe 4 du commentaire de l'article 15, *ibid.*, p. 218.

<sup>129</sup> Voir, par exemple, *Annuaire... 1966*, vol. I (1<sup>re</sup> partie), 828<sup>e</sup> séance, p. 40, par. 31 (M. de Luna, citant Lord McNair); *Annuaire... 1963*, vol. I, 684<sup>e</sup> séance, p. 75, par. 21 (M. Toukine); et *ibid.*, p. 79, par. 70 (M. Gros).

<sup>130</sup> Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 44 (« certains représentants ne semblaient pas considérer que les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées visés à l'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la [Cour internationale de Justice] puissent constituer des normes du *jus cogens* »).

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>132</sup> L'amendement des États-Unis, reproduit dans le document A/CONF.39/C.1/L.302 et Corr.1 publié dans *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* (A/CONF.39/11/Add.2, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5), p. 187, par. 462 b, était libellé comme suit: « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une règle impérative du droit international général reconnue par l'ensemble des systèmes juridiques nationaux et régionaux du monde et à laquelle aucune dérogation n'est permise. »

<sup>133</sup> *Ibid.*, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (note 59 *supra*), 52<sup>e</sup> séance, p. 320, par. 17 (États-Unis).

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 322, par. 38 (Cuba).

De même, la Pologne s'est opposée à l'amendement des États-Unis au motif qu'il semblait impliquer que les systèmes nationaux et régionaux étaient supérieurs à l'ordre juridique international<sup>135</sup>. Même les États qui appuyaient cet amendement ne souscrivaient généralement pas à l'idée qu'il impliquait les principes généraux de droit, mais le considéraient comme confirmant une reconnaissance et acceptation de la norme comme faisant partie du *jus cogens*<sup>136</sup>. De plus, même les États qui interprétaient effectivement cet amendement comme renvoyant (ou au moins comme étant lié) aux principes généraux de droit ne l'ont pas rejeté pour cette raison. L'Uruguay, par exemple, s'y est opposé parce qu'il craignait qu'il soit interprété comme impliquant que *tous* les principes généraux de droit avaient le statut de *jus cogens*<sup>137</sup>. En d'autres termes, la déclaration de l'Uruguay n'excluait pas la possibilité que *certains* principes généraux de droit puissent s'élever au rang du *jus cogens*.

51. L'absence dans la pratique effective d'exemples de principes généraux considérés comme fondement de normes du *jus cogens* n'implique pas que les principes généraux ne peuvent pas être le fondement de normes du *jus cogens*<sup>138</sup>. Il est clair que le texte de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, en ce qu'il vise le «droit international général», signifie que les principes généraux de droit peuvent constituer le fondement de normes du *jus cogens*. Comme le souligne Knuchel, les principes généraux au sens de l'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice «constituent une source générative de droit international général» et, en tant que tels, «peuvent être élevés au statut de *jus cogens*» s'ils satisfont aux autres critères applicables en la matière<sup>139</sup>. Une fois acceptés comme tels, les principes généraux de droit créent pour les États des droits et des obligations au regard du droit international et, en tant que tels, constituent des normes du droit international général. La Commission elle-même, dans le cadre des conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, s'est penchée sur le rôle de l'article 31, paragraphe 3 c, de la Convention de Vienne de 1969 dans le cadre d'une intégration systématique. On se souviendra que l'article 31, paragraphe 3 c, dispose qu'il sera tenu compte, dans l'interprétation des traités, «[d]e toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties<sup>140</sup>». Dans

ses conclusions, la Commission distingue, en relation avec l'interprétation d'un traité au regard de l'article 31, paragraphe 3 c, entre l'application du droit conventionnel d'une part, et celle du droit international général d'autre part<sup>141</sup>. Selon la Commission, ce dernier comprend «[l]e droit international coutumier et les principes généraux de droit<sup>142</sup>».

52. L'expression «droit international général» englobe donc également, outre le droit international coutumier, les principes généraux de droit.

53. La question a été posée de savoir si le droit conventionnel, bien que ne relevant pas en apparence du «droit international général», pouvait être considéré comme tel aux fins de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Au premier abord, l'article 53 de la Convention ne s'applique pas au droit conventionnel. Comme on l'a noté ci-dessus, dans les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, la Commission a fait une distinction entre le droit conventionnel et le droit international général aux fins de ce qu'elle a appelé l'intégration systématique<sup>143</sup>. Cela peut donner à penser que le droit conventionnel ne peut être considéré comme droit international général.

54. Grigory Tunkin a fait valoir que le droit conventionnel pouvait faire partie du droit international général<sup>144</sup>. De plus, il semble qu'à la Conférence de Vienne des délégations aient considéré que les traités pouvaient être la source de normes du *jus cogens*. La déclaration reconnaissant le plus clairement le droit conventionnel comme faisant partie du droit international général est peut-être celle de la Pologne, qui a notamment déclaré :

La forme ou la source de ces règles ne présente pas un caractère essentiel pour la détermination de leur caractère impératif. Certaines sont conventionnelles, d'autres sont coutumières. Les unes ont été d'abord coutumières et ont été codifiées par la suite dans des conventions multilatérales. Les autres, inversement, sont apparues d'abord dans des conventions et ne sont passées que plus tard dans le droit coutumier<sup>145</sup>.

<sup>141</sup> Paragraphes 20 (sur le droit international général) et 21 (sur le droit conventionnel), *ibid.*, p. 114 et 115.

<sup>142</sup> Paragraphe 20, *ibid.*

<sup>143</sup> Paragraphes 19 à 21, *ibid.* Voir également le rapport du Groupe d'étude, *ibid.*, par. 77.

<sup>144</sup> Tunkin, «Is general international law customary law only?», en particulier la page 541 («Je crois que les publicistes devraient admettre que le droit international général comprend maintenant et les règles coutumières et les règles conventionnelles du droit international»). Voir, dans le contexte du *jus cogens* en particulier, Tunkin, «*Jus cogens* in contemporary international law», p. 116 («les principes du *jus cogens* comprennent les «règles qui ont été acceptées soit expressément dans un traité soit tacitement dans le cadre de la coutume» [...] De nombreuses normes du droit international général sont créées à la fois par les traités et la coutume»). Voir également Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 50 («Le droit international contemporain comprend, pour reprendre les termes utilisés par la [Cour internationale de Justice], «des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel», et rien n'empêche de futures conventions de créer des normes universellement contraignantes susceptibles d'être élevées au statut de *jus cogens*»). Voir en outre Nieto-Navia, «International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law», p. 613 («On peut dire de manière générale que les normes du *jus cogens* peuvent émaner des sources identifiées suivantes du droit international: i) les traités généraux [...] et iii) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées»).

<sup>145</sup> Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968*,

<sup>135</sup> *Ibid.*, 53<sup>e</sup> séance, p. 328 et 329, par. 41 (Pologne).

<sup>136</sup> Voir, par exemple, *ibid.*, p. 328, par. 30 (Colombie).

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 330, par. 51 (Uruguay). Voir, par contre, *ibid.*, 56<sup>e</sup> séance, p. 355, par. 64 (Trinité-et-Tobago).

<sup>138</sup> Si la pratique n'est pas aussi abondante que celle concernant le droit international coutumier, les principes généraux de droit ont dans une certaine mesure été reconnus. Voir, par exemple, *Jelisić* (note 84 *supra*), par. 60, où le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie note que la Cour internationale de Justice, après avoir observé que l'interdiction du génocide était une norme du *jus cogens*, a relevé que les principes concernant cette interdiction étaient «des principes reconnus par les nations civilisées». Voir également République islamique d'Iran, A/C.6/71/SR.26, par. 120: «Les principes généraux de droit mentionnés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice sont le meilleur fondement normatif pour établir les règles du *jus cogens*.»

<sup>139</sup> Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 52.

<sup>140</sup> Paragraphe 17 des conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1, annexe, p. 114.

55. L'opinion la plus répandue est toutefois que les règles conventionnelles, en tant que telles, ne créent pas de normes du droit international général susceptibles d'acquiescer le statut de *jus cogens*<sup>146</sup>. Le texte de l'article 53, sur lequel repose le présent examen du *jus cogens*, décrit les normes du *jus cogens* comme des normes du droit international général, ce qui les distingue des règles conventionnelles, lesquelles ne s'appliquent qu'aux parties à un traité. Le commentaire de la Commission relatif à l'article 50 distingue clairement entre les «normes du droit international général» et le droit conventionnel. Il distingue, par exemple, les «règles générales du droit international» des règles conventionnelles, au moyen desquelles les États peuvent se soustraire aux «règles générales du droit international»<sup>147</sup>. Au paragraphe 4 de ce commentaire, la Commission déclare qu'«une modification d'une règle impérative s'effectuera très probablement par voie de traité multilatéral général»<sup>148</sup>. On pourrait voir dans cette affirmation la reconnaissance par la Commission du fait que des règles conventionnelles peuvent constituer le fondement du *jus cogens*. La phrase qui suit indique toutefois qu'un tel traité multilatéral ne tombera pas sous le coup de l'article<sup>149</sup>. Les mots «norme du droit international général» ont été utilisés par la Commission pour exclure le droit conventionnel multilatéral, ce qui implique une distinction nette entre règles conventionnelles et règles du droit international général<sup>150</sup>.

56. Que les règles conventionnelles ne constituent pas en tant que telles des normes du droit international général ne signifie pas que les traités sont dénués de pertinence pour le droit international général et l'identification du *jus cogens*. La relation entre le droit international général – en particulier le droit international coutumier – et le droit conventionnel a été décrite dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*<sup>151</sup>. Dans ces affaires, la Cour internationale de Justice a observé qu'une règle conventionnelle pouvait codifier une règle

générale de droit international existante (ou être déclaratoire d'une telle règle)<sup>152</sup>, que l'adoption d'une règle conventionnelle pouvait contribuer à cristalliser une règle générale de droit international en voie de formation<sup>153</sup>, et qu'une règle conventionnelle pouvait, une fois adoptée, refléter une règle générale sur la base de la pratique ultérieure<sup>154</sup>. Peut-être le meilleur exemple d'un traité consacrant une norme du droit international général satisfaisant aux critères du *jus cogens* est-il donné par ce que la Commission a appelé «le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force»<sup>155</sup>. Si cette norme fondamentale est énoncée dans un traité, la Charte des Nations Unies, c'est aussi une norme du droit international général, sous la forme du droit international coutumier.

57. La jurisprudence a rendu compte du rôle des règles conventionnelles dans l'identification des normes du *jus cogens* de manière similaire. Il est notoire que dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, la Cour internationale de Justice s'est fondée, pour conclure que l'interdiction de la torture était une norme du *jus cogens*, sur le statut coutumier de cette norme et non sur son statut conventionnel<sup>156</sup>. Les décisions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie concernant la torture et le génocide sont particulièrement instructives à cet égard. Dans l'affaire *Furundžija*, le Tribunal, après avoir constaté que la torture était interdite par des traités relatifs aux droits de l'homme<sup>157</sup>, indique que cette interdiction relève du *jus cogens* parce qu'elle s'appuie sur le droit international coutumier<sup>158</sup>. C'est dans l'affaire *Le Procureur c. Tolimir* que cette approche est la plus manifeste : le Tribunal, après avoir relevé que le génocide est interdit par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, identifie cette interdiction comme relevant du *jus cogens* sur la base non de la règle conventionnelle mais de la règle de droit international

*Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (note 59 *supra*), 53<sup>e</sup> séance, p. 328, par. 34 (Pologne). Voir également *ibid.*, 56<sup>e</sup> séance, p. 355, par. 63 (Trinité-et-Tobago) [«Les traités multilatéraux généraux comme la Charte des Nations Unies peuvent aussi être la source de normes ayant le caractère de *jus cogens*»].

<sup>146</sup> Voir Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 125 et 126; et Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus cogens) in International Law...*, p. 92. Voir également Bianchi, «Human rights and the magic of *jus cogens*», p. 493; Criddle et Fox-Decent, «A fiduciary theory of *jus cogens*», p. 341. Voir en outre Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, p. 113 («[l]a tendance des universitaires à mettre l'accent sur la coutume semble découler du fait qu'il est généralement admis que les traités ne se prêtent pas à la création de normes impératives»); et Linderfalk, «The effect of *jus cogens* norms...», p. 860.

<sup>147</sup> Paragraphe 2 du commentaire de l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 270. La Commission y déclare en outre qu'«[i]l ne serait pas plus juste de dire qu'une disposition d'un traité relève du *jus cogens* simplement pour la raison que les parties ont stipulé qu'aucune dérogation à cette disposition n'est permise».

<sup>148</sup> Paragraphe 4, *ibid.*

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 104). Voir également la conclusion 11 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Annuaire... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 65.

<sup>152</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 104), à la page 39, par. 61.

<sup>153</sup> *Ibid.*, aux pages 39 à 42, par. 61 à 69.

<sup>154</sup> *Ibid.*, aux pages 42 à 44, par. 70 à 74. Voir également Cour suprême spéciale de Grèce, *Margellos et consorts c. République fédérale d'Allemagne*, affaire n° 6/2002, pourvoi en cassation, arrêt, 17 septembre 2002, par. 14 [«les dispositions figurant dans le Règlement de La Haye annexé à la quatrième Convention de La Haye de 1907 [...] sont devenues des règles coutumières du droit international (*jus cogens*)»].

<sup>155</sup> Voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 270. Cette formule est reprise dans l'arrêt concernant les *Activités militaires et paramilitaires* (voir *supra* la note 73), à la page 100, par. 190. Voir également Verdross, «*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law», p. 59; Frowein, «*Jus cogens*»; Paust, «The reality of *jus cogens*», p. 82 et 83 («Le *jus cogens* est une forme de droit international coutumier. Il peut aussi être reflété dans des traités mais, en tant que coutume, sa naissance, sa croissance, son évolution et son extinction dépendent d'attentes et de comportements généralement réunis dans le processus social en cours»). Voir en outre *Annuaire... 1966*, vol. I (1<sup>re</sup> partie), 828<sup>e</sup> séance, par. 15 (M. Ago) [«Même si, à l'origine d'une règle de *jus cogens*, il y a un traité, ce n'est pas du traité en tant que tel que la règle tire ce caractère : c'est du fait que cette règle, même découlant du traité ou au moment où elle est exprimée par lui, est déjà une règle de droit international général»].

<sup>156</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 95), à la page 457, par. 99.

<sup>157</sup> *Furundžija* (voir *supra* la note 46), par. 144.

<sup>158</sup> *Ibid.*, par. 153.



coutumier<sup>159</sup>. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a de même jugé que l'interdiction énoncée à l'article 3 commun des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) faisait partie du *jus cogens* eu égard à son statut coutumier<sup>160</sup>.

58. Cette tendance à établir l'existence d'une norme du *jus cogens* en se fondant sur le droit international coutumier lorsque la norme en question existe déjà en droit conventionnel est également apparente dans la pratique des États, y compris la jurisprudence des tribunaux internes. Dans l'affaire *Siderman de Blake*, par exemple, bien que la torture soit interdite par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit décrit le *jus cogens* comme « un sous-ensemble supérieur de normes reconnues comme faisant partie du droit international coutumier<sup>161</sup> ». Cette approche, dans le cadre de laquelle des règles conventionnelles, même si elles ne constituent pas elles-mêmes des normes du droit international général, peuvent néanmoins refléter ou exprimer de telles normes, qui peuvent ensuite être élevées au statut de *jus cogens*, est également présente dans la doctrine<sup>162</sup>. L'approche ainsi identifiée est également étayée par des prononcés d'organes internationaux non judiciaires de surveillance, qui visent

<sup>159</sup> *Le Procureur c. Zdravko Tolimir*, affaire n° IT-05-88/2-T, jugement, 12 décembre 2012, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, par. 733 (« Ces articles de la Convention [pour la prévention et la répression du crime de génocide] sont largement reconnus comme faisant partie du droit international coutumier et les règles qu'ils énoncent ont été élevées au rang de *jus cogens* »). Voir également *Jelisić* (note 84 *supra*), par. 60. Voir en outre *Le Procureur c. Radovan Karadžić*, affaire n° IT-95-5/18-T, jugement, 24 mars 2016, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, par. 539.

<sup>160</sup> *Massacre de Las Dos Erres c. Guatemala*, jugement, 24 novembre 2009, Cour interaméricaine des droits de l'homme, opinion concordante du juge ad hoc Ramón Cadena Rámila (« À l'époque où les événements de la présente espèce se sont produits, l'interdiction établie à l'article 3 commun des Conventions de Genève [de 1949] faisait déjà partie du droit international coutumier, et même du *jus cogens* »).

<sup>161</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (voir *supra* la note 49), p. 715. Pour d'autres exemples de cas dans lesquels l'interdiction coutumière, et non l'interdiction conventionnelle, de la torture est invoquée comme fondement de la norme du *jus cogens*, voir, parmi de nombreuses affaires : *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)* [note 68 *supra*]; *Al-Adsani* (note 46 *supra*), par. 30; et *Kazemi (succession) c. République islamique d'Iran* (note 51 *supra*), par. 151 et 152.

<sup>162</sup> Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 125 et 126 (« Le droit conventionnel représente le *jus dispositivum* auquel le *jus cogens* est juxtaposé, et quel que soit le rôle que peuvent jouer les traités dans la cristallisation des normes impératives, ils ne sont pas eux-mêmes la source formelle de telles normes »); voir également Orakhelashvili, « Audience and authority... », p. 124 (« L'affaire du Nicaragua a réglé ce dilemme analytique il y a trois décennies [...] La Cour internationale de Justice a choisi de parler de règles coutumières créées par l'expression concertée et collective des positions de dizaines, voire de centaines d'États, manifestée par leur participation [notamment] aux traités multilatéraux »); et Criddle et Fox-Decent, « A fiduciary theory of *jus cogens* », p. 341. Voir en outre Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, p. 401 et 402, qui considère que le principe de la non-rétroactivité des infractions et des peines en tant que norme du *jus cogens* (ou au moins en tant que norme en formation du *jus cogens*), outre qu'il relève du droit international coutumier, est à maintes reprises reconnu « dans un droit conventionnel quasi universel », adopté « dans le cadre de leur droit interne par de si nombreux États » et qu'il ne se heurte à aucune « opposition [...] à l'époque moderne ».

notamment la pratique des États. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire, par exemple, a considéré l'interdiction de toutes les formes de privation arbitraire de liberté à la fois comme « faisant partie du droit international coutumier et constituant une norme impérative (*jus cogens*) », mais a également conclu que l'interdiction de la détention arbitraire « est inscrite dans de nombreux instruments internationaux d'application universelle et a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des États. Enfin, la détention arbitraire est dénoncée régulièrement au sein des instances nationales et internationales »<sup>163</sup>. Dans l'affaire *Belhaj and Another v. Straw and Others* dont a connu la Cour suprême du Royaume-Uni, Lord Sumption, juge à la Cour (appuyé par Lord Hughes), s'est dit d'accord avec le Groupe de travail quant à l'identification de la norme du *jus cogens* susmentionnée<sup>164</sup> et, invoquant les principes énoncés à l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a constaté l'existence d'un consensus presque total sur le noyau irréductible de l'obligation internationale au regard de laquelle « la détention est illégale si elle n'est pas fondée en droit ou si un tribunal ne peut en être saisi<sup>165</sup> ».

59. Ainsi, si les dispositions conventionnelles ne constituent pas en tant que telles des normes du droit international général aptes à constituer le fondement de normes du *jus cogens*, elles peuvent refléter des règles du droit international général susceptibles d'acquiescer le statut de *jus cogens*.

### C. Second critère : reconnaissance et acceptation

60. Dans son premier rapport sur le sujet du *jus cogens*, le Rapporteur spécial a indiqué que la majorité des règles du droit international relevaient du *jus dispositivum* et pouvaient être modifiées, faire l'objet de dérogations, voire être abrogées, par des actes consensuels des États<sup>166</sup>. Cela vaut non seulement pour les règles conventionnelles, mais aussi pour les normes du droit international général. Si la Commission n'est pas en mesure d'approuver un texte reconnaissant expressément la distinction entre *jus dispositivum* et *jus cogens*, le Rapporteur spécial estime qu'il s'agit d'une distinction conceptuelle importante largement étayée par la pratique et la doctrine<sup>167</sup> et dont il faut espérer que la

<sup>163</sup> Voir le rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire portant sur le droit des personnes privées de liberté d'introduire un recours devant un tribunal (A/HRC/30/37), par. 11.

<sup>164</sup> Cour suprême du Royaume-Uni, *Belhaj and Another v. Straw and Others*, [2017] UKSC 3, arrêt, 17 janvier 2017, par. 271.

<sup>165</sup> *Ibid.*, par. 270 (« Le consensus sur ce point est reflété dans les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [...], qui [...] a été à ce jour ratifié par 167 États [...]. La Malaisie est parmi les quelques États qui n'y sont pas parties, mais elle a déclaré qu'elle adhérerait aux principes qu'il énonce »).

<sup>166</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/693, p. 504 et 505, par. 64 et 65.

<sup>167</sup> Voir *Plateau continental de la mer du Nord* (note 104 *supra*), à la page 43, par. 72 (« [s]ans chercher à aborder la question du *jus cogens* et encore moins à se prononcer sur elle, on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties »); *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6, opinion dissidente du juge Tanaka, p. 298 [« [le] *jus cogens* (question récemment étudiée par la Commission du droit international) [est une] sorte de droit impératif par opposition au *jus dispositivum* susceptible de modification par voie d'accord entre les États »]; et *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 38, opinion individuelle du juge Shahabuddeen,

Commission la réexaminera. Cependant, cette distinction est aussi importante parce qu'elle contribue à confirmer que toutes les «normes du droit international général» ne relèvent pas du *jus cogens*. La majorité de ces normes – normes du droit international général – relèvent du *jus dispositivum*. Les normes du droit international général ont le *potentiel* de devenir des normes du *jus cogens*. Pour devenir des normes du *jus cogens*, elles doivent satisfaire à des critères additionnels, énoncés à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

61. Avant d'examiner les conditions de l'élévation d'une norme du droit international général au statut de *jus cogens*, il faut se pencher sur la question préliminaire de l'ordre séquentiel. La structure de l'article 53 – une norme du *jus cogens* est une norme du droit international général qui est acceptée et reconnue par la communauté internationale en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise – donne à penser que ce qui vient en premier, du point de vue tant de la formation de la norme que de son identification, est le fait qu'il s'agit d'une norme du droit international général. Une fois qu'il est établi qu'une norme est une norme du droit international général, il faut lors de l'étape suivante montrer que cette norme satisfait au critère d'acceptation et de reconnaissance. Censée être fondée sur l'arrêt *Nicaragua*, l'analyse d'Alexander Orakhelashvili semble suggérer qu'il peut être prouvé que la norme en question est une «norme du droit international général» après qu'il a été déterminé qu'il s'agit d'une norme du *jus cogens*<sup>168</sup>. Or, cette séquence ne suit pas. Outre la divergence d'opinions sur le point de savoir si l'arrêt *Nicaragua* a reconnu que l'interdiction de l'emploi de la force relevait du *jus cogens*<sup>169</sup>, on voit mal à quoi servirait de déterminer le caractère coutumier d'une norme une fois qu'il a été établi qu'il s'agit d'une norme du *jus cogens*.

62. Cela ne signifie pas que les tribunaux devront *toujours* montrer méthodiquement dans quel ordre ils ont déterminé qu'une norme constituait une norme du *jus cogens*. Toutefois, il n'en est pas moins important, dans

p. 135 («[I]es États ont le droit de déroger d'un commun accord aux règles de droit international autres que celles du *jus cogens*»). Voir également *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, opinion individuelle du juge ad hoc Torres Bernárdez, à la page 245, par. 43 («[I]es règles énoncées aux articles 7 à 12 du statut du fleuve Uruguay n'étant pas des normes impératives (*jus cogens*), rien n'empêche les Parties de décider d'un "commun accord"»). En ce qui concerne la doctrine, voir Verdross, «*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law», p. 58 («Il existait manifestement un consensus à la Commission pour considérer que la majorité des normes du droit international général n'avaient pas le caractère de *jus cogens*»); Tomuschat, «The Security Council and *jus cogens*», p. 19 («La plupart des règles du droit international relèvent du *jus dispositivum*»); Magallona, «The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of the Treaties», p. 521 («les règles du *jus dispositivum* auxquelles il peut être dérogé par des contrats privés»); et Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, p. 5 («la plupart des règles [du droit international] ont un caractère dispositif – *jus dispositivum* – créé par un accord de volontés, et il peut aussi y être dérogé par un accord de volontés»).

<sup>168</sup> Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, p. 119 et 120 («une fois qu'une norme fait partie du *jus cogens*, son statut coutumier peut être prouvé par des critères différents de ceux applicables aux autres normes»).

<sup>169</sup> Voir *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/693, p. 497, par. 46. Voir, sur ce point, Green, «Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force».

l'identification d'une norme en tant que norme du *jus cogens*, d'avoir à l'esprit la structure de l'article 53 et les conséquences qui en découlent.

63. L'article 53 dispose que, pour relever du *jus cogens*, une norme du droit international général doit aussi être une norme qui est «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère». Comme cela a été expliqué ci-dessus, il s'agit d'une condition composite, soit une condition d'acceptation et de reconnaissance. Cette condition d'«acceptation et de reconnaissance» est toutefois composée d'autres éléments, à savoir: a) «la communauté internationale des États dans son ensemble», et b) «à laquelle aucune dérogation n'est permise». Ces éléments concernent différents aspects de l'acceptation et de la reconnaissance visées à l'article 53. Ils indiquent qui doit accepter et reconnaître, et ce qui doit être accepté et reconnu.

64. Comme on l'a déjà dit, il n'est pas nécessaire de montrer que la norme en question est «une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise» ni qu'elle «ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère». Sans préjuger le contenu et les conclusions des rapports futurs, le premier membre de phrase énonce une conséquence des normes du *jus cogens*, le second explique comment les normes du *jus cogens* peuvent être modifiées. Aux fins du présent rapport, et en particulier des critères du *jus cogens*, ces éléments montrent ce qu'il faut démontrer que la communauté internationale des États dans son ensemble a «accepté et reconnu».

65. Comme cela est indiqué ci-dessus, c'est la «communauté internationale des États dans son ensemble» qui doit accepter et reconnaître le caractère de *jus cogens* d'une norme. On se souviendra que la Commission elle-même, lorsqu'elle a adopté le projet d'article 50, n'y a pas fait figurer l'élément de reconnaissance et d'acceptation par la communauté internationale des États dans son ensemble, indiquant seulement qu'une norme du *jus cogens* est une norme «à laquelle aucune dérogation n'est permise<sup>170</sup>». Toutefois, même durant les débats de la Commission, le lien entre normes du *jus cogens* et acceptation par la «communauté internationale des États» a été souligné par divers membres de la Commission<sup>171</sup>.

66. La proposition des États-Unis visant à amender le texte de la Commission (projet d'article 50) afin qu'une norme du *jus cogens* soit définie comme une norme «reconnue par l'ensemble des systèmes juridiques nationaux et régionaux du monde<sup>172</sup>» avait pour objectif avoué de faire en sorte que le caractère impératif de la norme en question soit «approuv[é] par la communauté internationale tout

<sup>170</sup> Voir l'article 50 du projet d'articles sur le droit des traités, *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 200.

<sup>171</sup> Voir *Annuaire... 1966*, vol. I (1<sup>re</sup> partie), 828<sup>e</sup> séance, p. 40 et 41, par. 34 («M. de Luna considère le *jus cogens* comme [...] un droit positif, créé par les États non dans leur intérêt individuel, mais en tant qu'organes de la communauté internationale»).

<sup>172</sup> Voir *supra* la note 132.

entière<sup>173</sup>». L'amendement des États-Unis a été rejeté de crainte, notamment, qu'il n'implique une subordination des normes du *jus cogens* au droit interne<sup>174</sup>, mais l'idée d'acceptation et de reconnaissance par la communauté internationale a été largement acceptée à la Conférence de Vienne. La proposition faite par l'Espagne, la Finlande et la Grèce, qui était plus directe sur ce point, décrivait simplement une norme du *jus cogens* comme une norme «reconnue par la communauté internationale» à laquelle aucune dérogation n'était permise<sup>175</sup>.

67. C'est sur la base de l'amendement conjoint de l'Espagne, de la Finlande et de la Grèce que la Conférence de Vienne a adopté le texte de l'article 53<sup>176</sup>. Le Comité de rédaction a pour sa part inséré le mot «acceptée» dans cet amendement, de telle manière que l'indérogeabilité de la norme en question était «acceptée et reconnue» par la communauté internationale<sup>177</sup>. Selon le Président du Comité de rédaction, le Comité avait procédé à cet ajout parce que l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice contenait les mots «reconnu[e]s» et «acceptée»<sup>178</sup> – «reconnu[e]s» qualifiant les conventions et traités et les principes généraux de droit, «acceptée» qualifiant la coutume internationale. Les mots «dans son ensemble» ont été insérés par le Comité de rédaction pour indiquer «qu'aucun État particulier ne doit avoir un droit de veto» en ce qui concerne la reconnaissance d'une norme comme relevant du *jus cogens*<sup>179</sup>. Le Président du Comité de rédaction a expliqué que le Comité avait ajouté l'expression «dans son ensemble» pour indiquer qu'il n'était pas nécessaire «qu'une règle soit acceptée et reconnue comme impérative par l'unanimité des États» et qu'il suffisait «d'une très large majorité»<sup>180</sup>. Les mots «dans son ensemble» indiquent que ce n'est pas individuellement mais collectivement que les États sont tenus d'accepter et de reconnaître l'indérogeabilité de la norme

<sup>173</sup> 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* (note 59 *supra*), 52<sup>e</sup> séance, p. 320, par. 17 (États-Unis).

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 322, par. 38 (Cuba); *ibid.*, 53<sup>e</sup> séance, p. 328, par. 41 (Pologne); et *ibid.*, p. 330, par. 51 (Uruguay), qui considère que, si la proposition des États-Unis visait à indiquer que la norme devait être reconnue, l'idée n'était «peut-être pas exprimé[e] d'une manière très heureuse».

<sup>175</sup> Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969* (note 132 *supra*), p. 187, par. 462 c. Voir également *ibid.*, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (note 59 *supra*), 53<sup>e</sup> séance, p. 330, par. 52 (Uruguay), qui considère que l'amendement de l'Espagne, de la Finlande et de la Grèce exprimait l'intention qui sous-tendait la proposition des États-Unis.

<sup>176</sup> *Ibid.*, 80<sup>e</sup> séance, p. 513, par. 4 (M. Yasseen, Président du Comité de rédaction).

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> *Ibid.*, par. 7.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 514, par. 12. Voir également de Wet, «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», p. 543 («Ce seuil d'acquisition du statut de norme impérative est rigoureux, car s'il ne requiert pas le consensus de tous les États [...], il exige cependant l'acceptation d'une large majorité d'entre eux»). Voir en outre Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, p. 111 («[réflète] le consentement de l'immense majorité des États. Ni un seul État ni un très petit nombre d'États ne peuvent faire obstacle à la formation des normes impératives»).

en question. Même au sein de la Commission, certains membres semblaient comprendre le *jus cogens* comme exigeant une acceptation collective<sup>181</sup>.

68. Comment le Comité de rédaction en est venu à insérer les mots «des États» pour aboutir à l'expression «la communauté internationale des États dans son ensemble», c'est ce que les travaux préparatoires n'expliquent pas. Au sein de la Commission, certains membres entendaient les mots «communauté internationale» comme désignant la communauté internationale des États, d'autres la comprenant dans un sens plus large, comme ne se limitant pas à la communauté des États<sup>182</sup>. Il est toutefois clair que, même sans l'ajout des mots «des États», les participants à la Conférence de Vienne interprétaient l'expression «communauté internationale dans son ensemble» comme signifiant «communauté internationale des États dans son ensemble»<sup>183</sup>. Les États-Unis, par exemple, expliquant l'objet de leur amendement, ont évoqué la reconnaissance de la «communauté internationale tout entière» mais l'ont assimilée à la «voix» que les «différents États et groupes d'États» devaient avoir «dans la formulation du *jus cogens*»<sup>184</sup>. De même, Chypre, après avoir déclaré que le *jus cogens* visait à protéger les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble, a souligné que «[l]es petits États ont encore plus d'intérêt que les grands à ce que soit adoptée cette règle»<sup>185</sup>.

69. La question de savoir si l'expression «communauté internationale dans son ensemble» figurant à l'article 53 doit *maintenant* être interprétée comme englobant également les entités autres que les États, par exemple les organisations internationales, les organisations non gouvernementales, voire les individus, qui participent à la création des normes du *jus cogens* a été récemment soulevée. Dans la déclaration qu'il a faite durant l'examen du rapport de la Commission du droit international à la Sixième Commission, le Canada, tout en soulignant que la définition du *jus cogens*, quelle qu'elle soit, ne devait pas s'écarter de l'article 53, a néanmoins déclaré qu'«il serait utile pour la [Commission] [...] d'élargir l'idée de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme impérative [...] de manière à ce qu'elle soit reconnue par d'autres entités, comme les organisations internationales

<sup>181</sup> Voir *Annuaire... 1966*, vol. I (1<sup>re</sup> partie), 828<sup>e</sup> séance, p. 40 et 41, par. 34 (M. de Luna), qui considère le *jus cogens* «comme un droit positif, créé par les États non dans leur intérêt individuel, mais en tant qu'organes de la communauté internationale».

<sup>182</sup> Voir, pour un exemple d'interprétation plus large de l'expression «communauté internationale», *ibid.*, p. 38, par. 9 (M. Verdross) («il y a des règles de droit international [...] qui sont conçues dans l'intérêt de la communauté internationale, c'est-à-dire de l'humanité tout entière\*»). Pour un exemple d'interprétation étroite de l'expression, voir la note précédente.

<sup>183</sup> Pour un essai intéressant sur le concept de «communauté internationale», voir Karakulian, «The idea of the international community in the history of international law», en particulier la page 590, où l'auteur fait valoir qu'initialement l'expression désignait «quelque chose de commun à l'espèce humaine», mais qu'elle a progressivement «acquis un caractère interétatique, la communauté humaine générale présumée demeurant dans le cadre de l'érudition et de la formation classique et perdant sa dimension juridique».

<sup>184</sup> 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* (note 59 *supra*), 52<sup>e</sup> séance, p. 320, par. 17 (États-Unis).

<sup>185</sup> *Ibid.*, 53<sup>e</sup> séance, p. 332, par. 67 (Chypre).

et non gouvernementales<sup>186</sup>». De fait, dans le cadre du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, la Commission a envisagé d'utiliser l'expression « communauté internationale dans son ensemble »<sup>187</sup>. Toutefois, après réflexion, la Commission a décidé que « c'étaient les États qui, dans l'état actuel du droit international, étaient appelés à établir ou reconnaître des normes impératives<sup>188</sup> ».

70. De même, dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, c'est sur la base d'instruments élaborés par les États que la Cour internationale de Justice a jugé que l'interdiction de la torture relevait du *jus cogens*<sup>189</sup>. La Cour pénale internationale a elle aussi déclaré que le *jus cogens* impliquait la reconnaissance des États<sup>190</sup>. Les tribunaux internes ont eux aussi continué à lier l'établissement des normes du *jus cogens* à la reconnaissance des États<sup>191</sup>. Si, dans la pratique et la doctrine, le *jus cogens* continue d'être lié à la notion de conscience de l'humanité<sup>192</sup>, les documents invoqués pour illustrer la reconnaissance des normes comme relevant du *jus cogens* demeurent des documents élaborés par les États, comme des traités et des résolutions de l'Assemblée générale.

71. Dans le cadre de l'examen des sujets de la détermination du droit international coutumier et des accords et

<sup>186</sup> A/C.6/71/SR.27, par. 9. Voir également *Annuaire... 2016*, vol. I, 3322<sup>e</sup> séance, p. 290, par. 4 (M. Petrič, durant le débat de la Commission sur le *jus cogens*): « M. Petrič souscrit à l'analyse et aux conclusions du Rapporteur spécial au sujet de la controverse concernant le rôle du consentement dans la formation du *jus cogens* et ajoute que le consentement de la communauté internationale des États dans son ensemble renvoie *ipso facto* au consentement de la société des hommes, car l'un ne saurait aller sans l'autre. »

<sup>187</sup> Voir le paragraphe 3 du commentaire de l'article 53 du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, *Annuaire... 1982*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 58.

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 95), à la page 457, par. 99. La Cour cite notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme [résolution 217 (III) A de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948], les Conventions de Genève de 1949, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [résolution 3452 (XXX) de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1975, annexe] et le droit interne.

<sup>190</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga*, affaire n° ICC-01/04-01/07, décision relative à la demande de mise en liberté des témoins détenus, 1<sup>er</sup> octobre 2013, Cour pénale internationale, Chambre de première instance II, par. 30 (« le caractère impératif [du principe de non-refoulement] a de plus en plus tendance à être reconnu par les États »).

<sup>191</sup> Voir, par exemple, *Buell v. Mitchell* (note 95 *supra*), par. 102 (« reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble »); *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran* (note 90 *supra*), par. 49; À propos de l'application par les cours de compétence générale des principes et des normes du droit international et des traités internationaux de la Fédération de Russie (note 51 *supra*); et *Aran-cibia Clavel* (note 54 *supra*), par. 29.

<sup>192</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [voir *supra* la note 44], par. 87, citant *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [voir *supra* la note 43]; Cançado Trindade, *International Law for Humankind*, p. 144 (« J'estime qu'il existe, dans le monde multiculturel de notre époque, un minimum irréductible qui, en ce qui concerne le législateur international, repose sur sa source matérielle ultime : la conscience humaine »).

de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission a également dû se pencher sur le rôle des acteurs non étatiques. En ce qui concerne la pratique aux fins de la formation et de l'expression du droit international coutumier, la Commission a décidé que c'était « principalement la pratique des États » qui était pertinente<sup>193</sup>. L'utilisation de l'adverbe « principalement » vise à souligner que, dans certains cas, la pratique des organisations internationales peut aussi contribuer au droit international coutumier<sup>194</sup>. La pratique, ou « conduite », d'acteurs non étatiques comme les organisations non gouvernementales ne contribue pas à la formation ou à l'expression du droit international coutumier, mais « peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique<sup>195</sup> ». De même, dans le contexte des accords et de la pratique ultérieurs, la Commission a estimé que si la pratique des acteurs non étatiques ne constituait pas une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation des traités, elle pouvait « être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité<sup>196</sup> ».

72. Dans le même esprit, si ce sont la reconnaissance et l'acceptation des États qui sont pertinentes pour l'identification d'une norme comme relevant du *jus cogens*, la pratique des acteurs non étatiques n'est pas dénuée de pertinence. Elle peut aboutir à la reconnaissance et à l'acceptation par les États du caractère impératif d'une norme, ou contribuer à l'évaluation de cette reconnaissance et de cette acceptation. Il n'en reste pas moins que ce sont l'acceptation et la reconnaissance de « la communauté internationale des États dans son ensemble » qui sont pertinentes.

73. Pour qu'une norme du droit international général acquière le statut de *jus cogens*, elle doit être reconnue par la « communauté internationale des États dans son ensemble » comme ayant une qualité particulière, à savoir qu'il ne peut y être dérogé. Comme cela a été expliqué ci-dessus, la non-dérogation n'est pas en soi un critère d'identification du *jus cogens*<sup>197</sup>. C'est en effet l'acceptation et la reconnaissance du fait que la norme a cette qualité qui constitue le critère du *jus cogens*. En soi, la non-dérogation est la première conséquence du caractère

<sup>193</sup> Voir la conclusion 4, paragraphe 1, du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Annuaire... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 64.

<sup>194</sup> Paragraphe 2 de la conclusion 4, *ibid.* Voir également le paragraphe 2 du commentaire de la conclusion 4, *ibid.*, p. 71.

<sup>195</sup> Paragraphe 3 de la conclusion 4, *ibid.*, p. 64.

<sup>196</sup> Paragraphe 2 de la conclusion 5 du projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *ibid.*, p. 90.

<sup>197</sup> Voir, pour une opinion contraire, Orakhelashvili, « Audience and authority », p. 119, pour qui l'indérogeabilité détermine « quelles règles entrent dans la catégorie du *jus cogens* ». Selon lui, l'indérogeabilité d'une norme implique qu'elle soit « non bilatéralisable ». Toutefois, aussi intéressante cette théorie soit-elle, ce n'est qu'une théorie qui n'est nullement étayée par la pratique. Voir également Kleinlein, « *Jus cogens* as the "highest law" », p. 192. Voir, toutefois, Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 65 (« L'acceptation et la reconnaissance [d'une norme] par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise détermine l'acquisition par cette norme de son caractère impératif »). Cela ne signifie pas néanmoins que le contenu de la norme est dénué de pertinence. Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 84 *supra*), à la page 258, par. 83 (« La question de savoir si une règle fait partie du *jus cogens* a trait à la nature juridique de cette règle »).

impératif<sup>198</sup> et elle sera examinée dans le troisième rapport du Rapporteur spécial (2018). Cette conséquence est ce qui distingue les normes du *jus cogens* de la majorité des autres normes du droit international, à savoir le *jus dispositivum*<sup>199</sup>.

74. Une analyse plus détaillée de la non-dérogation figurera dans un rapport à venir; aux fins du présent rapport, il suffit d'indiquer que «la communauté internationale des États dans son ensemble» doit accepter et reconnaître que la norme en question est une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. En d'autres termes, la communauté internationale des États dans son ensemble accepte et reconnaît que les règles et autres normes du *jus dispositivum* qui sont incompatibles avec la norme considérée sont nulles. En particulier, toute norme spéciale ou postérieure du *jus dispositivum* n'aura pas la priorité sur la norme en question et sera nulle si elle est incompatible avec elle<sup>200</sup>. Le critère est donc que la communauté internationale des États dans son ensemble accepte et reconnaît que, à la différence des autres normes générales du droit international, la norme en question demeurera universellement applicable et ne pourra être fragmentée<sup>201</sup>. En d'autres termes, il est impossible en droit «d'annuler ou d'abroger, de détruire ou d'amoinrir la force et l'effet, de réduire l'étendue de l'autorité» de la norme<sup>202</sup>.

<sup>198</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 141, par. 95 («[u]ne règle de *jus cogens* est une règle qui ne souffre aucune dérogation»); Kolb, *Peremptory International Law*, p. 2 («Le terme clé pour l'interprétation classique du *jus cogens* est donc "dérogeabilité". En d'autres termes, le *jus cogens* est défini par une qualité particulière de la norme en question, à savoir le fait juridique qu'elle ne souffre aucune dérogation»). Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 60 («la présomption qu'on peut y déroger est la caractéristique des normes internationales»); Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, p. 125 («Le fait qu'on ne peut déroger aux normes impératives est une caractéristique intrinsèque, peut-être la plus importante, de la définition du *jus cogens*»); Costello et Foster, «Non-refoulement as custom and *jus cogens*?...», p. 280 («Si l'indérogeabilité est une caractéristique déterminante du *jus cogens*, c'est une caractéristique nécessaire mais non suffisante»).

<sup>199</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 104), à la page 43, par. 72 («[s]ans chercher à aborder la question du *jus cogens* et encore moins à se prononcer sur elle, on doit admettre qu'en pratique il est possible de déroger par voie d'accord aux règles de droit international dans des cas particuliers ou entre certaines parties»). Pour une reconnaissance plus explicite de la distinction entre *jus cogens* et *jus dispositivum*, voir *Sud-Ouest africain* (note 167 *supra*), opinion dissidente du juge Tanaka, p. 298 [«[le] *jus cogens* (question récemment étudiée par la Commission du droit international) [est une] sorte de droit impératif par opposition au *jus dispositivum* susceptible de modification par voie d'accord entre les États»].

<sup>200</sup> Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, p. 125 et 126. Voir également Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 60.

<sup>201</sup> Orakhelashvili, «Audience and authority», p. 118 («[u]ne norme du *jus cogens* est donc [...] censée s'appliquer de manière uniforme à tous les membres de la communauté [internationale]. Par indérogeabilité, il faut entendre l'impossibilité juridique de se soustraire au champ d'application matériel de la règle ou à son effet impératif, ce qui renforce l'exigence de l'uniformité permanente dans l'application de la norme en question»). Voir également Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 86 («Cet effet juridique du *jus cogens* reflète la résistance des normes impératives à toute modification ou abrogation par la volonté particulière des États pris individuellement»).

<sup>202</sup> Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, p. 73.

75. Une disposition conventionnelle interdisant la conclusion d'un traité dérogeant à un traité antérieur ou le modifiant au sens de l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969 n'est pas nécessairement une norme du *jus cogens*<sup>203</sup>. Une telle disposition ne serait pas une norme du droit international général et ne s'appliquerait qu'*inter partes*. Ainsi, les États qui ne sont pas parties audit traité pourraient valablement conclure un traité interdit par le traité antérieur. De plus, les conséquences de la violation d'une telle clause ne seront pas nécessairement la nullité du traité mais seront définies par d'autres règles du droit international, y compris les règles énoncées dans le traité lui-même<sup>204</sup>. Bien que n'étant pas en elle-même une norme du *jus cogens*, une telle disposition peut refléter une telle norme. De plus, aux fins des critères, elle peut être utile comme preuve en ce qui concerne une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

76. L'analyse ci-dessus explique de qui l'acceptation et la reconnaissance doivent émaner et ce qui doit être accepté et reconnu. Elle n'explique toutefois pas comment l'acceptation et la reconnaissance doivent être établies. Ce sont l'acceptation et la reconnaissance qui sont au cœur de l'élévation d'une norme au statut de *jus cogens*. L'élément d'acceptation et de reconnaissance est le plus important des critères d'identification des normes de *jus cogens* du droit international. Si le contenu des normes et les valeurs qu'elles visent à protéger constituent les raisons sous-jacentes du caractère impératif de ces normes, ce qui les identifie en tant que normes du *jus cogens* est l'acceptation et la reconnaissance de ce statut par la communauté internationale des États dans son ensemble<sup>205</sup>.

77. Jure Vidmar et Erika de Wet ont indiqué que l'exigence d'acceptation et de reconnaissance impliquait une «double acceptation», puisque la norme doit être acceptée d'abord comme une norme «ordinaire» du droit international, puis comme une norme impérative du droit international<sup>206</sup>. Cette observation est exacte, dès lors qu'il est entendu que la «première» et la «seconde» acceptations sont qualitativement différentes l'une de l'autre. Dans le cadre de la première, la norme est acceptée en tant que norme du droit international, soit par une «acceptation comme étant le droit» (*opinio juris sive*

<sup>203</sup> L'article 41, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969 dispose que «[d]eux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement [...] b) si la modification en question n'est pas interdite par le traité».

<sup>204</sup> Voir, sur ce point, Costelloe, «Legal consequences of peremptory norms in international law», p. 27 [«Les articles 41, paragraphe 1, et 58, paragraphe 1, de la [Convention de Vienne de 1969] donnent à penser qu'une tentative de modification ou de suspension d'un traité non conforme à la disposition concernée sera sans effet, même si les conséquences exactes demeurent imprécisées et inconnues. Comme ces dispositions ne figurent pas dans la section 2 de la partie V de la [Convention de Vienne de 1969] («Nullité des traités»), les conséquences de tels accords *inter se* ne seront pas nécessairement celles de la nullité»].

<sup>205</sup> Voir également Knuchel, *Jus cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, p. 66.

<sup>206</sup> De Wet, «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», p. 542 («La communauté internationale des États dans son ensemble soumettra donc une norme impérative à une "double acceptation"»); et Vidmar, «Norm conflicts and hierarchy in international law», p. 25 («Une norme impérative peut être considérée comme soumise à une "double acceptation" de la communauté internationale des États dans son ensemble: l'acceptation du contenu de la norme, et l'acceptation de son caractère particulier, c'est-à-dire impératif»).

*necessitatis*) s'agissant du droit international coutumier, soit par une reconnaissance «par les nations civilisées» s'agissant des principes généraux de droit. La seconde acceptation est l'acceptation d'une qualité particulière de cette norme générale du droit international, à savoir le fait qu'il ne peut y être dérogé<sup>207</sup>. Cette dernière acceptation a été appelée *opinio juris cogentis*<sup>208</sup>. Plus important, et dans le fil de ce qui précède quant aux implications de l'expression «dans son ensemble», cette double acceptation ne nécessite pas l'«acceptation» ou le «consentement» des États pris individuellement, mais exige que la communauté internationale des États dans son ensemble, ou collectivement, considère que la norme en question ne souffre aucune dérogation<sup>209</sup>.

78. Si cette approche est généralement acceptée<sup>210</sup>, la question importante est celle de savoir comment l'acceptation et la reconnaissance de l'indérogeabilité – *opinio juris cogentis* – doivent être établies. Cette question en soulève elle-même deux autres. Premièrement, quels éléments peuvent être invoqués pour démontrer qu'une norme a acquis un caractère impératif ? Deuxièmement, quel doit être le contenu des éléments pertinents ?

79. En ce qui concerne la nature des éléments pouvant être invoqués pour établir l'acceptation et la reconnaissance,

<sup>207</sup> Voir, sur ce point, Vidmar, «Norm conflicts and hierarchy in international law», p. 26. Voir également Costello et Foster, «Non-refoulement as custom and *jus cogens*», p. 281 («pour relever du *jus cogens*, une norme doit satisfaire aux critères ordinaires du droit international coutumier [...] et doit de plus avoir été largement considérée comme ne souffrant aucune dérogation»); et Hameed, «Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law», p. 62. Voir en outre Christenson, «*Jus cogens*...», p. 593 («[L]es éléments de preuve devront aussi démontrer l'existence de l'*opinio juris* requise quant au caractère impératif de l'obligation, en attestant l'acceptation de cette qualité primordiale de la norme»); *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* [note 115 *supra*] («pour qu'une telle norme coutumière du droit international devienne une norme impérative, il faut en outre que "la communauté internationale [...] dans son ensemble" reconnaisse [qu'il s'agit] d'une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise»).

<sup>208</sup> Bartsch et Elberling «*Jus cogens* vs. State immunity, round two...», p. 485 [«Comme on peut le déduire de l'article 53 de la Convention de Vienne [de 1969], l'évolution d'une règle du *jus cogens* [...] présuppose, outre les éléments de pratique des États et d'*opinio juris*, la conviction de la grande majorité des États que la règle concernée est d'une importance fondamentale et qu'aucune dérogation n'y est donc permise (*opinio juris cogentis*)»]. Voir, sur ce point, Kadelbach, «Genesis, function and identification of *jus cogens* norms», p. 167 («La plupart des propositions empruntent une voie intermédiaire. Néanmoins, la pratique et l'*opinio juris* sont requises en ce qui concerne la reconnaissance de la règle elle-même. Toutefois, l'indérogeabilité, l'*opinio juris cogentis*, peut en conséquence être établie à l'aide de critères tirés du droit conventionnel»).

<sup>209</sup> Voir, par exemple, Pellet, «The normative dilemma...», p. 38, indiquant que l'exigence, énoncée à l'article 53, de l'acceptation et de la reconnaissance de la communauté internationale dans son ensemble «exclut une acceptation, ou même une reconnaissance, État par État».

<sup>210</sup> Voir, par exemple, Irlande, A/C.6/71/SR.27, par. 20. Voir également Linderfalk, «Understanding the *jus cogens* debate», en particulier les pages 65 à 69, examinant des approches différentes, plus marginales. L'auteur indique que les positivistes font valoir que, pour qu'il y ait pratique générale, «les États ne dérogent généralement pas à une règle de droit [...], pas plus qu'ils ne modifient généralement [une telle règle] au moyen du droit international ordinaire. Deuxièmement, il faut qu'il y ait une *opinio juris generalis*: les États doivent souscrire largement à l'opinion selon laquelle, en vertu d'un ensemble de règles coutumières faisant autorité [...] aucune dérogation [à la règle] n'est permise». Ainsi, pour les positivistes, il est aussi nécessaire de démontrer, outre qu'il existe une règle en suivant le processus ordinaire, que l'exigence coutumière d'une pratique et d'une *opinio juris* est satisfaite en ce qui concerne l'indérogeabilité.

il convient de rappeler que l'expression «communauté internationale des États dans son ensemble» implique que c'est «l'acceptation et la reconnaissance» des États qui sont en cause. Il doit donc s'agir d'éléments susceptibles d'exprimer les vues pertinentes des États. Cela signifie en particulier qu'il doit s'agir d'éléments élaborés, adoptés et/ou approuvés par les États. Les éléments émanant d'autres sources peuvent très bien être pertinents, mais en tant que source subsidiaire et moyen d'évaluation des éléments exprimant les vues des États.

80. On peut tirer des enseignements précieux en ce qui concerne les critères d'identification des normes du *jus cogens* de l'approche adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*. Premièrement, conformément à l'approche générale décrite ci-dessus, la Cour déclare que l'interdiction de la torture «relève du droit international coutumier» puis note qu'«elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*)»<sup>211</sup>. La Cour énumère ensuite les éléments à partir desquels elle conclut qu'il existe une *opinio juris*<sup>212</sup>. Cette liste comprend des traités et des résolutions et renvoie au droit interne :

Cette interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des États. Elle figure dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle (notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948; les Conventions de Genève pour la protection des victimes de [la] guerre de 1949; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966; la résolution [3452 (XXX)] de l'Assemblée générale sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en date du 9 décembre 1975), et elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des États; enfin, les actes de torture sont dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales<sup>213</sup>.

81. La Cour n'indique pas explicitement si elle vise l'*opinio juris cogentis* ou seulement l'*opinio juris sive necessitatis*. Il est même possible que la Cour ait combiné l'une et l'autre. Il semble toutefois qu'elle considère qu'il s'agit d'éléments pertinents pour établir l'acceptation et la reconnaissance de l'indérogeabilité. La référence à des instruments «à vocation universelle» – une caractéristique fondamentale des normes du *jus cogens* – donne à penser que la Cour vise l'acceptation et la reconnaissance du caractère impératif des normes. On peut aussi penser qu'elle considère que les éléments pertinents pour évaluer l'*opinio juris* «ordinaire» sont les mêmes que ceux qui sont pertinents pour évaluer si la communauté internationale des États dans son ensemble a accepté et reconnu le caractère impératif d'une norme.

82. Si les États et autres acteurs du droit international n'indiquent pas toujours clairement sur quelle base ils se fondent pour considérer que telle ou telle norme a acquis le statut de *jus cogens*<sup>214</sup>, l'invocation de traités et de

<sup>211</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 95), à la page 457, par. 99.

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> *Ibid.* Cette approche est comparable à celle suivie dans le rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire (A/HRC/30/37, voir *supra* la note 163). Il convient d'observer que les sources mentionnées par la Cour sont comparables à celles visées par la cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit dans l'affaire *Filartiga v. Pena-Irala*, arrêt, 30 juin 1980, 630 F.2d 876, p. 7 à 11.

<sup>214</sup> Voir, sur ce point, de Wet, «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», p. 544.

résolutions d'organisations internationales comme preuves de l'acceptation et de la reconnaissance de l'indérogeabilité des normes est fréquente et ne devrait pas être controversée<sup>215</sup>. L'idée que les traités et les résolutions des organisations internationales, en particulier de l'Organisation des Nations Unies, sont des instruments pertinents pour attester l'acceptation et la reconnaissance de l'indérogeabilité est aussi reflétée dans des déclarations des États. Elle est de plus conforme à celle voulant que c'est l'opinion des États qui détermine la dérogeabilité.

83. Si les traités et résolutions sont des exemples d'instruments pouvant attester l'acceptabilité et la reconnaissance de la non-dérogeation, ce ne sont pas les seuls documents pertinents pour identifier les normes du *jus cogens*. Tout document attestant que les États considèrent collectivement que telle ou telle norme est une norme à laquelle aucune dérogeation n'est permise est pertinent aux fins de l'identification des normes du *jus cogens*. Comme l'*opinio juris sive necessitatis*, l'acceptation et la reconnaissance peuvent « revêtir une grande variété de formes<sup>216</sup> ». Les documents visés dans la liste non exhaustive des formes de preuve de l'*opinio juris* figurant dans la conclusion 10 du projet de conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier peuvent également servir de preuves de l'acceptation et de la reconnaissance de l'indérogeabilité<sup>217</sup>. Ainsi, outre les dispositions conventionnelles et les résolutions, les déclarations publiques faites au nom des États, les publications officielles, les avis juridiques gouvernementaux, la correspondance diplomatique et les décisions des juridictions nationales peuvent également servir de preuves de l'acceptation et de la reconnaissance<sup>218</sup>. C'est

<sup>215</sup> Voir, par exemple, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [note 43 *supra*], aux pages 110 et 111, par. 161; et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [note 44 *supra*], à la page 442, par. 87. Voir également *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 582, à la page 595, par. 28, dans lequel la Cour évoque les arguments de la Guinée selon lesquels le droit à un procès équitable relève du *jus cogens* sur le fondement, notamment, de divers instruments; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, opinion individuelle du Vice-Président Ammoun, à la page 79, invoquant des résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité pour conclure que le droit à l'autodétermination est un droit impératif; exposé écrit des Îles Salomon inclus dans la lettre du 19 juin 1995 du représentant permanent des Îles Salomon auprès de l'Organisation des Nations Unies, concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, p. 41, par. 3.39 (« [i] est tout à fait normal en droit international que les règles les plus communes et les plus fondamentales soient réaffirmées et incorporées à maintes reprises dans des traités »). Le texte de cet exposé écrit est disponible à l'adresse suivante : [www.icj-cij.org/fr/affaire/95/procedure-ecrite](http://www.icj-cij.org/fr/affaire/95/procedure-ecrite) (en anglais seulement).

<sup>216</sup> Paragraphe 2 du commentaire de la conclusion 10 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier, *Annuaire... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 77 et 78.

<sup>217</sup> Le paragraphe 2 de la conclusion 10 du projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier (*ibid.*, p. 65) contient une liste d'exemples des formes de preuves de l'*opinio juris*.

<sup>218</sup> Voir, par exemple, *Furundžija* (note 46 *supra*), par. 156, dans lequel le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie mentionne, entre autres, les décisions de juridictions internes ci-après : *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (note 49 *supra*); *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* (note 115 *supra*); tribunal de district des États-Unis pour le sud de l'État de New York, *Cabiri*

toutefois le contenu de ces diverses formes de preuve qui détermine si elles constituent l'acceptation comme étant le droit (aux fins du droit international coutumier), ou l'acceptation et la reconnaissance de l'indérogeabilité (aux fins du *jus cogens*).

84. Parce que ce sont l'acceptation et la reconnaissance des États qui sont requises pour établir qu'une norme fait partie du *jus cogens*, tous les types de documents cités ci-dessus émanent de processus étatiques. Cela ne signifie toutefois pas que des documents émanant de la société civile, d'organes d'experts et d'autres sources ne peuvent être utilisés pour évaluer les instruments émanant des États et leur donner un contexte. Dans l'affaire *RM and Another v. Attorney General*, par exemple, la Haute Cour du Kenya a invoqué l'observation générale n° 18 (1989) du Comité des droits de l'homme, relative à la non-discrimination<sup>219</sup>, pour décider si la non-discrimination était une norme impérative du droit international général<sup>220</sup>. De même, pour conclure que le principe du non-refoulement était une norme du *jus cogens*, la Cour pénale internationale a invoqué, notamment, l'opinion du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés<sup>221</sup>. De même, la conclusion du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundžija*, selon laquelle l'interdiction de la torture était une norme du *jus cogens*, reposait notamment sur les observations de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, du Comité des droits de l'homme et du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>222</sup>. Ces « autres » documents peuvent, bien entendu, ne pas constituer des preuves de l'acceptation et de la reconnaissance. Toutefois, ils peuvent donner un contexte aux principales formes de preuve et contribuer à leur évaluation.

85. Des décisions de juridictions internationales ont également été régulièrement citées pour déclarer que telle ou telle norme avait acquis le statut de *jus cogens*. Dans l'affaire *Le Procureur c. Popović*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a cité l'observation de la Cour internationale de Justice figurant dans l'arrêt *Application de la Convention pour la prévention et la répression du*

*v. Assasie-Gyimah*, 921 F. Supp. 1189 (1996), 1196; cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *In re Estate of Ferdinand E. Marcos*, 978 F.2d 493; et Cour suprême des États-Unis, *Marcos Manto v. Thajane*, 508 US 972, 125L Ed 2d 661, 113 S. Ct. 2960.

<sup>219</sup> Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18 (1989) sur la non-discrimination (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 40 [A/45/40 (Vol. I)]*, annexe VI, sect. A), par. 1.

<sup>220</sup> Haute Cour du Kenya, *RM and Another v. Attorney General*, jugement, 1<sup>er</sup> décembre 2006, *Kenya Law Reports*, p. 18.

<sup>221</sup> Voir *Katanga* (note 190 *supra*), par. 30, visant l'avis consultatif sur l'application extraterritoriale des obligations de non-refoulement émis en 2007 par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. La Cour a également visé plusieurs conclusions du Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire.

<sup>222</sup> Voir *Furundžija* (note 46 *supra*), par. 144 et 153. Le Tribunal a cité la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica », l'observation générale n° 24 (1994) du Comité des droits de l'homme sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 [A/50/40 (Vol. I)]*, annexe V) et un rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (E/CN.4/1986/15).

crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*) [citant *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*] selon laquelle «la norme interdisant le génocide constituait assurément une norme impérative du droit international (*jus cogens*)<sup>223</sup>». Bien que la Cour internationale de Justice n'ait pas mentionné le *jus cogens* dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*<sup>224</sup>, cet avis consultatif a souvent été cité pour conclure que l'interdiction du génocide était une norme du *jus cogens*<sup>225</sup>. L'observation faite par la Cour internationale de Justice concernant les conséquences des «principes intransgressibles du droit international coutumier» dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* a également été citée à l'appui de la conclusion selon laquelle les violations graves des Conventions de Genève de 1949 constituaient des violations de normes du *jus cogens*<sup>226</sup>. Dans l'affaire *Furundžija*, par exemple, la conclusion du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie selon laquelle l'interdiction de la torture est une norme du *jus cogens* repose notamment sur l'étendue de cette interdiction, y compris le fait que les États «ne peuvent [...] expulser, refouler ou extraditer» une personne vers un lieu où elle risque d'être torturée<sup>227</sup>. Pour démontrer l'étendue de cette interdiction, le Tribunal a notamment cité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>228</sup>. Dans l'affaire *Ayyash et autres*, le Tribunal spécial pour le Liban a conclu que les principes de légalité<sup>229</sup> et de l'équité

du procès<sup>230</sup> avaient le statut de *jus cogens*, et, dans l'affaire *El Sayed*, que le droit d'accès à la justice revêtait «le caractère de norme impérative (*jus cogens*)<sup>231</sup>» sur la base, notamment, de la jurisprudence de juridictions nationales et internationales.

86. Les travaux de la Commission ont également été cités pour déterminer si telle ou telle norme avait acquis le statut de *jus cogens*. Il est notoire que lorsqu'elle a évalué le statut de l'interdiction de l'emploi de la force, la Cour internationale de Justice a observé que «la Commission du droit international a exprimé l'opinion que "le droit de la Charte concernant l'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens*"<sup>232</sup>». La plupart des contributions donnant une liste de normes du *jus cogens* généralement acceptées s'inspirent de la liste incorporée par la Commission dans le commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État<sup>233</sup>. Les travaux de la Commission peuvent ainsi également contribuer à l'identification des normes du *jus cogens*. La doctrine peut aussi être utile, à titre secondaire, pour évaluer les principales formes de preuve de l'acceptation et de la reconnaissance du statut de norme impérative et leur donner un contexte<sup>234</sup>.

d'appel, par. 76, citant le cas du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

<sup>223</sup> *Le Procureur c. Popović et consorts*, affaire n° IT-05-88-T, jugement, 10 juin 2010, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, par. 807, note de bas de page 2910. Pour d'autres renvois à des jugements de la Cour pénale internationale concernant la Bosnie-Herzégovine, voir *Karadžić* (note 159 *supra*), par. 539, note de bas de page 1714.

<sup>224</sup> Voir, sur ce point, *Annuaire... 2016*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/693, p. 501, par. 54, note de bas de page 190, où il est indiqué que, si la Cour internationale de Justice ne mentionne pas explicitement le *jus cogens* ou des normes impératives, elle décrit l'interdiction du génocide en des termes qui dénotent un caractère impératif.

<sup>225</sup> Voir, par exemple, *Karadžić* (note 159 *supra*), par. 539; Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre préliminaire, dossier n° 002/19-09-2007-CETC/BCJI, décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture, 11 avril 2011, document n° D427/1/30, par. 244; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* [note 84 *supra*], à la page 32, par. 66; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [note 43 *supra*], aux pages 110 et 111, par. 161; et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [note 44 *supra*], à la page 442, par. 87.

<sup>226</sup> Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture (voir *supra* la note 225), par. 256; et Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de première instance, dossier n° 002/19-09-2007/ECCC/TC, décision relative aux éléments de preuve obtenus sous la torture, 5 février 2016, document n° 350/8, par. 25, où est notamment cité l'arrêt relatif aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (voir *supra* la note 95). Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont, dans leur décision relative aux éléments de preuve obtenus sous la torture, cité d'autres décisions internationales, notamment *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CEDH 2012 (extraits); et *Cabrera Garcia et Montiel Flores c. Mexique*, arrêt, 26 novembre 2010, Cour interaméricaine des droits de l'homme.

<sup>227</sup> *Furundžija* (voir *supra* la note 46), par. 144.

<sup>228</sup> *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série An° 161; *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201; et *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V.

<sup>229</sup> *Le Procureur c. Ayyash et autres*, affaire n° STL-11-01/I, décision préjudicielle sur le droit applicable: terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, 16 février 2011, Chambre

<sup>230</sup> *Le Procureur c. Ayyash et autres*, affaire n° STL-11-01/PT/AC/AR90.1, arrêt relatif aux appels interjetés par la défense contre la décision relative aux contestations par la défense de la compétence et de la légalité du Tribunal, 24 octobre 2012, Chambre d'appel [citant l'arrêt *Kadi* (voir *supra* la note 62) du Tribunal de première instance des Communautés européennes].

<sup>231</sup> *El Sayed*, affaire n° CH/PRES/2010/01, ordonnance portant renvoi devant le juge de la mise en état, 15 avril 2010, Président du Tribunal spécial pour le Liban, par. 29 (citant des jugements de la Cour interaméricaine des droits de l'homme).

<sup>232</sup> *Activités militaires et paramilitaires* (voir *supra* la note 73), à la page 100, par. 190. Voir également Cour suprême du Chili, *Re Víctor Raúl Pinto, Re, Pinto v. Relatives of Tomás Rojas*, affaire n° 3125-04, décision sur l'annulation, 13 mars 2007, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* 1093 (CL 2007), par. 29 et 31.

<sup>233</sup> Paragraphe 5 du commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 90. Voir den Heijer et van der Wilt, «*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law», p. 9, décrivant les normes figurant dans cette liste comme celles qui «ne sont pas contestables»; Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, p. 151; et Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, p. 202. Voir également de Wet, «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», p. 543. Celle-ci cite non la liste de la Commission, mais celle figurant dans le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international [*Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), additif 2, document A/CN.4/L.682 et Add.1], une liste légèrement différente. Par exemple, dans cette liste, «le droit de légitime défense» est en lui-même une norme de *jus cogens*, alors que la liste de la Commission cite «l'interdiction de l'agression» mais non «la légitime défense» en tant que norme du *jus cogens* indépendante.

<sup>234</sup> Voir, par exemple, *Nguyen Thang Loi v. Dow Chemical Company* (note 50 *supra*), p. 108, citant Bassiouni, «Crimes against humanity»; *Le Procureur c. Morris Kallon et Brima Bazzy Kamara*, affaires n°s SCSL-2004-15-AR72(E) et SCSL-2004-16-AR72(E), décision relative à une contestation de compétence: amnistie de l'Accord de Lomé, 13 mars 2004, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, par. 71, citant Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*; et *Bayan Muna* (note 53 *supra*), citant Bassiouni, «International crimes...». Voir également *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (note 49 *supra*), p. 718, citant plusieurs auteurs, y compris Parker et Neylon, «*Jus cogens*...», et Randall, «Universal jurisdiction under international law», à l'appui de la proposition selon laquelle l'interdiction de la torture est une norme du *jus cogens*.



87. On aura remarqué que les documents visés ci-dessus sont essentiellement les mêmes que ceux qui sont pertinents pour la détermination du droit international coutumier, c'est-à-dire qu'ils peuvent être invoqués en tant que pratique ou preuve de l'*opinio juris*. Comme cela est indiqué ci-dessus, ce qui distingue l'acceptation et la reconnaissance en tant que critères du *jus cogens* des utilisations potentielles de ces documents pour la détermination du droit international coutumier est que, dans le premier cas, les documents doivent attester que la communauté internationale des États dans son ensemble considère que la norme en question est une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise<sup>235</sup>. Des dispositions conventionnelles interdisant les réserves ou le retrait et toute dérogation, sans être concluantes, seront elles aussi pertinentes à cette fin.

88. C'est en examinant tous les documents dans leur contexte et en leur accordant le poids pertinent que l'on détermine s'ils permettent de conclure que la communauté internationale des États dans son ensemble considère qu'une norme ne souffre pas de dérogation. Divers facteurs peuvent être pertinents lorsque l'on évalue si les documents disponibles apportent la preuve de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme comme relevant du *jus cogens*. L'indication expresse dans ces documents qu'une norme du droit international général ne souffre pas de dérogation est un facteur important. Il importe également que les documents, envisagés comme un tout, montrent que la communauté internationale des États dans son ensemble considère qu'aucune dérogation n'est permise.

<sup>235</sup> Voir *supra* les notes 207 et 208.

89. Comme cela est indiqué ci-dessus, les caractéristiques du *jus cogens* identifiées dans le premier rapport du Rapporteur spécial et explicitées dans le présent rapport ne sont pas des critères d'identification des normes du *jus cogens*. Il s'agit plutôt d'éléments descriptifs qui caractérisent la nature du *jus cogens*. Il n'est donc pas nécessaire de montrer que telle ou telle norme revêt ces caractéristiques pour qu'elle soit considérée comme une norme du *jus cogens*. En d'autres termes, ces éléments descriptifs ne sont pas des critères additionnels d'identification des normes du *jus cogens*. Toutefois, à la lumière des éléments de preuve persuasifs cités ci-dessus, le fait que les États considèrent que telle ou telle norme possède ces caractéristiques peut être invoqué pour en établir l'indérogeabilité. Ainsi, lorsque les documents, examinés dans leur contexte et comme un tout, montrent que la communauté internationale des États dans son ensemble accepte et reconnaît qu'une norme du droit international général protège ou reflète des valeurs fondamentales de la communauté internationale, est hiérarchiquement supérieure aux autres normes du droit international et est universellement applicable, on peut y voir la preuve que les États considèrent que cette norme ne souffre pas de dérogation et est donc une norme du *jus cogens*. La pertinence de ces caractéristiques, même si elles n'ont de valeur qu'indicative, tient au fait que, comme l'a noté la Cour internationale de Justice, la question de savoir si une règle relève du *jus cogens* « a trait à la nature juridique de cette règle<sup>236</sup> ».

<sup>236</sup> Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 84 *supra*), à la page 258, par. 83.

## CHAPITRE III

### Propositions

#### A. Intitulé du sujet

90. Compte tenu du débat de la Commission à sa soixante-huitième session, le Rapporteur spécial propose de modifier l'intitulé du sujet, «*Jus cogens*», qui deviendrait «*Normes impératives du droit international (jus cogens)*».

#### B. Projets de conclusion

91. Sur la base de l'analyse qui précède, le Rapporteur spécial propose les projets de conclusion ci-après à l'examen de la Commission.

«*Projet de conclusion 4. Critères du jus cogens*

«Pour identifier une norme en tant que norme de *jus cogens*, il est nécessaire de montrer que la norme en question satisfait à deux critères :

«*a*) il doit s'agir d'une norme du droit international général ; et

«*b*) elle doit être acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

«*Projet de conclusion 5. Les normes du jus cogens en tant que normes du droit international général*

«1. Une norme du droit international général est une norme dont le champ d'application est général.

«2. Le droit international coutumier est le fondement le plus commun de la formation des normes de *jus cogens* du droit international.

«3. Les principes généraux de droit au sens de l'Article 38, paragraphe 1 *c*, du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent également servir de fondement à des normes de *jus cogens* du droit international.

«4. Une disposition conventionnelle peut refléter une norme du droit international général apte à s'élever au rang de norme de *jus cogens* du droit international général.

«*Projet de conclusion 6. L'acceptation et la reconnaissance en tant que critère d'identification du jus cogens*

«1. Une norme du droit international général est identifiée en tant que norme de *jus cogens* lorsqu'elle est acceptée et reconnue en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

«2. L'exigence qu'une norme soit acceptée et reconnue comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise exige une évaluation de l'opinion de la communauté internationale des États dans son ensemble.

«*Projet de conclusion 7. Communauté internationale des États dans son ensemble*

«1. C'est l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble qui sont pertinentes pour l'identification des normes du *jus cogens*. En conséquence, c'est l'attitude des États qui est pertinente.

«2. Si l'attitude d'acteurs autres que les États peut être pertinente pour évaluer l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble, cette attitude ne peut, en elle-même, constituer l'acceptation et la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble. Les attitudes d'autres acteurs peuvent être pertinentes pour donner un contexte aux attitudes des États et les évaluer.

«3. L'acceptation et la reconnaissance d'une large majorité d'États sont suffisantes pour l'identification d'une norme en tant que norme du *jus cogens*. L'acceptation et la reconnaissance de tous les États n'est pas requise.

«*Projet de conclusion 8. Acceptation et reconnaissance*

«1. L'exigence de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critère du *jus cogens* est distincte de l'acceptation comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier. Elle est de même distincte de l'exigence de reconnaissance aux fins des principes généraux de droit au sens

de l'Article 38, paragraphe 1 c, du Statut de la Cour internationale de Justice.

«2. L'exigence de l'acceptation et de la reconnaissance en tant que critère du *jus cogens* signifie que la preuve doit être apportée que, outre qu'elle est acceptée comme étant le droit, la norme en question est acceptée par les États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

«*Projet de conclusion 9. Preuves de l'acceptation et de la reconnaissance*

«1. Les preuves de l'acceptation et de la reconnaissance d'une norme du droit international général en tant que norme de *jus cogens* peuvent prendre des formes variées et être reflétées dans des documents divers.

«2. Les documents ci-après peuvent fournir la preuve de l'acceptation et de la reconnaissance du fait qu'une norme du droit international général a été élevée au rang de *jus cogens*: traités, résolutions adoptées par des organisations internationales, déclarations publiques faites au nom des États, publications officielles, avis juridiques gouvernementaux, correspondance diplomatique et décisions des juridictions nationales.

«3. Les jugements et décisions des cours et tribunaux internationaux peuvent également servir de preuve de l'acceptation et de la reconnaissance pour l'identification d'une norme en tant que norme de *jus cogens* du droit international.

«4. D'autres documents, comme ceux issus des travaux de la Commission du droit international, des travaux d'organes d'experts et de la doctrine peuvent constituer un moyen secondaire d'identification des normes du droit international auxquelles aucune dérogation n'est permise. Ces documents peuvent également être utiles pour évaluer le poids des documents principaux.»

## CHAPITRE IV

### Programme de travail futur

92. Le présent rapport est axé sur les critères d'identification des normes du *jus cogens*. Le premier rapport du Rapporteur spécial était axé sur la nature et l'évolution historique du *jus cogens*. Dans ce premier rapport, le Rapporteur spécial proposait également une feuille de route pour 2017, 2018 et 2019. Il était indiqué que cette feuille de route serait envisagée avec souplesse, mais le Rapporteur spécial ne voit, au stade actuel, nul besoin de s'en écarter.

93. Dans son prochain rapport, en 2018, le Rapporteur spécial entend commencer l'examen des effets ou conséquences du *jus cogens*. Ce rapport traitera entre autres des conséquences du *jus cogens* en termes généraux. Il portera également sur les effets du *jus cogens* en droit conventionnel et dans d'autres domaines du droit international, comme le droit de la responsabilité de l'État et les règles

relatives à la compétence. En ce qui concerne les effets du *jus cogens*, le Rapporteur spécial souhaiterait que la Commission fasse des commentaires sur d'autres domaines du droit international susceptibles de bénéficier de l'étude. Le quatrième rapport du Rapporteur spécial portera sur des questions diverses soulevées lors des débats au sein de la Commission du droit international et à la Sixième Commission.

94. Le Rapporteur spécial examinera également, compte tenu des débats au sein de la Commission du droit international et à la Sixième Commission, si, sur quelle base et sous quelle forme il convient de proposer une liste indicative de normes du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial présentera des propositions sur cette question dans son quatrième rapport.



# SUCCESSION D'ÉTATS EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

[Point 8 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/708

## Premier rapport sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, par M. Pavel Šturma, Rapporteur spécial\*

[Original: anglais]  
[31 mai 2017]

### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	181
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	182
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-18 183
A. Vue d'ensemble.....	1-7 183
B. Travaux précédents de la Commission.....	8-18 184
<i>Chapitres</i>	
I. PORTÉE ET RÉSULTAT DES TRAVAUX SUR LE SUJET.....	19-29 186
II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES.....	30-132 188
A. Existe-t-il un principe général régissant la succession en matière de responsabilité de l'État ?.....	30-37 188
B. Différents cas de succession.....	38-64 189
1. Premières affaires.....	38-46 189
2. Cas de succession en Europe centrale et orientale dans les années 1990.....	47-64 191
C. Certaines règles des deux Conventions de Vienne sur la succession d'États s'appliquent-elles ?.....	65-82 193
D. Nature des règles à codifier et pertinence des accords et des déclarations unilatérales.....	83-132 196
1. Pertinence des accords.....	87-111 196
2. Portée des actes unilatéraux.....	112-132 200
III. TRAVAUX FUTURS.....	133 203
Programme de travail futur.....	133 203

### Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

*Sources*

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]

H. Triepel, *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. 691.

\* Le Rapporteur spécial tient à remercier le Secrétariat pour son inventaire informel des documents pertinents, et Claire Marguerettaz pour son assistance lors de l'établissement du présent rapport.

## Sources

- Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et la Hongrie (Traité de paix de Trianon) [Trianon, 4 juin 1920]
- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]
- Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)
- Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978) [Vienne, 23 août 1978]
- Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Convention de Vienne de 1983) [Vienne, 8 avril 1983]
- Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986)
- Accord sur les questions de succession (Vienne, 29 juin 2001)
- H. Triepel, *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. XII. Leipzig, Theodor Weicher, 1923, p. 423.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277.
- Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
- Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
- Ibid., vol. 1946, n° 33356, p. 3.
- Nations Unies, *Annuaire juridique 1983* (numéro de vente: F.90.V.1), p. 162.
- A/CONF.129/15, dans *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. II, A/CONF.129/16/Add.1 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.5), p. 93.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2262, n° 40296, p. 251.

## Ouvrages cités dans le présent rapport

- ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL  
*Report of the Seventy-third Conference, Rio de Janeiro, 17-21 August 2008*, Londres, 2008.
- CAVAGLIERI, Arrigo  
« Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1929-I*, vol. 26, p. 311 et suiv.
- COMBACAU, Jean, et Serge SUR  
*Droit international public*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2004.
- COTRAN, Eugene  
« Some legal aspects of the formation of the United Arab Republic and the United Arab States », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 8 (1959), p. 346 et suiv.
- CRAVEN, Matthew C. R.  
« The problem of State succession and the identity of States under international law », *EJIL*, vol. 9 (1998), p. 142 à 162.
- CRAWFORD, James  
*Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.  
*State Responsibility: The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- CZAPLINSKI, Wladyslaw  
« State succession and State responsibility », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 28 (1990), p. 339 à 358.
- D'AMATO, Anthony (dir. publ.)  
*International Law Anthology*, 3<sup>e</sup> éd., Anderson, 1994.
- D'ARGENT, Pierre  
*Les réparations de guerre en droit international public*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2002.
- DAILLIER, Patrick, et Alain PELLET  
*Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2002.
- DE VISSCHER, Charles  
*Théories et réalités en droit international public*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 1960.
- DUMBERRY, Patrick  
*State Succession to International Responsibility*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2007.
- DUPUY, Pierre-Marie  
*Droit international public*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008.
- EISEMANN, Pierre Michel, et Martti KOSKENNIEMI (dir. publ.)  
*La succession d'États: la codification à l'épreuve des faits*, La Haye, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, 2000.
- FOCSANEANU, Lazar  
« L'accord ayant pour objet l'indemnisation de la Compagnie de Suez nationalisée par l'Égypte », *Annuaire français de droit international*, vol. 5 (1959), p. 161 à 204.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL  
*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 76 (session de Tallinn, 2015), Paris, Pedone, 2016.
- JENNINGS, Robert, et Arthur WATTS (dir. publ.)  
*Oppenheim's International Law*, vol. I, *Peace*, 9<sup>e</sup> éd., Harlow, Longman, 1992.

- KAMMINGA, Menno T.  
«State succession in respect of human rights treaties», *EJIL*, vol. 7 (1996), p. 469 à 484.
- LAUTERPACHT, H.  
*Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, Longmans, 1927.
- MALENOVSKÝ, Jiří  
«Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie, y compris tracé de la frontière», *Annuaire français de droit international*, vol. 39 (1993), p. 305 à 336.
- MÄLKSOO, Lauri  
*Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR – A Study of the Tension between Normativity and Power in International Law*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2003.
- MAREK, Krystyna  
*Identity and Continuity of States in Public International Law*, Genève, Librairie Droz, 1968.
- MIKULKA, Václav  
*Sukcese států: Teoretická studie [Succession d'État: étude théorique]*, Prague, Academia, 1987.  
«State succession and responsibility», dans James Crawford, Alain Pellet et Simon Olleson, dir. publ., *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 291 à 296.
- MONNIER, Jean-Philippe  
«La succession d'États en matière de responsabilité internationale», *Annuaire français de droit international*, vol. 8 (1962), p. 65 à 90.
- NOLLKAEMPER, André, et Ilias PLAKOKEFALOS (dir. publ.)  
*Principles of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.  
*The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- O'CONNELL, Daniel Patrick  
*The Law of State Succession*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956.  
*State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1967.  
«Recent problems of State succession in relation to new States», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-II*, vol. 130, p. 95 à 206.
- ROUSSEAU, Charles  
«Chronique des faits internationaux», *Revue générale de droit international public*, vol. 62 (1958), p. 665 à 715.
- SCHACHTER, Oscar  
«State succession: the once and future law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 33 (1993), p. 253 à 260.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz  
*Mezinárodní právo veřejné [Droit international public]* (traduction tchèque de la 9<sup>e</sup> édition, original allemand), Prague, ASPI, 1999.
- STERN, Brigitte  
«La succession d'États», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1996*, vol. 262, p. 9 à 437.  
«Responsabilité internationale et succession d'États», dans Laurence Boisson de Chazournes et Vera Gowlland-Debbas, dir. publ., *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, p. 327 à 356.
- WESTON, Burns H., Richard B. LILICH et David J. BEDERMAN  
*International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995*, Ardsley (New York), Transnational, 1999.
- WHITEMAN, Marjorie M.  
*Digest of International Law*, vol. 2, Washington, Department of State, 1963.
- ZIEMELE, Ineta  
«State continuity, succession and responsibility: reparations to the Baltic States and their peoples?», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 3 (2003), p. 165 à 190.

## Introduction

### A. Vue d'ensemble

1. À sa soixante-neuvième session, en mai 2017, la Commission a décidé d'inscrire le sujet «Succession d'États en matière de responsabilité de l'État» à son programme de travail actuel, et a désigné M. Pavel Šturma Rapporteur spécial<sup>1</sup>. Le Rapporteur spécial a établi le présent rapport préliminaire à titre de premier rapport contenant en particulier une réflexion sur la portée du sujet et un programme de travail provisoire, dans l'idée qu'un tel document pourrait servir de base à un débat initial au cours de la soixante-neuvième session.

2. Ce sujet fait partie de ceux que la Commission a identifiés et inscrits à son programme de travail à long terme à sa soixante-huitième session, en 2016<sup>2</sup>; le plan d'étude du sujet est joint en annexe au rapport de la Commission à l'Assemblée générale<sup>3</sup>.

3. Lors des débats à la Sixième Commission, pendant la soixante et onzième session de l'Assemblée générale, en 2016, dix délégations au moins ont fait de brefs commentaires à propos de l'inscription du sujet «Succession d'États en matière de responsabilité de l'État» au programme de travail de la Commission. Plusieurs délégations ont accueilli cette décision avec satisfaction. Le Soudan l'a jugée opportune et a exprimé l'espoir que la Commission poursuive l'examen du sujet, compte tenu des besoins découlant des circonstances actuelles, et qu'elle parvienne à des conclusions qui contribueraient au développement progressif et à la codification du droit international<sup>4</sup>. De même, la délégation togolaise s'est félicitée que la Commission élargisse ses travaux à des domaines qui rapprochent le droit international des pré-occupations des populations du monde, et a soutenu la proposition de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Annuaire... 2017*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 16, par. 21.

<sup>2</sup> *Annuaire... 2016*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 240, par. 308.

<sup>3</sup> *Ibid.*, annexe II.

<sup>4</sup> A/C.6/71/SR.21, par. 143.

<sup>5</sup> A/C.6/71/SR.23, par. 20.

4. Les commentaires les plus étoffés ont été formulés par les délégations de la Slovaquie et de la Slovénie, pays ayant fait récemment l'expérience des problèmes de succession. La délégation slovaque a affirmé que le sujet de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État méritait en effet toute l'attention de la Commission. L'examen de ce sujet permettrait de compléter les précédents travaux de la Commission en la matière, même si la pratique étatique n'avait peut-être pas été suffisamment abondante et claire à l'époque de l'examen du sujet de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. En tant qu'État ayant rencontré ce problème par le passé, en particulier dans le cadre de l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*<sup>6</sup>, la Slovaquie, tout en estimant qu'il s'agissait d'un sujet pertinent, a attiré l'attention sur les difficultés que risquait de soulever la détermination de règles et de principes régissant la succession d'États en matière de responsabilité de l'État<sup>7</sup>. La délégation slovène s'est également félicitée de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission, reconnaissant que cela permettrait peut-être de combler les lacunes qui subsistaient après l'achèvement de la codification, d'une part, de la succession d'États en matière de traités et, d'autre part, de la succession en matière de biens, archives et dettes d'État. La Slovénie a toutefois fait observer que les différents types de succession impliquaient différents types de responsabilité de l'État. Ainsi, lorsqu'un État prédécesseur de type fédéral était dissous, comme cela avait été le cas de l'ex-Yougoslavie, la responsabilité de l'État successeur pour fait internationalement illicite ne pouvait être engagée au même titre que si l'État en question avait fait sécession d'un État centralisé. Les travaux sur le sujet devraient tenir compte de cette spécificité. La Slovénie a en outre souligné qu'il serait utile de déterminer si certaines dispositions déjà codifiées concernant la succession d'États avaient obtenu le statut de règle du droit international coutumier<sup>8</sup>.

5. Les délégations tchèque<sup>9</sup>, égyptienne<sup>10</sup> et mongole<sup>11</sup> ont également soutenu l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission, estimant qu'elle contribuerait à combler certaines lacunes du droit international.

6. La Roumanie a fait observer que, même si le sujet présentait un certain intérêt du point de vue du droit international, en particulier dans le contexte de la dissolution d'États survenue en Europe centrale et orientale dans les années 1990, son analyse par la Commission serait d'une pertinence limitée à l'époque actuelle. Elle était toutefois disposée à écouter les arguments en faveur d'un travail de recherche et du résultat escompté, puisque l'on estimait qu'une telle entreprise contribuerait à achever la codification de la succession d'États en matière de traités, de biens, archives et dettes d'État, et de nationalité<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7.

<sup>7</sup> A/C.6/71/SR.23, par. 27.

<sup>8</sup> Ibid., par. 36. Voir également le texte intégral de l'intervention de la délégation slovène.

<sup>9</sup> A/C.6/71/SR.21, par. 11.

<sup>10</sup> A/C.6/71/SR.23, par. 46.

<sup>11</sup> A/C.6/71/SR.29, par. 98.

<sup>12</sup> A/C.6/71/SR.21, par. 68. Voir également le texte intégral de l'intervention de la délégation roumaine.

7. Quelques délégations ont mis en question la pertinence du sujet à l'époque actuelle. L'Autriche a souligné que le sujet était hautement controversé et que la Commission en avait précédemment exclu l'examen. Elle a fait mention des travaux que l'Institut de droit international avait récemment consacrés au sujet, et dont le résultat était difficilement acceptable pour l'Autriche. L'Autriche jugeait peu probable qu'au stade actuel l'examen de questions parmi les plus controversées de celles touchant à la responsabilité de l'État aboutisse à un résultat acceptable<sup>13</sup>. La délégation turque, relevant la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme, a fait observer que les États n'étaient pas encore parvenus à s'entendre sur la marche à suivre et qu'il s'agissait d'une question complexe aux multiples aspects. Elle doutait que les États puissent parvenir à un consensus sur le sujet et n'était pas convaincue que la Commission doive en entreprendre l'étude<sup>14</sup>.

## B. Travaux précédents de la Commission

8. Le sujet à l'examen concerne deux branches du droit international dans lesquelles la Commission a déjà fait œuvre de codification et de développement progressif. Les précédents travaux de la Commission avaient toutefois laissé de côté le sujet de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, considéré comme étant susceptible d'être approfondi ultérieurement.

9. La Commission a abordé ce problème lors de ses travaux sur la succession d'États dans les années 1960. En 1963, M. Manfred Lachs, le Président de la Sous-Commission sur la succession d'États et de gouvernements, a proposé d'inclure la question de la succession à la responsabilité non contractuelle parmi d'autres aspects possibles de l'étude de la Commission sur le sujet de la succession d'États<sup>15</sup>. En raison d'une divergence de vues à ce propos, la Commission a décidé d'exclure le problème de la responsabilité non contractuelle du champ du sujet<sup>16</sup>. Depuis lors, toutefois, la pratique étatique et les vues doctrinales ont évolué.

10. La Commission a achevé ses travaux sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite en 2001. Elle n'a toutefois pas étudié les situations dans lesquelles une succession d'États se produit après la commission d'un fait illicite. La succession en question peut concerner un État responsable ou un État lésé. Dans les deux cas, elle donne naissance à des relations juridiques assez complexes, et il convient de relever qu'à cet égard les points de vue à la Commission et ailleurs ont quelque peu évolué. Alors que, dans le rapport de 1998, le Rapporteur spécial, M. James Crawford, faisait observer que, selon un point de vue très largement partagé, en général, un nouvel État ne succédait pas à la responsabilité étatique de son prédécesseur<sup>17</sup>, on peut

<sup>13</sup> A/C.6/71/SR.21, par. 80.

<sup>14</sup> Ibid., par. 22. Voir également le texte intégral de l'intervention de la délégation turque.

<sup>15</sup> *Annuaire... 1963*, vol. II, document A/5509, annexe II, rapport du Président de la Sous-Commission sur la succession d'États et de gouvernements, document A/CN.4/160, p. 272 et 273, par. 15.

<sup>16</sup> Ibid., document de travail de M. Manfred Lachs, p. 309.

<sup>17</sup> *Annuaire... 1998*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), A/CN.4/490 et Add.1 à 7, par. 282.

lire dans le commentaire du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (ci-après « articles sur la responsabilité de l'État ») élaborés par la Commission en 2001 ce qui suit : « S'agissant d'une affaire de succession d'États, il n'apparaît pas clairement si un nouvel État succède à la responsabilité étatique de l'État prédécesseur au regard de son territoire<sup>18</sup>. » M. James Crawford a brièvement décrit l'évolution de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine depuis la formulation de la règle niant la succession jusqu'à sa réfutation partielle<sup>19</sup>.

11. Suivant une démarche qui a largement fait ses preuves, après avoir achevé ses travaux sur un sujet donné, la Commission étudie habituellement d'autres sujets connexes relevant du même domaine du droit international. C'est ce qu'elle a fait, notamment, pour deux sujets relevant du domaine de la responsabilité internationale, en achevant d'abord les articles sur la responsabilité de l'État en 2001, puis les articles sur la responsabilité des organisations internationales en 2011<sup>20</sup>, ainsi que pour trois sujets relevant du domaine de la succession d'États, en achevant le projet d'articles ayant donné naissance à la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978) et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Convention de Vienne de 1983), ainsi que les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, en 1999<sup>21</sup>.

12. Les deux Conventions de Vienne précitées n'ont pas recueilli un grand nombre de ratifications, mais cela ne signifie pas que les règles qui y sont codifiées n'ont pas influencé la pratique étatique<sup>22</sup>. Au contraire, les États d'Europe centrale, en particulier, ont appliqué ces règles dans le cadre de leur propre succession<sup>23</sup>. De même, des textes non contraignants tels que les articles sur la responsabilité de l'État ou les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États ont été largement suivis dans la pratique.

<sup>18</sup> Paragraphe 3 du commentaire de l'article 11 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 55. Le texte des articles est reproduit dans la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

<sup>19</sup> Crawford, *State Responsibility...*, p. 435 à 455.

<sup>20</sup> Résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011. Le texte du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et des commentaires y relatifs est reproduit dans *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88.

<sup>21</sup> Texte adopté en annexe à la résolution 55/153 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000. Le texte du projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États et des commentaires y relatifs est reproduit dans *Annuaire... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 21 et suiv., par. 47 et 48.

<sup>22</sup> Voir, par exemple, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 412, aux pages 450 et 451, par. 109.

<sup>23</sup> Par exemple, lorsqu'elles ont déposé les instruments de ratification de la Convention de Vienne de 1978, la République tchèque comme la Slovaquie ont fait une déclaration au titre de l'article 7, paragraphes 2 et 3, indiquant qu'elles appliqueraient la Convention à leur propre succession, laquelle a eu lieu avant l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne de 1978. Voir le site Web de la Collection des Traités des Nations Unies, dans « Dépositaire », puis « État des traités », chap. XXIII.2, à l'adresse <https://treaties.un.org>.

13. En particulier, les définitions figurant dans les articles sur la responsabilité de l'État et dans les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 sont applicables au sujet à l'examen. Le point de savoir si d'autres règles énoncées dans les deux Conventions de Vienne sont ou non applicables sera abordé plus loin dans le présent rapport (voir *infra* le chapitre II, section C).

14. Les questions de succession apparaissent également dans le contexte de la codification de la protection diplomatique. Elles apparaissent d'abord dans l'article 4 des articles de 2006 sur la protection diplomatique, dans le cadre d'une définition :

Aux fins de la protection diplomatique d'une personne physique, on entend par État de nationalité un État dont cette personne a acquis la nationalité, conformément au droit de cet État, par sa naissance, par filiation, par naturalisation, à la suite d'une succession d'États ou de toute autre manière non contraire au droit international<sup>24</sup>.

15. Ensuite, l'article 10, paragraphe 1, des articles sur la protection diplomatique aborde, d'une certaine manière, la question de la succession d'États : « Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité, ou la nationalité d'un État prédécesseur, de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. » Cette règle a clairement trait au transfert des droits ou des réclamations d'un État prédécesseur lésé. Ces questions, y compris la règle de la continuité de la nationalité des personnes physiques comme des personnes morales, ainsi que les exceptions à cette règle, seront abordées ultérieurement (voir *infra* le chapitre III).

16. Enfin, il importe de noter que la question de la succession d'États et de la responsabilité de l'État a été traitée par l'Association de droit international en 2008<sup>25</sup> et par l'Institut de droit international en 2013. Ce dernier a chargé une de ses commissions thématiques de l'examiner<sup>26</sup>. À la session qu'il a tenue à Tallinn en 2015, l'Institut a finalement adopté, sur la base du rapport du Rapporteur, M. Marcelo G. Kohen, sa résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale, composée d'un préambule et de 16 articles. La résolution souligne à juste titre la nécessité de faire œuvre de codification et de développement progressif dans ce domaine<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Article 4 des articles sur la protection diplomatique, résolution 62/67 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, annexe. Le texte du projet d'articles sur la protection diplomatique et des commentaires y relatifs est reproduit dans *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 22 et suiv., par. 49 et 50.

<sup>25</sup> Association de droit international, *Report of the Seventy-third Conference, Rio de Janeiro, 17-21 August 2008*, p. 250 et suiv.

<sup>26</sup> Voir Institut de droit international, 14<sup>e</sup> Commission, *La succession d'États en matière de responsabilité internationale*, rapport provisoire du Rapporteur, M. Marcelo G. Kohen.

<sup>27</sup> Institut de droit international, résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale, 28 août 2015, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 76 (session de Tallinn, 2015), p. 703, deuxième alinéa du préambule : « Convaincu de la nécessité de codifier et développer progressivement les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité internationale de l'État, afin de garantir une plus grande sécurité juridique dans les relations internationales ».



17. Le chapitre I de la résolution de l'Institut de droit international comprend deux articles, à savoir l'article 1, intitulé «Expressions employées», qui s'appuie sur les termes employés dans les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983, et l'article 2, intitulé «Portée de la présente résolution». Le chapitre II énonce des règles communes applicables à toutes les catégories de succession d'États (art. 3 à 10). L'article 3 souligne le caractère subsidiaire des principes directeurs. Les articles 4 et 5 traitent respectivement de l'invocation de la responsabilité pour un fait internationalement illicite commis par l'État prédécesseur avant la date de la succession d'États, ou contre celui-ci. Le point commun à ces deux articles est la continuité de l'existence de l'État prédécesseur. Il en ressort une règle générale de non-succession lorsque l'État prédécesseur continue d'exister. L'article suivant (art. 6) traite des accords de dévolution et des actes unilatéraux. Le chapitre III (art. 11 à 16) comporte des dispositions concernant des catégories spécifiques de succession d'États, à savoir le transfert d'une partie du territoire d'un État, la séparation (sécession) de parties d'un État, la fusion

d'États et l'incorporation d'un État dans un autre État pré-existant, la dissolution d'un État et l'émergence d'États nouvellement indépendants.

18. Dans les deux cas précités, les travaux d'organes privés de codification peuvent et doivent être pris en considération par le Rapporteur spécial. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils doivent déterminer ou limiter d'une quelconque manière les travaux de la Commission sur ce sujet. Il y a principalement deux raisons à cela. Pour ce qui est de la forme, la légitimité et l'autorité d'organes privés tels que l'Association de droit international et l'Institut de droit international semblent différentes de celles de la Commission, qui est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale. La Commission travaille en collaboration avec les États Membres et s'efforce de leur être utile, en particulier dans le cadre du débat sur son rapport annuel qui a lieu à la Sixième Commission. Pour ce qui est du fond, la Commission et le Rapporteur spécial qu'elle a désigné doivent être libres de suivre une démarche différente si et, le cas échéant, dans la mesure où cela est approprié.

## CHAPITRE I

### Portée et résultat des travaux sur le sujet

19. Le présent sujet traite de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Son titre devrait déterminer sa portée. Le but de l'examen du sujet est d'apporter un meilleur éclairage sur le point de savoir s'il existe des règles de droit international qui régissent à la fois le transfert d'obligations et le transfert de droits découlant de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Le présent rapport et les rapports suivants se pencheront sur les règles relatives à la succession d'États applicables dans le domaine de la responsabilité de l'État.

20. Le sujet devrait être circonscrit au transfert des droits et obligations découlant de la commission de faits internationalement illicites. De ce point de vue, il reste dans les limites de la portée et des définitions des articles sur la responsabilité de l'État, c'est-à-dire la définition de la «responsabilité internationale»<sup>28</sup> et celle du «fait internationalement illicite»<sup>29</sup>. D'après le commentaire de l'article premier de ces articles, l'expression «responsabilité internationale» recouvre

les relations qui, selon le droit international, naissent du fait internationalement illicite d'un État, qu'elles se limitent au rapport existant entre l'État auteur du fait illicite et un seul État lésé ou qu'elles s'étendent aussi à d'autres États ou même à d'autres sujets de droit international, et qu'elles soient centrées sur des obligations de restitution ou de réparation ou qu'elles donnent aussi à l'État lésé la possibilité de réagir en prenant des contre-mesures<sup>30</sup>.

21. Par conséquent, la portée du présent sujet ne s'étendra pas aux questions de responsabilité (*liability*)

internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Les obligations naissant de ce type de responsabilité, qui découlent principalement de régimes conventionnels spécialisés, sont reflétées dans deux textes finals déjà adoptés par la Commission, à savoir les articles de 2001 sur la prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses<sup>31</sup> et les principes de 2006 sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses<sup>32</sup>. La principale raison de l'exclusion de ces questions est que la «responsabilité (*liability*) internationale» fait naître différents types d'obligations primaires, qui vont de la prévention à la répartition des pertes (indemnisation), et non des obligations secondaires découlant de la commission d'un fait internationalement illicite. Ces obligations primaires sont toutefois des obligations conventionnelles. Par conséquent, toute question liée à un éventuel transfert des obligations en question devrait être réglée en vertu des règles applicables sur la succession d'États en matière de traités.

22. La portée du présent sujet ne s'étendra pas non plus aux questions de succession en matière de

<sup>28</sup> Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 26, article premier des articles sur la responsabilité de l'État.

<sup>29</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>30</sup> Paragraphe 5 du commentaire de l'article premier des articles sur la responsabilité de l'État, *ibid.*, p. 34.

<sup>31</sup> Articles sur la prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, résolution 62/68 de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 2007, annexe. Le texte du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses et des commentaires y relatifs est reproduit dans *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 157 et suiv., par. 97 et 98.

<sup>32</sup> Principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, résolution 61/36 de l'Assemblée générale, en date du 4 décembre 2006. Le texte des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses et des commentaires y relatifs est reproduit dans *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 59 et suiv., par. 66 et 67.

responsabilité des organisations internationales. Cela ne signifie pas qu'en principe un transfert d'obligations ou de droits découlant de la responsabilité internationale d'une organisation internationale ou de la responsabilité internationale d'un État pour un fait internationalement illicite à raison du fait d'une organisation internationale soit impossible<sup>33</sup>. La raison de la non-inclusion de ces questions est plutôt liée à l'organisation des travaux, le but étant de ne pas surcharger le sujet. La succession d'États en matière de responsabilité de l'État n'est pas à l'abri de certaines controverses quant à la nature des règles à codifier, mais les incertitudes pèsent davantage encore s'agissant de la succession et de la responsabilité des organisations internationales. Premièrement, l'idée même de succession pose problème pour ce qui est des organisations internationales, qui sont des entités créées par des États en vertu d'un acte international, généralement un traité. Il semble donc que les rares cas de cessation de l'existence d'une organisation et de son éventuel remplacement par une autre organisation soient régis par un traité spécial plutôt que par des règles de droit international général. Deuxièmement, même les articles sur la responsabilité des organisations internationales ne jouissent pas encore de la même autorité que les articles sur la responsabilité de l'État.

23. Cela étant, les considérations qui précèdent n'excluent pas la possibilité d'aborder certaines questions à un stade ultérieur. Il pourrait s'agir notamment de la question de la manière dont les règles relatives à la succession en matière de responsabilité de l'État s'appliquent à des organisations internationales lésées ou à des particuliers ou des entreprises privées lésés. Cela est à envisager dans le cadre du futur programme de travail (voir *infra* le chapitre III).

24. La question de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État mérite d'être examinée par la Commission. Il s'agit de l'un des sujets de droit international général pour lesquels le droit international coutumier n'était autrefois pas bien établi, de sorte que la Commission ne l'a pas inscrit plus tôt à son programme. Aujourd'hui, le moment est venu d'examiner de nouvelles évolutions dans la pratique des États et la jurisprudence. Ce sujet pourrait combler les lacunes qui subsistent après l'achèvement de la codification, d'une part, de la succession d'États en matière de traités (Convention de Vienne de 1978) et en matière de biens, archives et dettes d'État (Convention de Vienne de 1983), ainsi qu'en ce qui concerne la nationalité (projet d'articles de 1999 sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États) et, d'autre part, de la responsabilité de l'État.

25. Les travaux sur le sujet devraient suivre les principes essentiels de la succession d'États en matière de traités pour ce qui concerne la distinction entre cession d'une partie de territoire, sécession, dissolution, unification et création d'un nouvel État indépendant. Une approche réaliste, étayée par l'étude de la jurisprudence et de la pratique étatique, justifie que soient distingués

les cas de dissolution et d'unification, dans lesquels l'État ou les États d'origine disparaissent, et les cas de sécession, dans lesquels l'État prédécesseur subsiste. Ces derniers cas posent généralement plus de problèmes, les États étant beaucoup moins susceptibles d'accepter le transfert de la responsabilité de l'État<sup>34</sup>. Il importe aussi de faire une distinction entre sécession négociée et sécession contestée (révolutionnaire). Une sécession négociée offre de meilleures conditions d'accord sur tous les aspects de la succession, y compris en matière de responsabilité.

26. Cela étant, les travaux sur le sujet devraient être davantage axés sur les règles secondaires de la responsabilité de l'État. Il importe de souligner que le projet vise les aspects actifs et passifs de la responsabilité, c'est-à-dire le transfert (ou la dévolution) à la fois des obligations de l'État auteur (du fait illicite) et des droits (réclamations) de l'État lésé. La structure pourrait être la suivante : *a*) dispositions générales sur la succession d'États, mettant en particulier l'accent sur le caractère prioritaire d'un accord ; *b*) principes résiduels (subsidiaires) relatifs au transfert des obligations résultant de la responsabilité de l'État ; *c*) principes relatifs au transfert des droits à réparation ; et *d*) dispositions procédurales et autres.

27. Pour ce qui est de l'issue des travaux sur le sujet, il devrait s'agir à la fois de développement progressif et de codification du droit international. Il importe de relever que dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la Cour internationale de Justice a considéré que les règles de succession susceptibles d'entrer en jeu en l'espèce étaient du même ordre que celles qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'État<sup>35</sup>.

28. Sans préjuger d'une décision ultérieure, il semblerait approprié que le résultat des travaux sur le sujet revête la forme d'un projet d'articles assorti de commentaires. Il existe des précédents dignes d'attention, en particulier les articles sur la responsabilité de l'État et les projets d'article qui ont abouti aux Conventions de Vienne de 1978 et de 1983, ainsi que les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États. Les précédents en question militent en faveur du choix d'un projet d'articles plutôt que d'autres options telles que des principes ou des directives.

29. Compte tenu des considérations qui précèdent, le projet d'article suivant est proposé :

« *Projet d'article premier. Portée*

« Le présent projet d'articles s'applique aux effets de la succession d'États en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. »

<sup>33</sup> Voir l'article 1 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 38.

<sup>34</sup> Voir Crawford, *State Responsibility...*, p. 455.

<sup>35</sup> *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 56, par. 115.

## CHAPITRE II

## Dispositions générales

## A. Existe-t-il un principe général régissant la succession en matière de responsabilité de l'État ?

30. Traditionnellement, ni la pratique étatique ni la doctrine ne donnaient de réponse cohérente à la question de savoir si, et dans quelles circonstances, un État successeur pouvait être tenu responsable du fait internationalement illicite de son prédécesseur. Il existe néanmoins, dans la pratique étatique, certains exemples de partage ou de division de la responsabilité entre États successeurs.

31. Par le passé, la plupart des auteurs ont nié la possibilité d'un transfert de responsabilité à l'État successeur<sup>36</sup>. En conséquence, il n'est pas surprenant que la plupart des manuels de droit international ne traitent pas de la succession en matière de responsabilité internationale<sup>37</sup>. Lorsqu'il est abordé, le sujet est généralement évoqué brièvement et en passant<sup>38</sup>. En outre, certains auteurs ne traitent que de cas de succession particulière d'États en matière de traités ou en matière de biens, archives et dettes d'État<sup>39</sup>, deux sujets qui ont été codifiés respectivement dans la Convention de Vienne de 1978 et dans la Convention de Vienne de 1983<sup>40</sup>. Cela montre que la relation entre la succession d'États et la responsabilité internationale suscite encore peu d'intérêt de la part de la doctrine en droit international.

32. Lorsqu'ils abordent les questions de succession d'États, la plupart des auteurs affirment qu'il n'y a pas transfert à un État successeur des obligations découlant de la responsabilité internationale, selon la thèse de la non-succession<sup>41</sup>, laquelle s'appuie sur plusieurs arguments théoriques<sup>42</sup>. Le premier, qui repose sur une

analogie avec le droit interne – la doctrine de la succession universelle en droit privé – dérivée du droit romain<sup>43</sup>, établit une exception importante pour la responsabilité *ex delicto*, qui n'est pas transférable de l'auteur d'un délit à un successeur<sup>44</sup>. D'autres arguments font valoir qu'un État est en général uniquement responsable de son fait internationalement illicite et non du fait d'autres États<sup>45</sup>. Partant, un État successeur ne devrait pas être tenu responsable du fait internationalement illicite de son prédécesseur, lequel a sa propre personnalité juridique internationale<sup>46</sup>. Un dernier argument contre le transfert de la responsabilité de l'État tient au « caractère éminemment personnel » des droits et des obligations que fait naître entre deux États une violation du droit international<sup>47</sup>.

33. Ces thèses ou analogies avec le droit privé ne sont pas parfaitement satisfaisantes, car aucune ne peut écarter l'éventualité d'un transfert d'au moins certaines obligations nées de la responsabilité internationale de l'État. En règle générale, elles ne tiennent pas compte des évolutions et des transformations de la notion de responsabilité de l'État<sup>48</sup>. Il n'en reste pas moins que, pendant la plus grande partie du XX<sup>e</sup> siècle, la thèse de la non-succession n'a pas été remise en cause<sup>49</sup>. Comme l'écrivait O'Connell en 1967, il était « considéré comme acquis qu'un État successeur n'était pas responsable d'un fait illicite commis par son prédécesseur<sup>50</sup> ». Les points de vue ont toutefois évolué au cours des vingt dernières années et sont devenus plus nuancés ou critiques à l'égard de la thèse de la non-succession, allant même jusqu'à admettre la succession dans certains cas<sup>51</sup>. Certains auteurs qui souscrivent à la thèse de la non-succession à la responsabilité de l'État en tant que principe général acceptent d'y apporter une exception lorsqu'un État a déclaré son intention de succéder aux droits et aux obligations de l'État prédécesseur<sup>52</sup>. Dans ce cas, l'État serait tenu de réparer les dommages causés par son prédécesseur<sup>53</sup>.

<sup>36</sup> Voir, par exemple, Cavaglieri, « Règles générales du droit de la paix », p. 374, 378 et 416 et suiv.; Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, p. 11 et 189; Eisemann et Koskenniemi, *La succession d'États : la codification à l'épreuve des faits*, p. 193 et 194; Craven, « The problem of State succession and the identity of States under international law », p. 149 et 150; Malenovský, « Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie... », p. 334; Mälksoo, *Illegal Annexation and State Continuity...*, p. 257; Monnier, « La succession d'États en matière de responsabilité internationale »; et O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, p. 482.

<sup>37</sup> Voir, par exemple, D'Amato, *International Law Anthology*, p. 189 à 196; Combacau et Sur, *Droit international public*, p. 430 à 442; et Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 208 à 218 (un court passage est consacré à la succession en matière de responsabilité délictuelle, par opposition à la responsabilité internationale).

<sup>38</sup> Voir, par exemple, Daillier et Pellet, *Droit international public*, p. 555 et 556; Dupuy, *Droit international public*, p. 61; et Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 442.

<sup>39</sup> Voir, par exemple, Mikulka, *Sukcese států: Teoretická studie*.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Voir, par exemple, Cavaglieri, « Règles générales... »; Marek, *Identity and Continuity of States...*; Eisemann et Koskenniemi, *La succession d'États...*; Craven, « The problem of State succession... »; Malenovský, « Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie »; Mälksoo, *Illegal Annexation and State Continuity...*; Monnier, « La succession d'États... »; et O'Connell, *State Succession...*

<sup>42</sup> Voir Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, p. 38 et suiv.

<sup>43</sup> Voir, par exemple, Cavaglieri, « Règles générales... », p. 374.

<sup>44</sup> Voir Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, p. 131, 132, 283 et 284.

<sup>45</sup> Voir, par exemple, De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, p. 210; et Daillier et Pellet, *Droit international public*, p. 555.

<sup>46</sup> Monnier, « La succession d'États... », p. 89.

<sup>47</sup> Voir Seidl-Hohenveldern, *Mezinárodní právo veřejné*, p. 246 et 247.

<sup>48</sup> Voir Stern, « La succession d'États », p. 174.

<sup>49</sup> Voir O'Connell, *State Succession...*, p. 482.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Voir, par exemple, Czaplinski, « State succession and State responsibility », p. 346 et 356; Kamminga, « State succession in respect of human rights treaties », p. 483; Mikulka, « State succession and responsibility », p. 291; Dumberry, *State Succession...*; O'Connell, « Recent problems of State succession in relation to new States », p. 162; et Stern, « Responsabilité internationale et succession d'États », p. 336.

<sup>52</sup> Voir D'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, p. 814; Schachter, « State succession: the once and future law », p. 256; et Ziemele, « State continuity, succession and responsibility: reparations to the Baltic States and their peoples? », p. 176.

<sup>53</sup> Voir Dupuy, *Droit international public*, p. 61.

34. Néanmoins, les auteurs qui remettent en question la thèse stricte de la non-succession n'affirment pas pour autant qu'il existe une règle générale applicable à la succession d'États<sup>54</sup>. Ils rejettent l'idée qu'il y aurait dans le droit international en vigueur une norme excluant toute possibilité de transfert d'obligations nées de la responsabilité de l'État<sup>55</sup>. Ils reconnaissent en réalité que dans le droit international moderne, la responsabilité est fondée, non pas sur la notion de faute, mais plutôt sur celle, plus objective, de fait internationalement illicite<sup>56</sup>. Il est donc possible d'envisager que certaines obligations, dont celles découlant juridiquement de la responsabilité, comme l'obligation de réparer, soient transférées à un État successeur<sup>57</sup>.

35. L'évolution des idées sur la question de savoir si un nouvel État succède à une éventuelle responsabilité étatique de l'État prédécesseur est bien illustrée par le changement de point de vue de M. James Crawford, Rapporteur spécial pour le sujet de la responsabilité de l'État, qui est passé d'un refus en 1998 à une acceptation partielle en 2001, ainsi formulée :

S'agissant d'une affaire de succession d'États, il n'apparaît pas clairement si un nouvel État succède à la responsabilité étatique de l'État prédécesseur au regard de son territoire. Mais si l'État successeur, confronté à un fait illicite continu sur son territoire, endosse et maintient la situation, il peut aisément être inféré qu'il a assumé la responsabilité du fait illicite<sup>58</sup>.

36. La question a été examinée par l'Institut de droit international en 2013<sup>59</sup>. La résolution finale adoptée par l'Institut lors de la session de Tallinn, en 2015, dont le texte a été légèrement remanié pour se composer en définitive d'un préambule et de 16 articles, prévoit un transfert de responsabilité dans certaines circonstances<sup>60</sup>. Cette résolution met l'accent sur la nécessité de codifier et de continuer à développer progressivement les règles relatives à ce domaine<sup>61</sup>. On trouve dans son préambule un alinéa susceptible de guider utilement le travail de codification de la Commission, à savoir la nécessité de faire preuve de souplesse pour concevoir des solutions différentes adaptées à diverses situations<sup>62</sup>.

37. Préalablement à une analyse détaillée des différentes catégories de succession d'États (qui fera l'objet du deuxième rapport, en 2018), on trouvera dans la section ci-après une étude préliminaire de la pratique des États.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Voir Dumberry, *State Succession...*, p. 58.

<sup>56</sup> Stern, « Responsabilité internationale... », p. 335.

<sup>57</sup> Ibid., p. 338.

<sup>58</sup> Paragraphe 3 du commentaire de l'article 11 des articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 55.

<sup>59</sup> Voir Institut de droit international, 14<sup>e</sup> Commission, *La succession d'États en matière de responsabilité internationale*, rapport provisoire du Rapporteur (note 26 *supra*).

<sup>60</sup> Institut de droit international, résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale (voir *supra* la note 27).

<sup>61</sup> Ibid., deuxième alinéa du préambule : « Convaincu de la nécessité de codifier et développer progressivement les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité internationale de l'État, afin de garantir une plus grande sécurité juridique dans les relations internationales ».

<sup>62</sup> Ibid., quatrième alinéa du préambule : « Compte tenu du fait que les différentes catégories de succession d'États ainsi que leurs circonstances particulières peuvent conduire à des solutions différentes ».

## B. Différents cas de succession

### 1. PREMIÈRES AFFAIRES

38. Initialement, la jurisprudence voulait que l'État successeur ne soit pas responsable du fait internationalement illicite de son prédécesseur. Dans l'affaire *Robert E. Brown*<sup>63</sup>, le requérant demandait à être indemnisé en raison du refus des autorités boers locales de lui délivrer les permis nécessaires à l'exploitation d'une mine d'or. Le tribunal a estimé que l'intéressé avait acquis un droit de propriété et avait été victime d'un déni de justice, mais que l'infraction commise était de nature délictuelle et ne relevait pas de la responsabilité de la Grande-Bretagne. Dans l'affaire *Frederick Henry Redward*<sup>64</sup>, les demandeurs avaient été incarcérés à tort par le Gouvernement de la République d'Hawaï avant l'annexion de l'archipel par les États-Unis d'Amérique. Le tribunal a estimé que « l'obligation juridique de réparer le préjudice s'[était] éteinte » avec la disparition de la République d'Hawaï. Toutefois, si la réclamation avait pu donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts, susceptibles d'être considérés comme une dette, ou de parts dans un actif de valeur fixe, les demandeurs auraient eu un droit acquis et il aurait alors existé une obligation que l'État successeur aurait été tenu de reprendre<sup>65</sup>.

39. Cela étant, concernant les affaires *Brown* et *Redward*, d'aucuns ont fait observer ce qui suit :

Ces affaires datent de l'époque de la colonisation, durant laquelle les puissances coloniales s'opposaient à toute règle qui les aurait rendus responsables de faits illicites d'États qu'elles considéraient comme non civilisés. Un siècle plus tard, on peut douter de l'autorité de ces décisions. Dans certains cas au moins, il serait injuste de rejeter la demande d'une partie lésée au motif que l'État auteur du fait illicite a été absorbé par un autre État<sup>66</sup>.

40. Parmi les premiers exemples de pratique, on peut également citer l'affaire de la dissolution de la Grande-Colombie (1829-1831), à la suite de laquelle les États-Unis ont invoqué la responsabilité des trois États successeurs (Colombie, Équateur et Venezuela), ce qui a conduit à la conclusion d'accords d'indemnisation pour l'acquisition illégale de navires des États-Unis. Après que l'Inde et le Pakistan sont devenus indépendants, les droits et obligations (y compris les obligations liées à un fait illicite) qui préexistaient à l'égard de la Grande-Bretagne ont été dévolus à l'État dans lequel s'étaient produits les faits fondant l'action. De nombreux traités de dévolution conclus par les territoires autrefois dépendants du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord prévoient aussi la continuité de la responsabilité délictuelle pour les nouveaux États<sup>67</sup>. La pertinence des accords de dévolution et

<sup>63</sup> *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*, décision du 23 novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente : 1955.V.3), p. 120.

<sup>64</sup> *F. H. Redward and Others (Great Britain) v. United States (Hawaiian Claims)*, décision du 10 novembre 1925, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (voir la note précédente), p. 157, à la page 158.

<sup>65</sup> Voir O'Connell, *State Succession...*, p. 482, 485 et 486.

<sup>66</sup> American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul (Minnesota), 1987, vol. 1, sect. 209, reporters' note n° 7.

<sup>67</sup> Voir *Documentation concernant la succession d'États*, Série législative des Nations Unies, ST/LEG/SER.B/14 (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.68.V.5).

d'autres accords sera examinée ultérieurement (voir *infra* la section D du présent chapitre).

41. Si les décisions des tribunaux arbitraux ne sont pas homogènes, dans l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*<sup>68</sup>, le tribunal a estimé que la Grèce, en tant qu'État successeur de l'Empire ottoman, était responsable des violations du contrat de concession conclu entre l'Empire et une société française après l'union de la Crète à la Grèce en 1913<sup>69</sup>. Dans cette affaire, il est dit que «le Tribunal ne peut arriver qu'à la conclusion que la Grèce, ayant fait sienne la conduite illégale de la Crète dans son passé récent d'État autonome, est tenue, en qualité d'État successeur, de prendre à sa charge les conséquences financières de l'infraction au contrat de concession<sup>70</sup>». Certains auteurs sont néanmoins d'avis que la Grèce a été jugée responsable de ses propres actes, certains ayant été commis avant la cession des territoires crétois et d'autres, après. La décision rendue dans cette affaire est également importante en ce que le tribunal a désapprouvé les points de vue absolutistes, qu'ils soient favorables ou opposés à la succession en matière de responsabilité, déclarant ce qui suit : «Il n'est pas moins injustifié d'admettre le principe de la transmission comme une règle générale que de le dénier. C'est plutôt et essentiellement une question d'espèce dont la solution dépend de multiples facteurs concrets<sup>71</sup>.»

42. La question de la responsabilité de l'État dans des situations d'unification, de dissolution ou de sécession d'États s'est aussi posée ailleurs qu'en Europe. On citera notamment l'exemple de la République arabe unie, née de l'union de l'Égypte et de la Syrie en 1958. Dans trois cas, la République arabe unie, en tant qu'État successeur, a assumé la responsabilité d'obligations résultant de faits internationalement illicites commis par les États prédécesseurs, chaque fois pour des actions menées par l'Égypte contre des biens occidentaux dans le contexte de la nationalisation du canal de Suez en 1956 et de la nationalisation de biens appartenant à des étrangers. Le premier cas concernait la question de la nationalisation de la Compagnie financière de Suez par l'Égypte, réglée par voie d'accord entre la République arabe unie et l'entreprise privée (1958). Le nouvel État a indemnisé les actionnaires pour le fait commis par l'État prédécesseur<sup>72</sup>. Le deuxième cas avait trait à un accord conclu entre la République arabe unie et la France au sujet de la reprise des relations culturelles, commerciales et financières entre les deux États, en 1958. Cet accord prévoyait que la République arabe unie, en tant qu'État successeur, restituerait aux ressortissants français les biens confisqués par l'Égypte et les indemniserait pour tous biens non restitués (art. 5)<sup>73</sup>. Un accord du même

type a été signé en 1959 entre la République arabe unie et le Royaume-Uni<sup>74</sup>.

43. La République arabe unie n'a existé que jusqu'en 1961, année où la Syrie en est sortie. Après sa dissolution, l'Égypte, l'un des deux États successeurs, a conclu des accords avec d'autres États (notamment les États-Unis, l'Italie, le Royaume-Uni et la Suède) concernant l'indemnisation des ressortissants étrangers dont les biens avaient été nationalisés par la République arabe unie (l'État prédécesseur) durant la période allant de 1958 à 1961<sup>75</sup>.

44. Les cas de sécession donnent naissance à des situations plus compliquées. Après avoir fait sécession de la Colombie en 1903, le Panama a refusé d'être tenu responsable des pertes subies par des ressortissants américains à la suite de l'incendie survenu dans la ville de Colón en 1855. En 1926, les États-Unis et le Panama ont néanmoins signé une convention relative au règlement des réclamations<sup>76</sup>, dans laquelle était envisagé le recours à l'arbitrage pour régler les différends résultant de cet incendie, et notamment trancher la question de savoir si, «au cas où il serait déclaré par l'arbitrage qu'il existe une responsabilité originaire de la part de la Colombie, dans quelle mesure, le cas échéant, la République de Panama a succédé à la Colombie dans cette responsabilité en raison de sa séparation de la Colombie le 3 novembre 1903». Bien qu'il n'y ait jamais eu d'arbitrage, cet exemple montre, du moins implicitement, que les deux États avaient admis la possibilité d'une succession en matière de responsabilité de l'État<sup>77</sup>.

45. Le transfert de responsabilité a aussi été invoqué à l'occasion de la cession au Chili par le Pérou de la province de Tarapacá en 1883. De l'avis de l'Italie,

les mesures qui ont été prises par le pouvoir péruvien à l'égard des mines de nitrate de Tarapacá (qu'il convient de considérer comme une forme déguisée d'expropriation forcée) relevaient de l'*action gouvernementale*, dont la responsabilité a été transférée de l'ancien au nouveau maître de la province, à savoir du Pérou au Chili<sup>78</sup>.

46. L'indépendance de l'Inde peut également être citée à titre d'exemple. L'Inde et le Pakistan sont tous deux devenus des États indépendants le 15 août 1947. L'ordonnance de 1947 relative à l'indépendance indienne (concernant les droits, biens et obligations) traite de questions

<sup>74</sup> Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République arabe unie concernant les relations financières et commerciales et les biens britanniques en Égypte (Le Caire, 28 février 1959), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 343, n° 4925, p. 159. Voir Cotran, «Some legal aspects of the formation of the United Arab Republic and the United Arab States», p. 366.

<sup>75</sup> Voir Weston, Lillich et Bederman, *International Claims...*, p. 139, 185, 179 et 235, respectivement. Voir aussi Dumberry, *State Succession...*, p. 107 à 110.

<sup>76</sup> Convention entre les États-Unis d'Amérique et la République de Panama pour le règlement des réclamations (Washington, 28 juillet 1926), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 138, n° 3183, p. 119.

<sup>77</sup> Ibid., à la page 128. Voir Dumberry, *State Succession...*, p. 164 et 165.

<sup>78</sup> «Cession of the Tarapacá region by Peru to Chile, 1883 – Observations from the Government of Italy», dans *Documentation concernant la succession d'États*, Série législative des Nations Unies, ST/LEG/SER.B/17 (publication des Nations Unies, numéro de vente: E/F.77.V.9), p. 16.

<sup>68</sup> *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, 24/27 juillet 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente: 63.V.3), p. 155.

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid., p. 198.

<sup>71</sup> Ibid., p. 197.

<sup>72</sup> Voir Focsaneanu, «L'accord ayant pour objet l'indemnisation de la Compagnie de Suez nationalisée par l'Égypte», p. 196 et suiv.

<sup>73</sup> «Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République arabe unie», *Revue générale de droit international public*, vol. 62 (1958), p. 738 et suiv. Voir Rousseau, «Chronique des faits internationaux», p. 681.

concernant la succession d'États<sup>79</sup>. Ainsi, son article 10 prévoit « le transfert des obligations nées d'un fait illicite autre que la violation d'un contrat » du dominion britannique de l'Inde à l'État indien nouvellement indépendant. Dans bon nombre d'affaires dans lesquelles ils ont été amenés à interpréter l'article 10 de l'ordonnance<sup>80</sup>, les tribunaux indiens ont conclu que l'Inde était responsable des faits internationalement illicites commis avant la date de la succession<sup>81</sup>.

## 2. CAS DE SUCCESSION EN EUROPE CENTRALE ET ORIENTALE DANS LES ANNÉES 1990

47. Les successions d'États les plus récentes datent de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle; la question de la responsabilité s'est posée dans certaines d'entre elles. On citera en particulier les successions qui se sont produites en Europe centrale et orientale au cours des années 1990, notamment dans le cadre de la dissolution de la Tchécoslovaquie, de la Yougoslavie et de l'Union soviétique, et de l'unification de l'Allemagne. Il convient de noter que, selon l'avis n° 9 de la Commission d'arbitrage de la Conférence sur l'ex-Yougoslavie (Commission Badinter), les États successeurs de la République fédérative socialiste de Yougoslavie devaient régler par voie d'accord toutes les questions relatives à la succession de celle-ci et s'efforcer d'arriver à un résultat équitable en se fondant sur les principes sous-tendant les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983, ainsi que sur les règles applicables du droit international coutumier<sup>82</sup>. On peut aussi trouver des exemples pertinents en Asie et, dans une moindre mesure, en Afrique, où quelques successions se sont produites hors du contexte de la décolonisation (Érythrée, Namibie et Soudan du Sud). On trouvera des informations utiles à ce sujet dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres organes juridictionnels, des traités et la pratique des États.

48. La décision la plus importante est peut-être celle rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*. Il est vrai que la Tchécoslovaquie avait été dissoute par voie d'accord et dans le respect de la Constitution du pays. Les parlements nationaux tchèque et slovaque avaient néanmoins tous deux déclaré, préalablement à la dissolution, qu'ils acceptaient les droits et obligations résultant des traités internationaux auxquels l'État prédécesseur était partie<sup>83</sup>. L'article 5 de la loi constitutionnelle n° 4/1993 disposait même ce qui suit :

La République tchèque assume les droits et obligations de la République fédérative tchèque et slovaque [...] découlant du droit international au jour de la disparition de celle-ci, exception faite des droits et obligations portant sur le territoire relevant de la souveraineté

<sup>79</sup> Voir Whiteman, *Digest of International Law*, p. 873 et 874.

<sup>80</sup> Voir O'Connell, *State Succession...*, p. 493.

<sup>81</sup> Voir Dumbery, *State Succession...*, p. 173.

<sup>82</sup> Commission d'arbitrage de la Conférence sur l'ex-Yougoslavie, avis n° 9, 4 juillet 1992, reproduit dans le document A/48/874-S/1994/189, annexe, p. 4.

<sup>83</sup> Voir la Proclamation du Conseil national de la République slovaque aux parlements et peuples du monde (3 décembre 1992; A/47/848, annexe II) et la Proclamation du Conseil national tchèque à tous les parlements et nations du monde (17 décembre 1992; *ibid.*, annexe I).

de la République fédérative tchèque et slovaque qui ne serait pas placé sous la souveraineté de la République tchèque<sup>84</sup>.

49. La Cour internationale de Justice s'est exprimée en ces termes à propos de la responsabilité internationale de la Slovaquie :

La Slovaquie peut [...] être tenue de verser des indemnités, non seulement pour ses propres faits illicites, mais aussi pour ceux de la Tchécoslovaquie, et elle a le droit d'être indemnisée des dommages subis tant par la Tchécoslovaquie que par elle-même en raison du comportement illicite de la Hongrie<sup>85</sup>.

50. Nonobstant les termes de l'accord conclu entre la Hongrie et la Slovaquie, la Cour a donc, semble-t-il, reconnu la succession quant aux obligations secondaires (responsabilité) et aux droits secondaires résultant de faits illicites.

51. Les questions liées à la succession d'États ont été plus complexes dans le cas de l'ex-Yougoslavie que dans celui de la Tchécoslovaquie. Cela tient notamment au fait qu'en 1992 la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a déclaré assurer la continuité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Les autres ex-républiques yougoslaves ont toutefois refusé de reconnaître cette prétention. Dans des résolutions datées de septembre 1992, le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies ont également refusé de reconnaître la République fédérale de Yougoslavie comme État continuateur<sup>86</sup>, tout comme la Commission Badinter<sup>87</sup>. La République fédérale de Yougoslavie a finalement changé de stratégie en 2000, lorsqu'elle a présenté une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies en qualité de nouvel État<sup>88</sup>.

52. Conformément à la recommandation de la Commission Badinter, les États successeurs de l'ex-Yougoslavie devaient régler toutes les questions relatives à la succession d'États par voie d'accord. L'Accord sur les questions de succession a ainsi été conclu le 29 juin 2001. Aux termes de son préambule, cet accord était le résultat des négociations menées entre les parties « en vue de déterminer les droits, les obligations, les avoirs et les engagements de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie et la manière de les répartir équitablement entre elles ». Le contenu de cet accord et de son annexe F sera examiné ultérieurement (voir *infra* la section D du présent chapitre).

53. La première affaire « yougoslave » dans laquelle la Cour internationale de Justice a abordé, bien que de façon indirecte, la question de la succession quant à la

<sup>84</sup> Loi constitutionnelle n° 4/1993 portant application de mesures liées à la dissolution de la République fédérale tchèque et slovaque. Disponible à l'adresse suivante: [www.psp.cz/en/docs/laws/1993/4.html](http://www.psp.cz/en/docs/laws/1993/4.html) (en anglais seulement).

<sup>85</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (voir *supra* la note 6), à la page 81, par. 151.

<sup>86</sup> Résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité, en date du 19 septembre 1992; résolution 47/1 de l'Assemblée générale, en date du 22 septembre 1992.

<sup>87</sup> Commission d'arbitrage de la Conférence sur l'ex-Yougoslavie, avis n° 10, 4 juillet 1992, reproduit dans le document A/48/874-S/1994/189, annexe, p. 6.

<sup>88</sup> Résolution 55/12 de l'Assemblée générale, en date du 1<sup>er</sup> novembre 2000.

responsabilité est celle de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, dans laquelle il était demandé à la Cour non de régler la question de la succession, mais d'identifier la partie défenderesse. La Cour a dit ce qui suit :

La Cour observe que les faits et événements auxquels se rapportent les conclusions finales de la Bosnie-Herzégovine remontent à une époque où la Serbie et le Monténégro formaient un seul État. [...] La Cour relève donc que la République de Serbie demeure défenderesse en l'espèce; à la date du présent arrêt, elle constitue, en vérité, l'unique défendeur. [...] Cela étant dit, il convient toutefois de garder à l'esprit que toute responsabilité établie dans le présent arrêt à raison d'événements passés concernait à l'époque considérée l'État de Serbie-et-Monténégro<sup>89</sup>.

54. La Cour a adopté la même solution en 2008 dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*<sup>90</sup>. Ce n'est toutefois que dans l'arrêt qu'elle a récemment rendu dans cette affaire que sont traitées de façon plus détaillée des questions de succession quant à la responsabilité de l'État<sup>91</sup>. En dépit du fait que la Cour a rejeté la demande de la Croatie et la demande reconventionnelle de la Serbie au motif que l'élément intentionnel du génocide (*dolus specialis*) n'était pas établi, cet arrêt semble être la dernière décision en date en faveur de la thèse de la dévolution de la responsabilité par succession.

55. La Cour a rappelé que, dans son arrêt du 18 novembre 2008, elle avait conclu qu'elle avait compétence pour connaître de la demande de la Croatie en ce qui concernait les actes commis à compter du 27 avril 1992, date à laquelle la République fédérale de Yougoslavie avait commencé à exister en tant qu'État distinct et était devenue partie, par voie de succession, à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mais qu'elle avait réservé sa décision sur sa compétence s'agissant de violations de la Convention qui auraient été commises avant cette date. Dans son arrêt de 2015, la Cour a commencé par dire que la République fédérale de Yougoslavie ne pouvait être liée par la Convention avant le 27 avril 1992, même en tant qu'État *in statu nascendi*, comme la Croatie le soutenait à titre principal.

56. La Cour a cependant pris note d'un argument invoqué par la partie demanderesse à titre subsidiaire durant la procédure orale, en mars 2014, à savoir que la République fédérale de Yougoslavie (et, ultérieurement, la Serbie) pourrait avoir succédé à la responsabilité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie pour des violations de la Convention antérieures à la date susmentionnée. En fait, la Croatie invoquait deux arguments distincts à l'appui de sa conclusion selon laquelle la République fédérale de Yougoslavie aurait succédé à la responsabilité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. En premier lieu, elle soutenait que cette succession avait eu

lieu par application des principes du droit international général concernant la succession d'États<sup>92</sup>. Sur ce point, elle se fondait sur la sentence arbitrale rendue en l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, dans laquelle il était affirmé que la responsabilité de l'État pouvait être dévolue au successeur lorsque les faits étaient tels qu'il paraissait opportun de rendre ce dernier responsable des agissements reprochés au premier<sup>93</sup>. En second lieu, la Croatie faisait valoir que la République fédérale de Yougoslavie, par la déclaration du 27 avril 1992, avait indiqué « qu'elle succédait non seulement aux obligations conventionnelles de la [République fédérative socialiste de Yougoslavie], mais aussi à la responsabilité encourue par cette dernière pour la violation de ces obligations conventionnelles<sup>94</sup> ».

57. Outre les arguments qu'elle avait avancés relativement à la compétence et à la recevabilité (ce moyen constituant selon elle une nouvelle demande de la Croatie, dénuée de tout fondement juridique tant dans l'article IX que dans les autres dispositions de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide), la Serbie soutenait qu'il n'existait aucun principe de succession à la responsabilité en droit international général. Il est intéressant de noter que la Serbie avançait par ailleurs que la succession aux droits et aux obligations de la République fédérative socialiste de Yougoslavie était en tous points régie par l'Accord sur les questions de succession, qui établissait une procédure d'examen des réclamations pendantes contre la République fédérative socialiste de Yougoslavie<sup>95</sup>.

58. Il convient de mentionner que la Cour n'a pas rejeté, et a donc accepté, le moyen subsidiaire avancé par la Croatie relativement à sa compétence pour connaître de faits antérieurs au 27 avril 1992. La Cour a estimé que, pour déterminer si la Serbie était responsable de violations de la Convention,

il [lui] incomberait [...] de décider :

1) si les actes allégués par la Croatie ont été commis et, le cas échéant, s'ils contrevenaient à la Convention;

2) dans l'affirmative, si ces actes étaient attribuables à la [République fédérative socialiste de Yougoslavie] au moment où ils ont été commis et ont engagé la responsabilité de cette dernière; et

<sup>92</sup> Ibid., aux pages 53 et 54, par. 107.

<sup>93</sup> Voir la plaidoirie de M. James Crawford, conseil de la Croatie, audience publique tenue le vendredi 21 mars 2014, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Tomka, Président, en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, document CR 2014/21, p. 21, par. 42 : « Selon nous, la règle de la succession peut s'appliquer dans des circonstances particulières si elle est justifiée. Il n'existe pas de règle générale prévoyant la succession en matière de responsabilité, mais il n'existe pas non plus de règle générale qui s'y oppose. »

<sup>94</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [voir supra la note 91], aux pages 53 et 54, par. 107.

<sup>95</sup> Voir la plaidoirie de M. Andreas Zimmermann, conseil de la Serbie, qui a fait référence à l'article 2 de l'annexe F de l'Accord prévoyant le règlement des différends par le Comité mixte permanent établi en vertu de l'Accord. Audience publique tenue le jeudi 27 mars 2014, à 15 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Tomka, Président, en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, document CR 2014/22, p. 27, par. 52 à 54.

<sup>89</sup> *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 75 et 76, par. 74, 77 et 78.

<sup>90</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 412, aux pages 421 à 423, par. 23 à 34.

<sup>91</sup> *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.

3) à supposer que la responsabilité de la [République fédérative socialiste de Yougoslavie] ait été engagée, si la [République fédérale de Yougoslavie] a succédé à cette responsabilité<sup>96</sup>.

59. Il importe de noter que la Cour a estimé que les règles de succession susceptibles d'entrer en jeu en l'espèce étaient du même ordre que celles régissant l'interprétation des traités et la responsabilité de l'État<sup>97</sup>. Le point de vue de la majorité n'était toutefois pas partagé par tous les juges de la Cour. Comme la juge Xue l'a dit dans sa déclaration, «[à] ce jour, la question de la succession de l'État à la responsabilité n'a encore jamais été envisagée dans aucune des règles codifiées du droit international général relatives à la succession en matière de traités ou à la responsabilité de l'État [...]. Les règles relatives à la responsabilité de l'État en cas de succession restent à élaborer<sup>98</sup>». En dépit du scepticisme exprimé par certains juges, le sujet semble s'inscrire parfaitement dans le mandat de la Commission, qui porte à la fois sur le développement progressif et la codification du droit international.

60. L'arbitrage en matière d'investissement intervenu dans l'affaire *Mytilineos Holdings SA* présente également un intérêt. Le tribunal arbitral saisi de cette affaire a constaté que le Monténégro avait déclaré son indépendance après que le litige lui avait été soumis. Bien qu'il n'ait pas été invité à se prononcer sur des questions juridiques relatives à la succession d'États, le tribunal a fait observer qu'il n'était pas contesté que la République de Serbie conserverait le statut juridique de la Serbie-et-Monténégro au plan international<sup>99</sup>.

61. L'unification allemande offre de nombreux exemples pertinents en matière de succession d'États. Après l'unification, la République fédérale d'Allemagne a assumé les obligations résultant de la responsabilité délictuelle de l'ex-République démocratique allemande<sup>100</sup>. L'une des questions à régler à l'époque concernait l'indemnisation au titre des expropriations opérées sur le territoire de l'ex-République démocratique allemande. Mis à part quelques rares cas dans lesquels elle avait accepté de verser des indemnités forfaitaires, la République démocratique allemande avait toujours refusé l'indemnisation. Ce n'est qu'à la veille de l'unification, le 29 juin 1990, qu'elle s'est dotée d'une loi sur le règlement des litiges en matière de propriété. Dans le même temps, le 15 juin 1990, les Gouvernements de la République fédérale d'Allemagne et de la République démocratique allemande ont adopté une déclaration commune sur le règlement des questions de propriété en

<sup>96</sup> Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Croatie c. Serbie*) [voir *supra* la note 91], aux pages 55 et 56, par. 112.

<sup>97</sup> *Ibid.*, aux pages 56 et 57, par. 115.

<sup>98</sup> *Ibid.*, déclaration de la juge Xue, à la page 388, par. 23.

<sup>99</sup> *Mytilineos Holdings SA v. 1. The State Union of Serbia & Montenegro, 2. Republic of Serbia*, sentence partielle sur la compétence (arbitrage aux termes du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international), Zurich, 8 septembre 2006, par. 158.

<sup>100</sup> Article 24 du Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République démocratique allemande relatif à l'établissement de l'unité allemande (Berlin, 31 août 1990), *Bundesgesetzblatt* (Journal officiel fédéral de la République fédérale d'Allemagne), partie II, n° 35, 28 septembre 1990, p. 885, reproduit en anglais dans *International Legal Materials*, vol. 30 (1991), p. 463.

suspens<sup>101</sup>. Conformément à l'article 3 de cette déclaration, les biens confisqués après 1949 devaient être restitués à leurs propriétaires d'origine. Cela peut néanmoins être largement interprété comme une question relevant davantage de la responsabilité délictuelle que de la responsabilité de l'État.

62. On retiendra cependant que la Cour administrative fédérale de la République fédérale d'Allemagne a eu à se prononcer sur une question relevant de la succession d'États à l'égard des étrangers. Tout en refusant d'admettre la responsabilité de la République fédérale d'Allemagne pour un fait internationalement illicite (expropriation) commis par la République démocratique allemande contre un ressortissant néerlandais, la Cour a conclu que l'obligation de l'ex-République démocratique allemande d'indemniser l'intéressé était dévolue à l'État successeur<sup>102</sup>.

63. Il serait possible de dresser la liste d'un certain nombre d'accords de dévolution et d'autres accords qui revêtent un intérêt pour le sujet à l'examen. Cet aspect sera néanmoins traité dans une partie du rapport consacrée aux effets des accords et des déclarations unilatérales sur la succession à la responsabilité de l'État (voir *infra* la section D du présent chapitre).

64. À titre de conclusion provisoire, le Rapporteur spécial prône une démarche réaliste. Celle-ci, étayée par l'étude de la jurisprudence et de la pratique étatique, consisterait à distinguer, d'une part, les cas de dissolution et d'unification, dans lesquels l'État d'origine disparaît, et, d'autre part, les cas de sécession, dans lesquels l'État prédécesseur continue d'exister. Davantage de problèmes se posent dans cette dernière situation, car les États sont beaucoup moins susceptibles d'accepter le transfert de la responsabilité de l'État<sup>103</sup>. Il importe aussi d'établir une distinction entre sécession négociée et sécession contestée (révolutionnaire). Une sécession négociée crée des conditions plus propices à un accord sur tous les aspects de la succession, y compris en matière de responsabilité.

### C. Certaines règles des deux Conventions de Vienne sur la succession d'États s'appliquent-elles ?

65. La présente section traite de la pertinence de certaines règles des deux Conventions de Vienne sur la succession pour le sujet à l'examen et de leur possible application dans le cadre de ce sujet. Il s'agit d'une question très importante, car le droit international constitue un système juridique à part entière. Si le principe d'harmonisation s'applique aux relations entre différentes branches du droit international, il est encore plus pertinent s'agissant d'une seule branche, à savoir le droit de la succession d'États. Par conséquent, les termes devraient être employés de manière uniforme pour la succession en matière de traités, de biens, archives et dettes d'État, de nationalité des personnes physiques et de responsabilité de l'État, à moins qu'il existe des raisons sérieuses d'employer certains termes de manière spécifique.

<sup>101</sup> *Bundesgesetzblatt* (Journal officiel fédéral de la République fédérale d'Allemagne), partie II, n° 35, 28 septembre 1990, p. 1237.

<sup>102</sup> Cour administrative fédérale d'Allemagne, BVerwG, 7 B 2.99, décision du 1<sup>er</sup> juillet 1999. Voir Dumbery, *State Succession...*, p. 90.

<sup>103</sup> Voir Crawford, *State Responsibility...*, p. 455.



66. Il n'est guère surprenant que le sujet de la responsabilité de l'État ait été exclu du champ des deux Conventions de Vienne sur la succession d'États. Cela a été fait précisément au moyen de deux clauses « sans préjudice ». La première est l'article 39 de la Convention de Vienne de 1978, selon lequel « [l]es dispositions de la présente Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos des effets d'une succession d'États à l'égard d'un traité en raison de la responsabilité internationale d'un État ou de l'ouverture d'hostilités entre États ». Une clause allant dans le même sens, mais rédigée en des termes encore plus généraux, figure à l'article 5 de la Convention de Vienne de 1983, ainsi libellé : « Rien dans la présente Convention n'est considéré comme préjugant en quoi que ce soit toute question relative aux effets de la succession d'États dans des matières autres que celles visées dans la présente Convention. »

67. De l'avis du Rapporteur spécial, ces clauses sans préjudice ne faisaient qu'exclure la responsabilité internationale des États du champ des deux Conventions de Vienne, sans prendre position sur l'existence ou non de règles relatives à la succession d'États en ce qui concerne des matières autres que celles visées dans ces conventions. Cette technique est largement utilisée dans la pratique des États et dans les projets de la Commission, par exemple en ce qui concerne le droit des traités<sup>104</sup>.

68. Par conséquent, rien n'empêche d'employer les termes et les définitions qui apparaissent dans les deux Conventions de Vienne et, en fin de compte, dans les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États. Au contraire même, dans le cadre d'une démarche d'intégration systémique, il est nécessaire d'employer les mêmes termes pour la succession en matière de traités, de biens, archives et dettes d'État, de nationalité des personnes physiques et de responsabilité de l'État, à moins qu'il existe des raisons sérieuses d'employer certains termes de manière spécifique.

69. Comme l'a fait la Commission dans le passé, le Rapporteur spécial propose de ne pas modifier les définitions pertinentes figurant à l'article 2 des Conventions de Vienne de 1978 et de 1983, et à l'article premier du projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, afin de garantir une cohérence terminologique dans les travaux sur les questions relatives à la succession d'États<sup>105</sup>. Les expressions employées dans les projets d'article sont, à ce stade, « succession d'États », « État prédécesseur », « État successeur » et « date de la succession d'États ». Cela n'empêche pas d'inclure d'autres définitions en fonction des besoins et de l'avancement des travaux. Ces définitions pourront porter, en particulier, sur des catégories particulières de succession d'États.

70. L'expression « succession d'États » est définie de la même manière à l'article 2, paragraphe 1, des deux

Conventions de Vienne<sup>106</sup> et à l'article 2, alinéa *a*, des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États<sup>107</sup>. Elle est employée « pour désigner uniquement le fait de la substitution d'un État à un autre dans la responsabilité des relations internationales du territoire, abstraction faite de toute idée de succession à des droits ou obligations à l'occasion de cet événement<sup>108</sup> ». Il importe de souligner cet emploi en particulier dans le contexte de la responsabilité de l'État, dans lequel un possible transfert des droits et des obligations découlant d'un fait internationalement illicite ne sera examiné qu'à un stade ultérieur.

71. La signification des autres expressions, à savoir « État prédécesseur »<sup>109</sup>, « État successeur »<sup>110</sup> et « date de la succession d'États »<sup>111</sup> découle de la signification du terme « succession d'États ». Par conséquent, les définitions de ces termes figurant à l'article 2, paragraphe 1, des Conventions de Vienne comme à l'article 2 des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États peuvent être aisément utilisées aux fins du présent sujet. Toutefois, dans certains cas de succession, comme le transfert de territoire ou la séparation d'une partie du territoire, l'État prédécesseur n'est pas remplacé dans son entièreté par l'État successeur, mais uniquement en ce qui concerne le territoire concerné par la succession<sup>112</sup>.

72. Cela dit, l'adoption de certains termes ne signifie pas que l'ensemble ou la plupart des règles des deux Conventions de Vienne sont applicables dans le cadre du présent sujet. Premièrement, comme cela est généralement admis, il n'y a pas de succession d'États universelle ; il y a plusieurs domaines de relations juridiques auxquels la succession d'États s'applique. Par conséquent, les règles relatives à la succession d'États dans un domaine, par exemple les traités, peuvent être différentes de celles qui s'appliquent à un autre domaine, par exemple les biens, archives et dettes d'État. Cela est à prendre en considération lorsque l'on traite de la question de la succession en matière de responsabilité de l'État.

<sup>106</sup> Article 2, paragraphe 1 *b*, de la Convention de Vienne de 1978 et article 2, paragraphe 1 *a*, de la Convention de Vienne de 1983.

<sup>107</sup> Article 2, alinéa *a*, des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, résolution 55/153 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, annexe. Le texte du projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États et des commentaires y relatifs est reproduit dans *Annuaire... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 21 et suiv., par. 47 et 48.

<sup>108</sup> Paragraphe 2 du commentaire de l'article 2, *Annuaire... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 27.

<sup>109</sup> Article 2, paragraphe 1 *c*, de la Convention de Vienne de 1978 ; article 2, paragraphe 1 *b*, de la Convention de Vienne de 1983 ; et article 2, alinéa *b*, des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États.

<sup>110</sup> Article 2, paragraphe 1 *d*, de la Convention de Vienne de 1978 ; article 2, paragraphe 1 *c*, de la Convention de Vienne de 1983 ; et article 2, alinéa *c*, des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États.

<sup>111</sup> Article 2, paragraphe 1 *e*, de la Convention de Vienne de 1978 ; article 2, paragraphe 1 *d*, de la Convention de Vienne de 1983 ; et article 2, alinéa *g*, des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États.

<sup>112</sup> Paragraphe 3 du commentaire de l'article 2 du projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 27.

<sup>104</sup> Voir l'article 73 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; et l'article 74, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

<sup>105</sup> *Annuaire... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 21.

73. Deuxièmement, ce qu'on appelle la succession singulière d'États (à savoir des règles particulières régissant des cas particuliers de succession) implique également la conclusion préliminaire selon laquelle l'application des règles régissant la succession d'États dans un domaine ne préjuge ni ne conditionne l'applicabilité des règles régissant la succession d'États en ce qui concerne une autre catégorie de relations. En d'autres termes, s'il peut y avoir la présomption qu'un État successeur qui a succédé à un traité de l'État prédécesseur pourrait aussi succéder aux obligations découlant de la violation de ce traité, cela ne saurait être tenu pour acquis. Les deux domaines de succession d'États sont indépendants et régis par des règles particulières. La question de savoir si l'État successeur a certaines obligations ou certains droits qui découleraient de la responsabilité de l'État prédécesseur est une question distincte de la succession en matière d'obligations primaires (au titre du traité en question). Cette question doit donc être résolue non pas sur la base de la Convention de Vienne de 1978, mais dans le cadre du présent sujet.

74. Outre les termes repris de l'article 2 des Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 et de l'article premier des articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, l'expression « responsabilité de l'État » semble devoir être définie à ce stade des travaux. Ici également, le Rapporteur spécial souhaite s'appuyer sur les travaux précédents de la Commission et ne pas s'écarter des articles sur la responsabilité de l'État. Les termes centraux apparaissent à l'article premier : « Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale<sup>113</sup>. »

75. D'après le commentaire de l'article premier, l'expression « responsabilité internationale », au sens dudit article, « recouvre les relations qui, selon le droit international, naissent du fait internationalement illicite d'un État, qu'elles se limitent au rapport existant entre l'État auteur du fait illicite et un seul État lésé ou qu'elles s'étendent aussi à d'autres États ou même à d'autres sujets de droit international<sup>114</sup> ». Le Rapporteur spécial est d'avis que cette définition pourrait aussi être employée aux fins du présent sujet. Même si le présent rapport n'envisage pas la succession d'États en matière de responsabilité de l'État comme un transfert de responsabilité en tant que tel, mais plutôt comme un transfert de droits et d'obligations découlant de la responsabilité internationale d'un État (prédécesseur), la définition de la « responsabilité de l'État » semble appropriée. Son inclusion aide à distinguer le présent sujet d'autres questions possibles, comme la responsabilité (*liability*) internationale des États ou la responsabilité des organisations internationales. Elle contribue aussi à la distinction, relevée par O'Connell et d'autres auteurs, entre la succession en matière de responsabilité pour fait internationalement illicite, opposable à un autre État, et la succession concernant un délit en droit interne<sup>115</sup>.

76. Enfin, et surtout, la définition donnée ci-dessus répond également à un autre objectif, qui est de distinguer le présent sujet de la question de la succession d'États en matière de dettes d'État. Cela semble être l'une des distinctions fondamentales qui démontrent le caractère limité de l'application des dispositions des deux Conventions de Vienne à la succession en matière de responsabilité de l'État. La question de savoir si les obligations naissant de faits illicites sont des « dettes non liquides » régies par la Convention de Vienne de 1983 n'est pas une question facile. Cela dit, elle doit être traitée, de préférence à ce stade des travaux.

77. La question a été traitée de manière classique par O'Connell. D'après lui,

[u]n délit commis par les agents d'un État fait simplement naître le droit d'ester en justice pour obtenir des dommages-intérêts de nature pénale ou à caractère compensatoire. Il ne crée pas de droit sur des actifs dont la valeur est déterminée à l'avance ou est susceptible d'être déterminée. Le plaignant a seulement la capacité de s'adresser à un tribunal qui peut créer ou ne pas créer en sa faveur une dette contre l'État fautif. Tant que cette dette n'a pas été créée, toutefois, le droit du plaignant n'est pas un droit acquis au sens défini [précédemment]<sup>116</sup>.

78. Cette distinction semble utile encore aujourd'hui, même si l'ouvrage cité adopte l'approche traditionnelle ou absolue de la non-succession en matière de responsabilité<sup>117</sup> ou, en d'autres termes, la règle de la « succession négative<sup>118</sup> ». La distinction opérée par O'Connell ne devrait pas être écartée au motif que l'auteur fait peut-être davantage référence à des délits en droit interne qu'à la responsabilité internationale des États. Compte tenu de son approche traditionnelle, la succession en matière de responsabilité de l'État était peu concevable. Néanmoins, O'Connell renvoie aux mêmes premières décisions, comme les affaires *Brown* et *Redward*, analysées dans le présent rapport (voir *supra* la section B). Il conclut que « le droit applicable à la demande de dommages-intérêts est celui en vertu duquel est né le droit d'action<sup>119</sup> ». Bien entendu, comme le suggère la définition de la « responsabilité de l'État », aux fins du présent sujet, le droit applicable est le droit international, et non l'ordre juridique interne que O'Connell avait sans doute à l'esprit.

79. On peut toutefois faire une lecture assez claire et importante de cet ouvrage. Une dette est un « droit sur des actifs dont la valeur est déterminée à l'avance ou est susceptible d'être déterminée », qui existe à la date de la succession d'États. Une telle dette peut naître d'un contrat, d'un délit en droit interne ou même d'un fait internationalement illicite d'un État. En particulier, il s'agit d'une dette aux fins des règles de succession concernant les dettes d'État, si un droit sur des actifs dont la valeur est déterminée à l'avance ou est susceptible d'être déterminée a été reconnu par l'État ou décidé par un tribunal international ou par arbitrage à la date de la succession. Dans cet exemple, les règles relatives à la succession d'États en matière de dettes d'État s'appliquent.

80. Néanmoins, si un fait internationalement illicite se produit avant la date de la succession mais que

<sup>113</sup> Article premier des articles sur la responsabilité de l'État.

<sup>114</sup> Paragraphe 5 du commentaire de l'article premier des articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 34.

<sup>115</sup> O'Connell, *State Succession...*, p. 482. Voir aussi Crawford, *State Responsibility...*, p. 436.

<sup>116</sup> O'Connell, *The Law of State Succession*, p. 201.

<sup>117</sup> Voir Dumberry, *State Succession...*, p. 35 à 37.

<sup>118</sup> Voir Crawford, *State Responsibility...*, p. 437.

<sup>119</sup> O'Connell, *The Law of State Succession*, p. 206.

les conséquences juridiques qui en découlent n'ont pas encore été spécifiées (par exemple, aucun montant spécifique n'a été attribué à titre d'indemnisation par un tribunal arbitral), alors tout transfert possible d'obligations ou de droits devrait être régi par les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. En d'autres termes, la question de savoir s'il y a ou non transfert de droits et d'obligations est une question qui relève du présent sujet, et non des règles définies par la Convention de Vienne de 1983.

81. Compte tenu des considérations qui précèdent, le projet d'article suivant, relatif aux définitions, est proposé :

« *Projet d'article 2. Définitions*

« Aux fins du présent projet d'articles :

« a) l'expression "succession d'États" s'entend de la substitution d'un État à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire ;

« b) l'expression "État prédécesseur" s'entend de l'État auquel un autre État s'est substitué à l'occasion d'une succession d'États ;

« c) l'expression "État successeur" s'entend de l'État qui s'est substitué à un autre État à l'occasion d'une succession d'États ;

« d) l'expression "date de la succession d'États" s'entend de la date à laquelle l'État successeur s'est substitué à l'État prédécesseur dans la responsabilité des relations internationales du territoire auquel se rapporte la succession d'États ;

« e) l'expression "responsabilité internationale" s'applique aux relations juridiques nouvelles qui naissent en droit international du fait internationalement illicite d'un État ;

« [...] »

82. D'autres définitions de termes pourront être ajoutées au projet d'article 2 au cours des travaux futurs.

**D. Nature des règles à codifier et pertinence des accords et des déclarations unilatérales**

83. La question la plus importante et la plus complexe semble être la détermination de la nature des règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. L'analyse de la pratique des États, de la jurisprudence et de la littérature a jusqu'à présent permis d'aboutir à deux conclusions préliminaires. Premièrement, la thèse traditionnelle de la non-succession est remise en cause par la pratique moderne. Deuxièmement, cela ne signifie pas que la thèse opposée, à savoir la succession automatique dans tous les cas, est vraie. Au mieux, il est possible de conclure qu'il y a succession dans certains cas. Le transfert ou non d'obligations ou de droits découlant de la responsabilité de l'État dans certains types spécifiques de succession doit être prouvé au cas par cas.

84. Parallèlement, il importe de garder à l'esprit que les situations de succession d'États, même si elles ne sont pas aussi rares qu'on pourrait le penser de prime abord, ne sont pas non plus très fréquentes, a fortiori en matière de responsabilité de l'État. Si tous les cas de succession d'États impliquent la question de la succession en matière de traités, le transfert de droits ou d'obligations découlant de la responsabilité de l'État n'est en cause que dans certains cas de succession d'États. En outre, la situation peut être différente selon que la succession est négociée ou contestée.

85. Enfin, la succession d'États est une question hautement politique, en particulier lorsqu'elle est contestée. Même dans les cas de succession négociée se posent un certain nombre de questions complexes et techniques qui sont réglées par un accord entre les États concernés. Par conséquent, toutes les normes coutumières générales du droit international ne se cristallisent et ne s'établissent que lentement, dans ce domaine. Les États préfèrent avoir la liberté de négocier les conditions de succession, si nécessaire. Cela tient aussi au fait que seul un petit nombre d'États a ratifié les Conventions de Vienne de 1978 et de 1983 à ce jour. La plupart des États ne trouvent peut-être pas utile la codification des règles sur la succession d'États. Toutefois, l'expérience des États qui ont connu une succession au cours des vingt-cinq dernières années prouve l'utilité de ces règles<sup>120</sup>. Certains États ont appliqué de telles règles à leur propre succession, même si les Conventions de Vienne n'étaient pas encore en vigueur à la date de la succession.

86. Ce qui précède tend à confirmer que, pour le présent sujet, comme dans les deux Conventions de Vienne et les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, les règles à codifier devraient être de nature subsidiaire. Elles pourraient ainsi répondre à deux objectifs. Premièrement, elles pourraient constituer un modèle utile qui pourrait être utilisé, voire modifié par les États concernés. Deuxièmement, en l'absence d'accord, elles pourraient servir de règle par défaut, applicable en cas de différend.

1. PERTINENCE DES ACCORDS

87. En principe, un accord entre les États concernés devrait primer les règles générales subsidiaires sur la succession qui doivent être proposées dans le cadre des travaux sur le présent sujet. Toutefois, la pertinence de tels accords mérite une analyse attentive, compte tenu de la règle *pacta tertiis*<sup>121</sup>. De ce point de vue, il y a une

<sup>120</sup> On le voit dans le cas de la Convention de Vienne de 1978, qui a 22 parties (au 20 mai 2017). Si l'ex-Yougoslavie a ratifié la Convention le 28 avril 1980 et les six États successeurs sont devenus parties par succession, l'ex-Tchécoslovaquie a connu une situation différente. La Slovaquie est devenue partie le 24 avril 1995 et la République tchèque, le 26 juillet 1999. Toutefois, les deux États ont fait des déclarations au titre de l'article 7, paragraphes 2 et 3, de la Convention, indiquant qu'ils appliqueraient les dispositions de la Convention à l'égard de leur propre succession, qui a eu lieu avant l'entrée en vigueur de la Convention, par rapport à tout autre État contractant ou État partie à la Convention qui accepte la déclaration (voir le site Web de la Collection des Traités des Nations Unies, dans « Dépositaire », puis « État des traités », chap. XXIII.2, à l'adresse <https://treaties.un.org>; le texte des deux déclarations diffère légèrement).

<sup>121</sup> Article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement. »

différence entre la Convention de Vienne de 1978 et la Convention de Vienne de 1983. La première comprend l'article 8, qui reflète comme suit l'effet relatif des traités :

Les obligations ou les droits d'un État prédécesseur découlant de traités en vigueur à l'égard d'un territoire à la date d'une succession d'États ne deviennent pas les obligations ou les droits de l'État successeur vis-à-vis d'autres États parties à ces traités du seul fait que l'État prédécesseur et l'État successeur ont conclu un accord stipulant que lesdites obligations ou lesdits droits sont dévolus à l'État successeur<sup>122</sup>.

88. Toutefois, il y a lieu de mentionner l'extrait suivant du *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* :

Un changement dans la participation entraîne un changement dans les droits et obligations de toutes les parties au traité et ne peut donc résulter des dispositions d'un autre traité, eu égard à la règle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, codifiée à l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cela dit, les accords de dévolution peuvent prévoir sans équivoque que l'État successeur reprend désormais à son compte toutes les obligations et tous les droits qui existaient en vertu de l'application de traités ; s'il recevait un accord de dévolution de cette nature, le Secrétaire général l'assimilerait à un instrument de succession, à condition toutefois que les traités en cause soient identifiés clairement et sans ambiguïté<sup>123</sup>.

89. En revanche, il n'existe pas de disposition similaire dans la Convention de Vienne de 1983. Il n'y en a pas non plus dans les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États. Il semble que cela découle de l'objet et du but des instruments concernés. Par définition, la Convention de Vienne de 1978 régit la succession aux traités qui vont lier l'État successeur et un ou plusieurs États tiers. Par conséquent, la règle *pacta tertiis* est toujours applicable. Cela dit, ce n'est pas nécessairement le cas lors de la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, pour laquelle un accord prévoit souvent la répartition des biens, des archives et des dettes entre un État prédécesseur et un État successeur ou entre plusieurs États successeurs.

90. Les articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États portent surtout sur des questions de droit interne. Comme le souligne la Commission dans son commentaire, « [à] la différence des travaux antérieurs de la Commission sur la succession d'États, les présents articles traitent des effets de cette succession sur le lien juridique entre un État et des personnes physiques<sup>124</sup> ». Par conséquent, il n'a pas été jugé nécessaire de faire référence à la règle *pacta tertiis*.

91. La situation semble plus complexe s'agissant du présent sujet. D'une part, les règles relatives à la responsabilité de l'État sont différentes du droit des traités. Si les traités sont fondés sur le consentement des parties, la responsabilité de l'État découle de faits internationalement illicites. Cela peut signifier que la règle *pacta tertiis* pourrait être moins importante pour la succession d'États dans ce domaine. D'autre part, les accords entre États concernant leur succession sont de nature différente. Ils peuvent

confirmer qu'un État successeur est prêt à accepter les obligations découlant de la responsabilité d'État de son prédécesseur. Toutefois, ils peuvent aussi limiter ou exclure ces obligations. C'est pourquoi le consentement des États tiers est important et ne peut être présumé dans tous les cas.

92. C'est probablement la raison pour laquelle la résolution adoptée à Tallinn en 2015 par l'Institut de droit international prête attention aux effets des accords de dévolution et des actes unilatéraux (art. 6). S'agissant du rôle des accords, l'article divise le problème en deux paragraphes :

1. Les accords de dévolution conclus avant la date de succession d'États entre l'État prédécesseur et une entité ou mouvement de libération nationale qui représente un peuple ayant le droit de disposer de lui-même, de même que les accords conclus par les États intéressés après la date de succession d'États, sont soumis aux règles relatives au consentement des parties et à la validité des traités, telles qu'énoncées par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le même principe s'applique aux accords de dévolution conclus entre l'État prédécesseur et une de ses entités autonomes qui deviendrait plus tard un État successeur.

2. Les obligations d'un État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite qu'il a commis à l'égard d'un autre État ou d'un autre sujet de droit international avant la date de la succession d'États ne deviennent pas les obligations de l'État successeur vis-à-vis de l'État ou du sujet lésé du seul fait que l'État prédécesseur et l'État successeur ont conclu un accord stipulant que lesdites obligations sont dévolues à l'État successeur<sup>125</sup>.

93. Si le paragraphe 1 traite de la question plus générale de la validité et des effets des accords conclus entre l'État prédécesseur et une entité non étatique (comme un mouvement de libération nationale) ou une entité autonome de cet État du point de vue du droit des traités, seul le paragraphe 2 fait référence à la règle *pacta tertiis* concernant les accords de dévolution. La teneur du paragraphe 1 semble généralement acceptable. Néanmoins, le Rapporteur spécial se propose de traiter certaines questions comme les mouvements de libération nationale, les insurgés et d'autres entités non étatiques à un stade ultérieur.

94. Toutefois, en ce qui concerne le paragraphe 2, qui reflète en substance la teneur de l'article 8 de la Convention de Vienne de 1978, l'analyse de divers accords pertinents invite à adopter une approche nuancée. Cela dépend en grande partie du contenu de l'accord et des parties à l'accord. De fait, la grande majorité des accords sont des accords de dévolution classiques conclus entre l'État prédécesseur et l'État successeur. La deuxième catégorie, néanmoins, comprend des accords portant sur le transfert d'obligations qui ont été conclus entre l'État successeur et un ou plusieurs États tiers. Enfin, il y a aussi des accords de nature mixte qui ne correspondent à aucune des catégories mentionnées.

#### a) Accords de dévolution

95. Les premiers accords de ce type, et les plus nombreux, sont les accords de dévolution classiques, conclus il y a plusieurs décennies (entre 1947 et les années 1970) et qui s'inscrivent clairement dans le contexte de la décolonisation. Entre autres exemples, on peut citer

<sup>122</sup> Article 8, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1978.

<sup>123</sup> *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, ST/LEG/7/Rev.1 (publication des Nations Unies, numéro de vente F.94.V.15), p. 91 et 92, par. 310.

<sup>124</sup> Paragraphe 2 du commentaire de l'article 2 du projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire...* 1999, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 27.

<sup>125</sup> Institut de droit international, résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale (voir *supra* la note 27), art. 6.

l'Accord relatif à la dévolution des droits et obligations d'ordre international aux Dominions de l'Inde et du Pakistan, dont l'article 4 dispose ce qui suit :

Sous réserve des dispositions des articles 2 et 3 du présent accord, les droits et obligations découlant d'accords internationaux auxquels l'Inde est partie à la veille du jour fixé seront dévolus à la fois au Dominion de l'Inde et au Dominion du Pakistan et, le cas échéant, répartis entre ces deux Dominions<sup>126</sup>.

96. La plupart des accords de dévolution lient le Royaume-Uni et ses anciens territoires et dominions, parmi lesquels la Birmanie<sup>127</sup>, Ceylan<sup>128</sup>, la Fédération de Malaisie<sup>129</sup>, le Ghana<sup>130</sup>, le Nigéria<sup>131</sup>, la Sierra Leone<sup>132</sup>, la Jamaïque<sup>133</sup>, la Trinité-et-Tobago<sup>134</sup>, Malte<sup>135</sup>, la Gambie<sup>136</sup> et les Seychelles<sup>137</sup>. Certains accords sont de véritables

<sup>126</sup> Accord relatif à la dévolution des droits et obligations d'ordre international aux Dominions de l'Inde et du Pakistan [annexe à l'ordonnance relative à l'indépendance de l'Inde (accords internationaux), 1947] (New Delhi, 14 août 1947), *Documents officiels de l'Assemblée générale*, deuxième session, Sixième Commission, p. 308 à 310, annexe 6c (A/C.6/161).

<sup>127</sup> Article 2 du Traité entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement provisoire de la Birmanie relatif à la reconnaissance de l'indépendance de la Birmanie et à certaines questions connexes (Londres, 17 octobre 1947), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 70, n° 904, p. 183.

<sup>128</sup> Accord entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Ceylan relatif aux affaires extérieures (Colombo, 11 novembre 1947), *ibid.*, vol. 86, n° 1149, p. 25.

<sup>129</sup> Échange de lettres constituant un accord entre la Fédération de Malaisie et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la succession aux droits et obligations résultant d'instruments internationaux (Kuala Lumpur, 12 septembre 1957), *ibid.*, vol. 279, n° 4046, p. 287.

<sup>130</sup> Échange de lettres constituant un accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement ghanéen relatif à la succession du Gouvernement ghanéen à des droits et obligations d'ordre international (Accra, 25 novembre 1957), *ibid.*, vol. 287, n° 4189, p. 233.

<sup>131</sup> Échange de lettres constituant un accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la Fédération de Nigéria relatif à la succession du Gouvernement de la Fédération de Nigéria à des droits et obligations d'ordre international (Lagos, 1<sup>er</sup> octobre 1960), *ibid.*, vol. 384, n° 5520, p. 207.

<sup>132</sup> Échange de lettres constituant un accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement du Sierra Leone relatif à la succession du Gouvernement du Sierra Leone à des droits et obligations d'ordre international (Freetown, 5 mai 1961), *ibid.*, vol. 420, n° 6036, p. 11.

<sup>133</sup> Échange de lettres constituant un accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement jamaïquin relatif à la succession du Gouvernement jamaïquin à des droits et obligations d'ordre international (Kingston, 7 août 1962), *ibid.*, vol. 457, n° 6580, p. 117.

<sup>134</sup> Échange de lettres constituant un accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la Trinité et Tobago relatif à la succession du Gouvernement de la Trinité et Tobago à des droits et obligations d'ordre international (Port of Spain, 31 août 1962), *ibid.*, vol. 457, n° 6581, p. 123.

<sup>135</sup> Échange de lettres constituant un accord entre le Gouvernement maltais et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif à la succession du Gouvernement maltais à des droits et obligations d'ordre international (Floriana-La Valette et La Valette, 31 décembre 1964), *ibid.*, vol. 525, n° 7594, p. 221.

<sup>136</sup> Échange de lettres constituant un accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement gambien relatif à la succession du Gouvernement gambien à des droits et obligations d'ordre international (Bathurst, 20 juin 1966), *ibid.*, vol. 573, n° 8333, p. 203.

<sup>137</sup> Échange de notes constituant un accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement des Seychelles relatif à la succession en matière de traités (Victoria, 29 juin 1976), *ibid.*, vol. 1038, n° 15527, p. 135.

traités tandis que d'autres se présentent sous la forme d'un échange de lettres. Étant donné qu'ils sont conclus entre l'État prédécesseur et l'État successeur, ces accords sont clairement soumis à la règle *pacta tertiis*.

97. Des accords de dévolution ont également été conclus par d'autres États, notamment : entre les Pays-Bas et les États Unis d'Indonésie<sup>138</sup> – dans ce cas de figure, toutefois, la succession n'est pas aussi clairement réglée (l'accord semble porter uniquement sur la continuité ou l'extinction de certains traités) ; entre la France et l'Inde<sup>139</sup>, le Laos<sup>140</sup> et le Maroc<sup>141</sup> ; ou entre l'Italie et la Somalie<sup>142</sup>. Un accord de dévolution a également été conclu entre la Nouvelle-Zélande et le Samoa-Occidental<sup>143</sup>.

98. Un accord se distingue des autres accords de dévolution en ce que, outre sa portée particulièrement large, il lie davantage de parties que les seuls État prédécesseur (le Royaume-Uni) et successeur (Chypre). L'article 8 du Traité relatif à la création de la République de Chypre dispose ainsi au paragraphe 1 que « [t]outes les obligations et responsabilités internationales du Gouvernement du Royaume-Uni seront désormais assumées par le Gouvernement de la République de Chypre dans la mesure où elles pourront être jugées applicables à la République de Chypre ». Le paragraphe 2 du même article, libellé en des termes semblables, s'applique aux droits et avantages internationaux<sup>144</sup>. Ce traité a une nature particulière en ce qu'il a été conclu entre quatre parties, à savoir non seulement le Royaume-Uni et Chypre, mais aussi la Grèce et la Turquie. Il est donc contraignant pour toutes les parties les plus susceptibles d'être concernées par le transfert des droits et des obligations visés. Toutefois, en ce qui concerne les autres États, la règle *pacta tertiis* s'applique.

99. En conclusion, les accords de dévolution sont des accords conclus entre l'État prédécesseur et l'État successeur, en conséquence de quoi ils sont soumis à la règle *pacta tertiis*. Ils régissent principalement la succession en matière de traités, mais concernent aussi le transfert des obligations et des responsabilités auxquelles leur

<sup>138</sup> Article 5 du Projet d'accord sur les mesures transitoires inclus dans l'Accord de la Conférence de la Table ronde entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement de la République d'Indonésie (La Haye, 2 novembre 1949), *ibid.*, vol. 69, n° 894, p. 3, à la page 267.

<sup>139</sup> Article 3 de l'Accord élaboré par les Gouvernements français et indien sur les établissements français de l'Inde (New Delhi, 21 octobre 1954), *Revue générale de droit international public*, vol. 58 (1955), p. 692 à 698, à la page 692 : « Le Gouvernement de l'Inde succédera aux droits et obligations résultant de tous actes faits par l'administration française dans ces établissements et engageant le territoire. »

<sup>140</sup> Article premier du Traité d'amitié et d'association entre le Royaume du Laos et la République française (Paris, 22 octobre 1953), dans ST/LEG/SER.B/14 (voir *supra* la note 67), p. 72, également à la page 188.

<sup>141</sup> Article 11 du Traité entre la France et le Maroc (Rabat, 20 mai 1956), *ibid.*, p. 169.

<sup>142</sup> Traité d'amitié (avec échange de notes) conclu entre l'Italie et la Somalie (Mogadiscio, 1<sup>er</sup> juillet 1960), *ibid.*

<sup>143</sup> Échange de lettres constituant un accord entre le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande et le Gouvernement du Samoa-Occidental relatif à la succession du Gouvernement du Samoa-Occidental à des droits et obligations d'ordre international (Apia, 30 novembre 1962), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 476, n° 6898, p. 3.

<sup>144</sup> Article 8 du Traité relatif à la création de la République de Chypre (Nicosie, 16 août 1960), *ibid.*, vol. 382, n° 5476, p. 8.

application donne naissance. Cela étant, ils peuvent aussi avoir certaines conséquences sur des États tiers. À cet égard, on retiendra les règles énoncées aux articles 35 et 36 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment le fait que les États tiers sont présumés consentir aux traités qui leur confèrent des droits. Si la succession, lorsqu'elle emporte le transfert des obligations de l'État prédécesseur à l'État successeur, peut conférer des droits à l'État tiers lésé, elle peut aussi créer certaines obligations pour les États tiers, mais seulement à condition que ceux-ci acceptent expressément ces obligations.

b) *Accords de règlement des réclamations*

100. Les accords de règlement des réclamations sont davantage pertinents aux fins de l'examen du présent sujet. Ce sont des instruments présentant certaines caractéristiques particulières qui sont conclus entre l'État successeur et l'État tiers lésé par le fait internationalement illicite de l'État prédécesseur. Moins nombreux que les accords de dévolution, ils sont néanmoins éminemment importants car ils concernent expressément le transfert des obligations découlant de la responsabilité de l'État. En outre, étant donné qu'ils dépassent le contexte de la décolonisation, période à laquelle ils sont à la fois antérieurs et postérieurs, ces accords sont plus utiles que les accords de dévolution pour ce qui est de faire la lumière sur les autres régimes de succession d'États.

101. Parmi les plus anciens accords de règlement des réclamations, on peut citer celui conclu en 1921 entre l'Autriche, la Hongrie et les États-Unis, dont l'article premier dispose que

[L]es trois gouvernements se mettront d'accord pour désigner un commissaire qui sera chargé de se prononcer sur toutes réclamations en raison de pertes, dommages réels ou personnels subis par les États-Unis ou leurs ressortissants et qui sont visés par les dispositions du Traité du 24 août 1921, conclu entre l'Autriche et les États-Unis, et/ou celles du Traité du 29 août 1921, conclu entre les États-Unis et la Hongrie, et/ou celles des Traités de Saint-Germain-en-Laye, et/ou de Trianon, et déterminera les sommes à payer aux États-Unis par l'Autriche et par la Hongrie pour satisfaire aux obligations qui leur incombent du fait de toutes ces réclamations<sup>145</sup>.

102. Entre autres exemples, on retiendra également la Convention entre les États-Unis d'Amérique et la République de Panama pour le règlement des réclamations, dont l'article I prévoit qu'il faut déterminer,

au cas où il serait déclaré par l'arbitrage qu'il existe une responsabilité originaires de la part de la Colombie, dans quelle mesure, le cas échéant, la République de Panama a succédé à la Colombie dans cette responsabilité en raison de sa séparation de la Colombie le 3 novembre 1903, et le Gouvernement de Panama convient de collaborer avec le Gouvernement des États-Unis d'Amérique, par voie de représentations amiables, à la négociation d'un compromis d'arbitrage dans ce sens entre les trois parties<sup>146</sup>.

<sup>145</sup> Accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Autriche et la Hongrie en vue de déterminer les sommes à payer par l'Autriche et par la Hongrie pour satisfaire aux obligations qui leur incombent en vertu des traités conclus par les États-Unis d'Amérique avec l'Autriche, le 24 août 1921, et avec la Hongrie, le 29 août 1921 (Washington, 26 novembre 1924), Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 48, n° 1151, p. 69.

<sup>146</sup> Article I de la Convention entre les États-Unis d'Amérique et la République de Panama pour le règlement des réclamations (voir *supra* la note 76), à la page 128.

103. Les accords de règlement des réclamations permettent donc de régler certains problèmes pouvant survenir entre les parties au regard de la succession des États en matière d'obligations découlant de la responsabilité de l'État. Ils n'engendrent ni droits ni obligations pour les tiers, et ne sont de ce fait pas soumis à la règle *pacta tertiis*, mais ils sont contraignants pour les parties, pour qui ils priment toutes règles générales (subsidiaries).

c) *Autres accords*

104. La dernière catégorie d'accords, plus hétérogène, regroupe des instruments qui ne sont ni des accords de dévolution ni des accords de règlement des réclamations et qui, pour certains, lient plus de deux parties. Ces accords sont les plus récents, ayant été adoptés à partir des années 1990, soit en dehors du contexte de la décolonisation.

105. À titre de premier exemple, on citera le Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République démocratique allemande relatif à l'établissement de l'unité allemande (1990), dont l'article 24, qui concerne le règlement des dettes et des obligations vis-à-vis des pays étrangers et de la République fédérale d'Allemagne, dispose que «le règlement des dettes et des obligations subsistant le jour où l'accession prend effet se fera sur l'ordre et sous la supervision du Ministre fédéral des finances<sup>147</sup>».

106. Si cette disposition semble issue d'un accord de dévolution, elle a ceci de particulier qu'elle pose que l'État successeur accepte le principe selon lequel il assumera les obligations existant envers les États tiers. Par ailleurs, elle règle certaines formalités administratives.

107. Cette particularité est caractéristique des accords de la dernière génération, parmi lesquels on peut également citer l'Accord entre la République du Soudan et la République du Soudan du Sud sur certaines questions économiques (2012). Cet instrument a toutefois été conclu dans des circonstances très différentes, et son objet est tout autre. Premièrement, il a été conclu entre l'État prédécesseur et l'État successeur dans le contexte de la séparation d'une partie du territoire du premier (sécession). Deuxièmement, il porte uniquement sur les droits et obligations que ces deux États ont l'un envers l'autre sur le plan financier, ce en quoi il se rapproche d'un accord de règlement de dettes. Troisièmement, il pose que l'annulation des dettes mutuelles est sans préjudice de toutes actions engagées par des créanciers privés. Quatrièmement, il envisage la création de comités conjoints ou de mécanismes comparables<sup>148</sup>.

<sup>147</sup> Article 24 du Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République démocratique allemande relatif à l'établissement de l'unité allemande (voir *supra* la note 100).

<sup>148</sup> Article 5 de l'Accord entre la République du Soudan et la République du Soudan du Sud sur certaines questions économiques (Addis-Abeba, 27 septembre 2012), S/2012/733, annexe, p. 40, à la page 44 :

«5.1.1 Chaque Partie convient d'annuler et d'abandonner, de façon irrévocable et inconditionnelle, toute dette au titre d'arriérés non pétroliers ou d'obligations financières non liés au pétrole due à l'autre Partie, à la date du présent Accord, y compris les demandes de paiement d'arriérés et d'autres obligations financières déposées par chaque Partie auprès du Groupe de mise en œuvre de haut niveau de l'Union africaine pour le Soudan, en février 2012.

108. Le plus complexe de tous les accords est celui qui porte sur la succession de l'ex-Yougoslavie. Dans son avis, la Commission Badinter avait recommandé que les États successeurs de l'ex-Yougoslavie règlent toutes les questions relatives à la succession de celle-ci par voie d'accord, et l'Accord sur les questions de succession a ainsi été conclu le 29 juin 2001. Ainsi qu'il ressort de son préambule, cet instrument est le fruit de négociations menées «en vue de déterminer les droits, les obligations, les avoirs et les engagements de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie et la manière de les répartir équitablement entre [les parties]». L'article 2 de l'annexe F de l'Accord, qui concerne les actes internationalement illicites commis contre des États tiers avant la date de la succession, est ainsi libellé :

Tous les droits d'action contre la [République fédérative socialiste de Yougoslavie] qui ne sont pas visés par ailleurs par le présent Accord seront examinés par le Comité mixte permanent établi en vertu de l'article 4 du présent Accord. Les États successeurs s'informeront les uns les autres de l'existence de tels droits d'action contre la [République fédérative socialiste de Yougoslavie].

109. À la lecture de ce passage, qui prévoit la création d'un mécanisme spécial chargé d'examiner toutes réclamations pendantes contre la République fédérative socialiste de Yougoslavie, il apparaît que les obligations de l'État prédécesseur ne s'éteignent pas<sup>149</sup>, d'autant qu'à l'article premier de l'annexe F il est question de leur transfert de l'État prédécesseur à l'État successeur<sup>150</sup>.

110. Cet accord a ceci de particulier qu'il a été conclu entre cinq États successeurs, soit les ex-républiques fédérales de Yougoslavie (Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et ex-République yougoslave de Macédoine). Bien que ce ne soit ni un accord de dévolution, l'État prédécesseur ayant cessé d'exister au moment de sa conclusion, ni un accord de règlement des réclamations, ses dispositions et leur application mériteraient d'être examinées avec attention, ce que le Rapporteur spécial fera probablement dans un futur rapport, d'autant que le texte touche aux questions de la pluralité d'États responsables<sup>151</sup>

(Suite de la note 148.)

«5.1.2 À cet effet, les Parties déclarent qu'elles ne seront plus responsables d'aucune dette souscrite auprès de l'autre Partie au titre de ces arriérés ou d'autres obligations financières.

«5.1.3 Les Parties conviennent que les dispositions de l'article 5.1.1 ne s'appliquent pas aux créanciers privés. Elles s'engagent à protéger les droits des créanciers privés et garantissent leur droit de faire appel aux tribunaux, aux tribunaux administratifs et aux agences de chaque État pour protéger leurs droits.

«5.1.4 Les Parties conviennent de prendre les mesures nécessaires, y compris de créer des comités conjoints ou tout autre mécanisme efficace, pour aider les ressortissants ou personnes morales de l'un et l'autre État à présenter des demandes de paiement conformément aux dispositions du droit applicable de chaque État et sous réserve de celles-ci.»

<sup>149</sup> Voir Dumbery, *State Succession...*, p. 121.

<sup>150</sup> «Tous les droits et intérêts qui appartenaient à la [République fédérative socialiste de Yougoslavie] et qui ne sont pas visés par ailleurs par le présent Accord (notamment, mais non exclusivement, les brevets, marques de fabrique, droits d'auteur, redevances et droits d'action et créances de la [République fédérative socialiste de Yougoslavie]) seront partagés entre les États successeurs, en tenant compte des proportions fixées à l'annexe C du présent Accord aux fins de la division des avoirs financiers de la [République fédérative socialiste de Yougoslavie].»

<sup>151</sup> Voir l'article 47 (Pluralité d'États responsables) des articles sur la responsabilité de l'État et le commentaire y relatif, *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 133 et suiv.

et de la responsabilité partagée<sup>152</sup>. La question de la pluralité d'États successeurs a également été abordée dans la résolution adoptée par l'Institut de droit international en 2015<sup>153</sup>. À ce stade de l'examen du sujet, il semble donc prématuré de formuler des conclusions.

111. Les paragraphes qui précèdent permettent néanmoins de tirer certaines conclusions au sujet des effets des accords relatifs à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État. Pour ce qui est du transfert des droits et des obligations découlant de la responsabilité de l'État, il faut manifestement tenir compte des accords de dévolution, des accords de règlement des réclamations et des autres types d'accord. Si les accords de dévolution sont soumis à la règle *pacta tertiis* et requièrent donc le consentement des États tiers, les autres ne sont subordonnés, dans leur application, qu'à leurs propres dispositions et aux règles du droit des traités. Compte tenu de ces considérations, le projet d'article suivant est proposé :

«*Projet d'article 3. Portée des accords relatifs à la succession d'États en matière de responsabilité*

«1. Les obligations de l'État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite qu'il a commis à l'égard d'un autre État ou d'un autre sujet de droit international avant la date de la succession d'États ne deviennent pas les obligations de l'État successeur vis-à-vis de l'État ou du sujet lésé du seul fait que l'État prédécesseur et l'État successeur ont conclu un accord prévoyant que lesdites obligations sont dévolues à l'État successeur.

«2. Les droits de l'État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite commis à son égard par un autre État avant la date de la succession d'États ne deviennent pas les droits de l'État successeur vis-à-vis de l'État responsable du seul fait que l'État prédécesseur et l'État successeur ont conclu un accord prévoyant que lesdits droits sont dévolus à l'État successeur.

«3. Tout accord autre qu'un accord de dévolution entraîne le transfert des obligations ou des droits découlant de la responsabilité de l'État. Tout accord est contraignant pour ses parties et doit être exécuté par celles-ci de bonne foi.

«4. Les paragraphes qui précèdent sont sans préjudice des règles du droit des traités applicables, en particulier la règle *pacta tertiis* telle qu'elle est énoncée aux articles 34 à 36 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.»

2. PORTÉE DES ACTES UNILATÉRAUX

112. La dernière question à aborder dans le présent rapport est celle de la portée des actes unilatéraux. Comme c'est le cas pour les accords de dévolution, la Convention de Vienne de 1978 délimite strictement la portée des actes unilatéraux :

<sup>152</sup> Voir, par exemple, Nollkaemper et Plakokefalos, *Principles of Shared Responsibility in International Law. An Appraisal of the State of the Art et The Practice of Shared Responsibility in International Law*.

<sup>153</sup> Institut de droit international, résolution sur la succession d'États en matière de responsabilité internationale (voir *supra* la note 27), art. 7.

Les obligations ou les droits découlant de traités en vigueur à l'égard d'un territoire à la date d'une succession d'États ne deviennent pas les obligations ou les droits de l'État successeur ni d'autres États parties à ces traités du seul fait d'une déclaration unilatérale de l'État successeur prévoyant le maintien en vigueur des traités à l'égard de son territoire<sup>154</sup>.

113. Le paragraphe 3 de l'article 6 de la résolution de l'Institut de droit international reprend ces termes<sup>155</sup>, à ceci près qu'il n'envisage que les obligations de l'État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite acceptées par l'État successeur. Or, si la règle énoncée est tout à fait justifiée lorsqu'elle porte sur *des obligations ou des droits* découlant de traités dans le contexte de la succession d'États en matière de traités, elle semble néanmoins poser certains problèmes en ce qui concerne la responsabilité de l'État. On ne voit pas au juste pourquoi l'État successeur ne pourrait pas accepter que lui soient dévolues les *obligations* de l'État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite commis à l'égard d'un autre État avant la date de la succession d'États, à plus forte raison dans les cas où l'État prédécesseur a cessé d'exister. Cela signifie-t-il que l'État successeur ne peut pas accepter les conséquences juridiques du fait de l'État prédécesseur ?

114. Le Rapporteur spécial n'est pas encore prêt à faire sien cette théorie. Il lui paraît nécessaire, avant de proposer des conclusions, d'examiner des exemples d'actes unilatéraux, puis de se pencher sur les règles pertinentes relatives à la responsabilité de l'État et aux actes unilatéraux des États adoptés à ce jour par la Commission.

115. On retiendra qu'en droit international l'acte unilatéral est généralement une loi, voire une constitution. Dans une certaine mesure, donc, il fait autorité et les États et les particuliers peuvent s'y fier.

116. L'un des premiers actes unilatéraux modernes est la loi portant création de la Malaisie, dont l'article 76 dispose ceci :

1) Tous droits, créances et obligations découlant d'une question qui, jusqu'à la date de la création de la Malaisie, relevait du Gouvernement d'un État de Bornéo ou du Gouvernement de Singapour, mais est devenue à cette date la responsabilité du Gouvernement fédéral, sont dévolus le même jour à la Fédération, sauf si le Gouvernement fédéral et le gouvernement de l'État concerné en conviennent autrement<sup>156</sup>.

117. L'article 140, paragraphe 3, de la Constitution de la Namibie peut lui aussi être interprété comme exprimant l'acceptation du comportement des organes de l'État prédécesseur. Il est libellé comme suit :

Toute mesure prise en vertu desdites lois, avant la date de l'indépendance, par le Gouvernement, un ministre, ou un autre responsable de la République sud-africaine est réputée avoir été prise par la Gouvernement de la République de Namibie ou par l'un de ses ministres ou responsables, tant que cette mesure n'a pas été rapportée par une loi adoptée en vertu des dispositions de la Constitution. À moins que la loi

<sup>154</sup> Article 9, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1978.

<sup>155</sup> Article 6 : « 3. Les obligations d'un État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite qu'il a commis à l'égard d'un autre État ou d'un autre sujet de droit international avant la date de la succession d'États ne deviennent pas les obligations de l'État successeur vis-à-vis de l'État ou du sujet lésé du seul fait que l'État successeur ait accepté que lesdites obligations lui soient dévolues. »

<sup>156</sup> Article 76 de la loi portant création de la Malaisie (1963), dans ST/LEG/SER.B/14 (voir *supra* la note 67), p. 93.

n'en dispose autrement, toute mesure ainsi prise par la Commission du service d'administration est réputée avoir été prise par la Commission de la fonction publique visée à l'article 112<sup>157</sup>.

118. Enfin, on citera l'article 5 de la loi constitutionnelle n° 4/1993 portant application de mesures liées à la dissolution de la République fédérative tchèque et slovaque, qui est ainsi formulé :

2) La République tchèque assume les droits et obligations de la République fédérative tchèque et slovaque autres que ceux visés à la section 4 découlant du droit international au jour de la disparition de celle-ci, exception faite des droits et obligations portant sur le territoire relevant de la souveraineté de la République fédérative tchèque et slovaque qui ne serait pas placé sous la souveraineté de la République tchèque. Cette déclaration est sans préjudice de toute réclamation présentée par la République tchèque à la République slovaque du fait des obligations internationales de la République fédérative tchèque et slovaque acceptées par la République tchèque conformément à la présente disposition<sup>158</sup>.

119. Dans le cas de la dissolution de la Tchécoslovaquie, les parlements nationaux tchèque et slovaque se sont tous deux déclarés disposés à assumer les droits et obligations découlant des traités internationaux conclus par l'État prédécesseur avant sa dissolution<sup>159</sup>. De fait, plusieurs actes unilatéraux ont eu pour objet l'acceptation des droits et des obligations de l'État prédécesseur. Les deux parlements ont formulé des déclarations, les 3 et 17 décembre 1992 respectivement, puis voté des lois telle la loi constitutionnelle n° 4/1993 adoptée par le Conseil national tchèque<sup>160</sup>.

120. On retiendra que lorsque la République tchèque et la République slovaque ont demandé l'adhésion au Conseil de l'Europe, après la dissolution de la Tchécoslovaquie, et à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), elles ont toutes deux accepté d'être liées par les obligations découlant de cette convention pendant la période allant du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 1993. À la 496<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres, le 30 juin 1993, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a décidé qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1993 la République tchèque et la Slovaquie seraient considérées comme des parties à la Convention européenne des droits de l'homme et aux protocoles afférents, et seraient liées par les déclarations formulées par la République fédérative tchèque et slovaque au regard des articles 25 et 46 de la Convention<sup>161</sup>. Cette reconnaissance de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme peut être interprétée comme une reconnaissance, par les États successeurs, de la responsabilité mise à leur charge par la Convention au regard tant des actes commis par la Tchécoslovaquie avant la date de la succession que de leurs propres actes commis durant la période pendant laquelle ils n'étaient pas officiellement parties à la Convention.

<sup>157</sup> Article 140, paragraphe 3, de la Constitution de la Namibie (1990), document S/20967/Add.2.

<sup>158</sup> Article 5, paragraphe 2, de la loi constitutionnelle n° 4/1993 portant application de mesures liées à la dissolution de la République fédérative tchèque et slovaque (voir *supra* la note 84).

<sup>159</sup> Voir la Proclamation du Conseil national de la République slovaque (note 83 *supra*) et la Proclamation du Conseil national tchèque (ibid.).

<sup>160</sup> Voir *supra* la note 84.

<sup>161</sup> Voir la note du Secrétariat du Conseil de l'Europe sur les déclarations consignées dans une note verbale de la République fédérative tchèque et slovaque, datée du 13 mars 1992, disponible sur la page Web du Bureau des traités du Conseil de l'Europe (www.coe.int/fr).



121. Les travaux de codification du droit de la responsabilité des États viennent également étayer la théorie selon laquelle les actes unilatéraux ont certains effets au regard de la succession d'États en matière de responsabilité. Comme on le sait, les articles sur la responsabilité de l'État, qui prévoient sept motifs d'attribution d'un comportement à l'État (art. 4 à 10), abordent également à l'article 11 la question du comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien<sup>162</sup>.

122. Si cette règle d'attribution concerne principalement les situations dans lesquelles, par des actes ou des déclarations de ses organes, l'État reconnaît et adopte le fait illicite de personnes privées, elle peut néanmoins également s'appliquer, *mutatis mutandis*, au fait internationalement illicite de l'État prédécesseur accepté par l'État successeur. De fait, il ressort de certaines successions d'État, et en particulier de celles issues d'une dissolution, que l'organe de l'État prédécesseur (par l'entremise des personnes qui le représentent) devient l'organe de l'État successeur. Il semble donc logique que l'État successeur puisse adopter le comportement de cet organe comme étant sien.

123. Cet argument est étayé par le commentaire de l'article 11, où la Commission fait référence à l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*<sup>163</sup>, dans laquelle un tribunal a déclaré la Grèce responsable de la rupture d'un accord de concession conclu par la Crète à une période où celle-ci était un territoire autonome de l'Empire ottoman, en partie au motif que la rupture avait été «endossée par [la Grèce] comme si cette infraction était régulière et finalement maintenue par elle, même après l'acquisition de la souveraineté territoriale sur l'île en question». Selon ce commentaire, en matière de succession d'États,

il n'apparaît pas clairement si un nouvel État succède à la responsabilité étatique de l'État prédécesseur au regard de son territoire. Mais si l'État successeur, confronté à un fait illicite continu sur son territoire, endosse et maintient la situation, il peut aisément être inféré qu'il a assumé la responsabilité du fait illicite<sup>164</sup>.

124. Bien entendu, cela ne signifie pas que tout acte unilatéral peut produire les effets juridiques de l'acceptation par l'État successeur de tout ou partie des obligations découlant du fait internationalement illicite de l'État prédécesseur. En effet, l'acte unilatéral (reconnaissance ou adoption de la responsabilité) est soumis aux règles du droit international régissant les actes unilatéraux des États, codifiées par la Commission lors de précédents travaux<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> Article 11 : «Un comportement qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien.»

<sup>163</sup> *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman* (voir *supra* la note 68), à la page 198.

<sup>164</sup> Paragraphe 3 du commentaire de l'article 11 des articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 55.

<sup>165</sup> Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, résolution 61/34 de l'Assemblée générale, en date du 4 décembre 2006. Le texte des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et des commentaires y relatifs est reproduit dans *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 169 et suiv., par. 176 et 177.

125. Sans rappeler tous les Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, il est bon de revenir sur ceux dont la Commission peut s'inspirer pour déterminer si les déclarations unilatérales peuvent constituer une acceptation des obligations découlant de la responsabilité étatique de l'État prédécesseur.

126. Premièrement, les termes du principe directeur 1 sont éminemment importants, puisque celui-ci vise à définir l'acte unilatéral :

Des déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Lorsque les conditions pour qu'il en soit ainsi sont réunies, le caractère obligatoire de telles déclarations repose sur la bonne foi ; les États intéressés peuvent donc en tenir compte et tabler sur elles ; ils sont fondés à exiger que de telles obligations soient respectées.

Normalement, rien n'empêche ce principe directeur de s'appliquer à l'acte unilatéral par lequel l'État successeur assume la responsabilité du fait illicite de son prédécesseur. À la différence des accords, qui reposent sur le consentement des parties (et sont donc soumis à la règle *pacta tertiis*), les déclarations unilatérales tirent leur caractère obligatoire de la bonne foi de leur auteur.

127. Deuxièmement, «[t]out État a la capacité d'assumer des obligations juridiques par des déclarations unilatérales<sup>166</sup>». Ce principe paraît une évidence, et le Rapporteur spécial n'a pas trouvé d'argument suffisamment convaincant pour conclure qu'il ne s'applique pas à l'État successeur.

128. Troisièmement, conformément au principe directeur 4, «[u]ne déclaration unilatérale n'engage internationalement l'État que si elle émane d'une autorité ayant compétence à cette fin<sup>167</sup>», c'est-à-dire du Chef de l'État, du Chef du Gouvernement ou du Ministre des affaires étrangères. Toutefois, ce principe directeur ajoute que «[d]'autres personnes représentant l'État dans des domaines déterminés peuvent être autorisées à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans les matières relevant de leur compétence». Il ne fait donc aucun doute qu'en adoptant des textes de loi relatifs à la succession d'États les parlements nationaux engagent l'État, à plus forte raison dans les démocraties parlementaires.

129. Quatrièmement, «[l]es déclarations unilatérales peuvent être adressées à la communauté internationale dans son ensemble, à un ou plusieurs États ou à d'autres entités<sup>168</sup>». Ce principe directeur semble s'appliquer à l'adoption de la responsabilité du fait illicite de l'État prédécesseur par l'État successeur. Selon le cas, c'est-à-dire selon la nature de l'obligation violée, les conséquences juridiques de la responsabilité de l'État peuvent s'appliquer *inter partes*, *erga omnes partes* ou même *erga omnes*.

130. En outre, «[u]ne déclaration unilatérale n'entraîne d'obligations pour l'État qui l'a formulée que si elle a un objet clair et précis. En cas de doute sur la portée des engagements résultant d'une telle déclaration, ceux-ci

<sup>166</sup> Principe directeur 2, *ibid.*

<sup>167</sup> Principe directeur 4, *ibid.*

<sup>168</sup> Principe directeur 6, *ibid.*

doivent être interprétés restrictivement<sup>169</sup>». Cette précision est extrêmement importante, et il convient d'en tenir compte aux fins de la détermination des effets des actes unilatéraux sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État.

131. Enfin, «[a]ucune obligation ne peut résulter pour les autres États de la déclaration unilatérale d'un État. Cependant, le ou les autres États concernés peuvent se trouver engagés par une obligation relative à une telle déclaration unilatérale dans la mesure où ils ont clairement accepté une telle déclaration<sup>170</sup>». Voilà probablement l'un des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques les plus pertinents aux fins du présent sujet. Il semble en ressortir que les déclarations unilatérales de l'État successeur n'ont pas le même effet sur le transfert des obligations découlant de la responsabilité de l'État que sur le transfert des droits découlant de cette responsabilité. Si la déclaration unilatérale de l'État successeur ne suffit pas en soi à transférer à celui-ci les droits découlant de la responsabilité de l'État (puisque ces droits font naître des obligations pour d'autres États), il devrait néanmoins être possible, pour l'État successeur, d'accepter au moyen d'une telle déclaration les obligations engendrées par la responsabilité de l'État.

<sup>169</sup> Principe directeur 7, *ibid.*

<sup>170</sup> Principe directeur 9, *ibid.*

132. Compte tenu des considérations qui précèdent, le projet d'article suivant est proposé :

*« Projet d'article 4. Déclaration unilatérale  
de l'État successeur*

«1. Les droits de l'État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite commis à son égard par un autre État ou un autre sujet de droit international avant la date de la succession d'États ne deviennent pas les droits de l'État successeur du seul fait que celui-ci a formulé une déclaration unilatérale par laquelle il a exprimé la volonté d'assumer tous les droits et obligations de l'État prédécesseur.

«2. Les obligations de l'État prédécesseur découlant d'un fait internationalement illicite qu'il a commis à l'égard d'un autre État ou d'un autre sujet de droit international avant la date de la succession d'États ne deviennent pas les obligations de l'État successeur vis-à-vis de l'État ou du sujet lésé du seul fait que l'État successeur a accepté de les assumer, à moins que la déclaration unilatérale de l'État successeur ne le prévoie expressément.

«3. La déclaration unilatérale formulée par l'État successeur et les effets de cette déclaration sont soumis aux règles de droit international applicables aux actes unilatéraux des États.»

## CHAPITRE III

### Travaux futurs

#### Programme de travail futur

133. Le Rapporteur spécial entend consacrer en tout quatre rapports à l'examen du sujet. Dans son deuxième rapport (2018), il abordera le transfert des obligations découlant du fait internationalement illicite de l'État prédécesseur en s'intéressant séparément aux situations dans lesquelles l'État initial disparaît (à la suite d'une dissolution ou d'une unification) et à celles dans lesquelles l'État prédécesseur continue d'exister (en cas de transfert de territoire, de sécession ou de formation d'États nouvellement indépendants). Dans son troisième rapport (2019), il se

concentrera sur le transfert des droits et des réclamations de l'État prédécesseur lésé à l'État successeur. Enfin, dans son quatrième rapport (2020), il envisagera les questions de procédure et divers autres points tels que la pluralité d'États successeurs et la responsabilité partagée, ou la question de savoir si les règles relatives à la succession d'États en matière de responsabilité de l'État s'appliquent à l'égard d'organisations internationales ou de particuliers lésés. Si l'examen de ces rapports avance suffisamment et la charge de travail de la Commission le permet, l'ensemble du projet d'articles pourrait être adopté en première lecture en 2020, ou au plus tard en 2021.



## RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA SOIXANTE-NEUVIÈME SESSION

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/701	Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, par M <sup>me</sup> Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale	Reproduit dans <i>Annuaire... 2016</i> , vol. II (1 <sup>re</sup> partie).
A/CN.4/702	Ordre du jour provisoire de la soixante-neuvième session	Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session. L'ordre du jour adopté est reproduit dans <i>Annuaire... 2017</i> , vol. II (2 <sup>e</sup> partie).
A/CN.4/703	Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante et onzième session, établi par le Secrétariat	Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.
A/CN.4/704	Troisième rapport sur les crimes contre l'humanité, par M. Sean D. Murphy, Rapporteur spécial	Reproduit dans le présent volume.
A/CN.4/705 [et Corr.1]	Quatrième rapport sur la protection de l'atmosphère, par M. Shinya Murase, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/706	Deuxième rapport sur le <i>jus cogens</i> , par M. Dire D. Tladi, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/707	Application provisoire des traités. Étude du Secrétariat	Idem.
A/CN.4/708	Premier rapport sur la succession d'États en matière de responsabilité de l'État, par M. Pavel Šturma, Rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/L.892 et Add.1	Crimes contre l'humanité. Textes et titres du projet de préambule, des projets d'article et du projet d'annexe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en première lecture	Disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session.
A/CN.4/L.893	L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Titres des deuxième et troisième parties et texte et titre du projet d'article 7 et de l'annexe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la soixante-neuvième session	Idem.
A/CN.4/L.894	Protection de l'atmosphère. Texte du projet de directive 9 et des alinéas du préambule provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la soixante-neuvième session	Idem.
A/CN.4/L.895/Rev.1	Application provisoire des traités. Textes et titres des projets de directive provisoirement adoptés par le Comité de rédaction aux soixante-septième à soixante-neuvième sessions	Idem.
A/CN.4/L.896 et Add.1	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-neuvième session : chapitre XI (Autres décisions et conclusions de la Commission)	Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 10 (A/72/10)</i> . Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2017</i> , vol. II (2 <sup>e</sup> partie).
A/CN.4/L.897	Idem : chapitre I (Organisation de la session)	Idem.
A/CN.4/L.898	Idem : chapitre II (Résumé des travaux de la soixante-neuvième session de la Commission)	Idem.
A/CN.4/L.899	Idem : chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	Idem.
A/CN.4/L.900 et Add.1/Rev.1 et Add.2 et 3	Idem : chapitre IV (Crimes contre l'humanité)	Idem.
A/CN.4/L.901 et Add.1 et 2	Idem : chapitre V (Application provisoire des traités)	Idem.

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/L.902 et Add.1 et 2	Idem : chapitre VI (Protection de l'atmosphère)	Idem.
A/CN.4/L.903/Rev.1 et Add.1 à 3	Idem : chapitre VII (Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État)	Idem.
A/CN.4/L.904	Idem : chapitre VIII [Normes impératives du droit international général ( <i>jus cogens</i> )]	Idem.
A/CN.4/L.905	Idem : chapitre IX (Succession d'États en matière de responsabilité de l'État)	Idem.
A/CN.4/L.906	Idem : chapitre X (Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés)	Idem.
A/CN.4/SR.3348 à SR.3389	Comptes rendus analytiques provisoires des 3348 <sup>e</sup> à 3389 <sup>e</sup> séances	Disponibles sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-neuvième session. Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 2017</i> , vol. I.

