

Chapitre X

FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL: DIFFICULTÉS DÉCOULANT DE LA DIVERSIFICATION ET DE L'EXPANSION DU DROIT INTERNATIONAL

A. Introduction

296. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, après avoir examiné l'étude de faisabilité entreprise sur le sujet «Les risques que pose la fragmentation du droit international», la Commission a décidé d'inscrire la question à son programme de travail à long terme^{582, 583}. Deux ans plus tard, à sa cinquante-quatrième session (2002), la Commission a inscrit le sujet à son programme de travail et a créé un groupe d'étude du sujet. Elle a aussi décidé d'en modifier le titre, qui est devenu «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international»⁵⁸⁴. En outre, la Commission a formulé un certain nombre de recommandations, et a notamment préconisé qu'une série d'études soit entreprise, dont la première, confiée au Président du Groupe d'étude, serait intitulée «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des "régimes autonomes"».

297. À sa cinquante-cinquième session, en 2003, la Commission a nommé M. Martti Koskenniemi président du Groupe d'étude. Elle a mis au point un calendrier provisoire des travaux à mener à bien d'ici la fin du présent quinquennat (2003-2006), a réparti entre les membres du Groupe d'étude des travaux sur les autres sujets arrêtés en 2002⁵⁸⁵, et a déterminé la méthodologie à adopter pour ces travaux. La Commission a également procédé à un examen préliminaire d'un exposé succinct du Président du Groupe d'étude sur la question intitulée «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des "régimes autonomes"».

B. Examen du sujet à la présente session

298. À la présente session, la Commission a reconstitué le Groupe d'étude, qui a tenu huit séances les 12 et 17 mai, le 3 juin et les 15, 19, 21, 26 et 28 juillet 2004. Il était saisi de l'étude de M. Martti Koskenniemi, Président

⁵⁸² G. Hafner, «Les risques que pose la fragmentation du droit international», *Annuaire... 2000*, vol. II (2^e partie), annexe, p. 150.

⁵⁸³ Voir *supra* note 238.

⁵⁸⁴ *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), par. 492 à 494, p. 102.

⁵⁸⁵ a) L'interprétation des traités à la lumière de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31, par. 3, al. c, de la Convention de Vienne de 1969), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale; b) L'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne de 1969); c) La modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne de 1969); d) La hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit (*Annuaire... 2003*, vol. II (2^e partie), par. 427).

du Groupe d'étude, intitulée «La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des régimes autonomes», ainsi que d'exposés sur l'étude de M. Teodor Viorel Melescanu relative à l'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne de 1969), sur l'étude de M. William Mansfield relative à l'interprétation des traités à la lumière de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» (art. 31, par. 3, al. c, de la Convention de Vienne de 1969), dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des préoccupations de la communauté internationale, sur l'étude de M. Riad Daoudi relative à la modification de traités multilatéraux entre certaines parties seulement (article 41 de la Convention de Vienne de 1969), ainsi que sur l'étude de M. Zdzislaw Galicki relative à la hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit⁵⁸⁶.

299. À sa 2828^e séance, tenue le 4 août 2004, la Commission a pris note du rapport du Groupe d'étude (A/CN.4/L.663/Rev.1) figurant dans la section C *infra*.

C. Rapport du Groupe d'étude

1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES ET RÉSULTAT ESCOMPTÉ DES TRAVAUX DU GROUPE D'ÉTUDE

300. Le Groupe d'étude a commencé par examiner le rapport du Groupe d'étude de 2003⁵⁸⁷ ainsi que le résumé thématique, établi par le Secrétariat, du débat tenu par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-huitième session (A/CN.4/537, sect. G).

301. Le Groupe d'étude a confirmé que l'essentiel de son mandat était clairement énoncé dans son titre. Il s'agissait d'étudier les aspects à la fois positifs et négatifs de la fragmentation en tant qu'expression de la diversification et de l'expansion du droit international. Il avait décidé de mener à bien sa tâche sur la base du calendrier provisoire, du programme de travail et de la méthodologie arrêtés au cours de la session de 2003⁵⁸⁸.

302. Le Groupe d'étude a pris note avec satisfaction des observations formulées à la Sixième Commission lors de la cinquante-huitième session de l'Assemblée générale en 2003. Il a constaté que les décisions concernant

⁵⁸⁶ Les documents peuvent être obtenus auprès de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques.

⁵⁸⁷ *Annuaire... 2003*, vol. II (2^e partie), par. 415 à 435.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, par. 424 à 428.

l'orientation de ses travaux avaient bénéficié d'un large appui. En particulier, la décision de se concentrer sur les questions de fond et de laisser de côté les aspects institutionnels de la fragmentation, ainsi que la décision d'axer les travaux sur la Convention de Vienne de 1969, avaient apparemment reçu l'approbation des membres de la Sixième Commission. Le Groupe d'étude a également pris note du souhait exprimé par les délégations de voir ses travaux aboutir à des conclusions pratiques. À ce propos, le Groupe d'étude a également examiné la question du résultat final de ses discussions. Si certains membres du Groupe d'étude ont estimé que l'élaboration de lignes directrices accompagnées de commentaires était un objectif souhaitable, d'autres ont exprimé des doutes quant à la possibilité d'entreprendre un travail normatif. Ils se sont mis d'accord toutefois sur le fait que cet exercice analytique serait déjà très utile et que le Groupe d'étude devrait au moins formuler ses propres conclusions, sur la base des études, quant à la nature et aux conséquences du phénomène de la « fragmentation » du droit international. Le Groupe d'étude a confirmé son intention d'établir à l'issue de ses travaux un document de synthèse traitant des questions de fond. Ce document serait soumis à la Commission en 2006. Il contiendrait l'essentiel des rapports établis par les membres du Groupe d'étude, tels que modifiés et complétés durant les débats au sein du Groupe. Il comprendrait deux parties: a) une étude de fond sur le sujet; et b) un bref résumé des conclusions proposées, ainsi que, le cas échéant, des directives sur la façon de traiter la question de la fragmentation.

2. EXAMEN DE L'ÉTUDE CONCERNANT LA FONCTION ET LA PORTÉE DE LA RÈGLE DE LA *LEX SPECIALIS* ET LA QUESTION DES « RÉGIMES AUTONOMES »

303. Le Groupe d'étude a entamé ses discussions de fond sur l'étude établie par le Président intitulée « La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des « régimes autonomes » ». L'étude commençait par une typologie de la fragmentation fondée sur la décision prise par le Groupe d'étude en 2003. Une distinction y était établie entre trois formes de fragmentation: a) la fragmentation découlant d'interprétations antagoniques du droit général; b) la fragmentation résultant de l'émergence d'un droit spécial en tant qu'exception au droit général; et c) la fragmentation découlant du conflit entre différents types de droit spécial. Ces distinctions ayant déjà été approuvées en 2003, il n'était pas nécessaire d'en débattre. Le Groupe d'étude a décidé plutôt de passer directement au fond de l'étude. Celle-ci comportait deux parties. La première partie exposait la règle de la *lex specialis* et la deuxième était axée sur les « régimes autonomes ».

a) *Lex specialis*

304. Lors de la présentation de la partie de l'étude consacrée à la fonction et à la portée de la *lex specialis*, le Président a insisté sur plusieurs points. Premièrement, il a tout d'abord souligné que le recours à la règle de la *lex specialis* était un aspect du raisonnement juridique qui était étroitement lié à l'idée que le droit international constitue un système juridique. Le principe de la *lex specialis* visait à harmoniser des normes antagoniques par l'interprétation ou l'établissement de relations prioritaires déterminées entre elles. En fait, a-t-il dit, on avait souvent du mal

à faire une distinction entre ces deux aspects du fonctionnement de la technique: l'interprétation d'un droit spécial à la lumière du droit général et la mise à l'écart du droit général en raison d'un conflit avec une règle spécifique. Il a mis en évidence le caractère relationnel de la distinction entre la généralité et la spécialité. Une règle n'était jamais « générale » ou « spéciale » dans l'abstrait, mais toujours en relation avec une autre règle. Le caractère « spécial » d'une règle pouvait découler, par exemple, du nombre d'États auxquels elle s'appliquait ou de l'ampleur de son objet. Une règle, par exemple un traité de bon voisinage, pourrait être spéciale du point de vue du nombre d'États auxquels elle s'applique, mais générale par son objet. Il était important d'adopter une conception systémique de la question, précisément pour éviter d'avoir une idée trop formelle ou rigide de la *lex specialis*. Son application était toujours conditionnée par le système juridique dans lequel elle s'inscrivait.

305. Deuxièmement, le Président a noté que le principe selon lequel le droit spécial constituait une dérogation au droit général était un principe traditionnel et largement accepté en tant que règle d'interprétation juridique et de technique de résolution des conflits de normes. Il existait une jurisprudence abondante concernant le recours à la technique de la *lex specialis*. La Commission avait, elle aussi, approuvé ce principe dans l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁵⁸⁹. Le Président a attribué l'acceptation de la règle de la *lex specialis* à l'importance de son rôle en tant que technique de raisonnement: elle était pragmatique, plus claire et plus précise, et donc jugée plus « dure » ou plus « contraignante » que la règle générale. De plus, elle réglementait la matière considérée plus efficacement et était plus utile en ce qu'elle reflétait mieux la volonté des parties.

306. Troisièmement, le Président a distingué entre quatre situations dans lesquelles la règle de la *lex specialis* a été appliquée dans la jurisprudence: elle peut jouer pour régler les rapports a) entre deux dispositions (l'une spéciale, l'autre générale) au sein d'un seul et même instrument comme dans l'*Arbitrage relatif au canal de Beagle*⁵⁹⁰; b) entre les dispositions de deux instruments différents comme dans l'affaire *Mavrommatis*⁵⁹¹ et, de façon plus typique encore, dans un environnement systémique tel que celui de l'OMC⁵⁹²; c) entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle comme

⁵⁸⁹ *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 150.

⁵⁹⁰ *Affaire concernant un litige entre la République d'Argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI (numéro de vente: E/F.95.V.2), p. 53. Voir aussi *ILR*, vol. 52, 1979, p. 97.

⁵⁹¹ *Concessions Mavrommatis en Palestine* (voir *supra* note 31), p. 31.

⁵⁹² Voir, par exemple, OMC, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, rapport du Groupe spécial (WT/DS34/R), 31 mai 1999, par. 9.92; *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, rapport du Groupe spécial (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R), 2 juillet 1998, par. 14.28; et *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, rapport du Groupe spécial (WT/DS90/R), 6 avril 1999, par. 4.20. Voir aussi, par exemple, pour l'UE, *JT's Corporation Ltd. c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-123/99, arrêt du 12 octobre 2000, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance 2000-9/10*, partie II, Tribunal de première instance, par. 50, p. 3292.

dans l'affaire *INA Corporation*⁵⁹³; et d) entre deux normes non conventionnelles comme dans l'affaire *Droit de passage sur territoire indien*⁵⁹⁴ dans laquelle un raisonnement analogue a été appliqué même s'il n'est pas formulé en termes de *lex specialis*.

307. Quatrièmement, le Président a fait observer que, même s'il n'existait pas de hiérarchie formelle des sources du droit international, il existait entre elles une sorte de hiérarchie informelle qui constituait un aspect «légal» [comme l'on parle de médecine légale] ou «naturel» du raisonnement juridique, et qui privilégiait la norme spéciale par rapport à la norme plus générale. Cette hiérarchie pragmatique, a-t-il dit, était l'expression du fondement consensuel du droit international: la priorité était souvent accordée à une norme spéciale parce qu'elle prenait mieux en compte non seulement les impératifs du contexte mais aussi l'intention de ceux qui devaient être liés par elle.

308. Cinquièmement, le Président a indiqué qu'en droit le rapport entre une règle particulière et une règle générale pouvait se nouer de deux façons. Une règle spéciale pouvait être considérée comme constituant une *application*, un *développement* ou une *mise à jour* d'une règle générale. On pouvait aussi considérer qu'elle *modifiait*, *remplaçait* ou *écartait* la norme générale (c'est-à-dire que la *lex specialis* constituait une exception à la règle générale). Le Président a souligné qu'il était souvent impossible de dire si on devait considérer une règle comme une «application» ou une «mise à l'écart» d'une autre règle. Dans une certaine mesure, cette distinction – et, partant, la distinction entre la *lex specialis* en tant que règle d'interprétation et règle de règlement des conflits – était artificielle. Ces deux aspects devaient donc être envisagés dans l'étude de la *lex specialis*. Le Président a insisté sur le fait que, même lorsque cette règle est utilisée comme technique de règlement des conflits, le droit général qu'elle écarte au moment de son application ne disparaît pas totalement; il demeurera «à l'arrière-plan» et orientera l'interprétation de la règle spéciale.

309. Sixièmement, le Président a fait observer que l'essentiel du droit international général avait un caractère dispositif, c'est-à-dire qu'il pouvait y être dérogé par la *lex specialis*. Dans certains cas toutefois, le droit général interdisait expressément une dérogation, ou pareille interdiction se déduisait de la nature du droit général. Le cas le plus connu était celui du *jus cogens*. Mais il y avait d'autres types de situations dans lesquelles toute dérogation était interdite. Les éléments pertinents à prendre en considération étaient, par exemple, les bénéficiaires de l'obligation et la question de savoir si la dérogation pouvait être interdite – par exemple, dans les cas où elle pourrait rompre l'équilibre instauré par le traité général entre les droits et les obligations des parties.

310. Enfin, le Président a signalé que l'un des aspects de la question de la *lex specialis* n'avait pas été traité dans

son rapport, à savoir la question des régimes régionaux et du régionalisme. Il établirait un rapport complémentaire sur cette question pour le Groupe d'étude en 2005. Le Groupe d'étude s'est félicité de cette proposition.

311. Le Groupe d'étude a approuvé l'optique «systémique» adoptée dans l'étude et la conclusion selon laquelle le droit international général sous-tend toujours des règles et régimes spéciaux. Même lorsqu'une loi spéciale constituait une dérogation au droit général, il ressortait d'affaires telles que l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* et l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁵⁹⁵ que le droit général n'était pas de ce fait mis à l'écart et continuait à jouer un rôle «à l'arrière-plan». Certains membres du Groupe d'étude se sont demandé toutefois s'il serait possible de préciser comment cela se traduisait dans la pratique. Il a été dit que l'examen de la jurisprudence apportait des éclaircissements sur le rôle et le fonctionnement du principe de la *lex specialis* en tant que technique de raisonnement juridique en droit international. Le Groupe d'étude est convenu toutefois qu'il n'y avait aucune raison – en fait, il n'était pas possible – d'établir des règles strictes ou formelles d'utilisation de ce principe. Celui-ci servait parfois de règle d'interprétation juridique et parfois de technique de règlement des conflits. La façon dont il était utilisé dépendait de la situation, notamment de l'environnement normatif. Il a été souligné qu'outre ce qui avait été dit dans l'étude il fallait distinguer entre l'utilisation de cette règle pour déroger au droit et son utilisation pour *développer* le droit et que les liens étroits entre ces deux aspects mettaient en évidence son caractère informel et son adaptation au contexte. Il en allait de même de la distinction connexe existant entre la licéité d'une dérogation et la détermination du contenu de la règle qui constitue une dérogation. Par exemple, même lorsqu'une dérogation est interdite, la *lex specialis* pourrait être encore applicable en tant que «développement» de la règle pertinente.

312. Le Groupe d'étude a approuvé dans une large mesure les conclusions de l'étude. L'accent a été mis toutefois sur certains aspects spéciaux. Il a été dit que la dimension temporelle – autrement dit, la relation entre la *lex specialis* et la *lex posterior* – n'avait pas été suffisamment examinée dans l'étude. Il a été reconnu toutefois que la manière de traiter cette question dépendait aussi du contexte, notamment de la volonté des parties.

313. Certains membres du Groupe d'étude ont émis des doutes au sujet de l'idée que la *lex specialis* dénotait l'existence d'une hiérarchie informelle des sources du droit international. À leur avis, il n'existait aucune hiérarchie, formelle ou informelle, entre ces sources. Si un traité l'emportait normalement sur une coutume, ce n'était pas en raison d'une hiérarchie, mais simplement parce qu'il fallait donner effet à la volonté des parties – il n'était pas inconcevable qu'une coutume spéciale puisse l'emporter sur un traité général pour la même raison. En tout état de cause, il était justifié de faire une distinction entre la hiérarchie des sources de droit et la hiérarchie des normes juridiques. On a également un peu critiqué la façon dont le Président avait traité la question de la dérogation au droit général. Mis à part le *jus cogens*, la

⁵⁹³ Voir *INA Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, affaire n° 161, 12 août 1985, Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 8, p. 378.

⁵⁹⁴ *Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960*, p. 44.

⁵⁹⁵ Voir *supra* note 404.

question de l'autorisation ou de l'interdiction d'une dérogation n'était toujours pas claire.

b) *Régimes autonomes (spéciaux)*

314. En présentant la partie de son étude relative aux régimes autonomes, le Président a fait observer que l'idée maîtresse de son étude était de souligner que le droit général conservait son importance. Cela était normal, car la raison d'être de la *lex specialis* et des régimes autonomes était la même. Les régimes autonomes étaient une sous-catégorie de la *lex specialis*.

315. Le Président a noté que l'expression «régimes autonomes» avait été utilisée dans trois sens quelque peu différents. Le point de départ de son analyse était l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État adopté par la Commission en 2001⁵⁹⁶, qui en donnait deux exemples: l'arrêt rendu par la CPJI dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*⁵⁹⁷ et l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*⁵⁹⁸. Ces affaires concernaient néanmoins des situations quelque peu différentes. La première (sens large) visait une série de dispositions conventionnelles portant sur une question unique (à savoir les dispositions du Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) relatives à la navigation sur le canal de Kiel). La seconde (sens étroit) dénotait un ensemble spécial de règles secondaires (les règles du droit diplomatique) prétendant à la primauté sur les règles générales de la responsabilité de l'État relatives aux conséquences d'un fait illicite. Le sens large dénotait un ensemble spécial de règles et de principes sur l'administration d'un problème déterminé, le sens étroit concernait un régime spécial – une *lex specialis* – de responsabilité de l'État. Le Président a noté que certains des termes employés étaient problématiques. En particulier, la distinction que la Commission faisait dans son commentaire entre les formes «faibles» et les formes «fortes» de la *lex specialis* et l'association des régimes autonomes à cette dernière étaient malheureuses: les régimes autonomes n'étaient ni plus forts ni plus faibles que d'autres formes de *lex specialis*.

316. Dans un troisième sens, qui était évoqué pour stimuler le débat sur la question, le terme «régimes autonomes (spéciaux)» était parfois utilisé dans les commentaires et la pratique académique pour décrire des champs entiers de spécialisation fonctionnelle ou d'orientation téléologique, au sens où l'on pensait que des règles et des techniques d'interprétation et d'administration spéciales s'appliquaient (par exemple, une branche spéciale du droit international ayant ses propres principes, institutions et téléologie, comme le «droit des droits de l'homme», le «droit de l'OMC», le droit humanitaire, etc.). Par exemple, la CIJ a fait de telles distinctions dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁵⁹⁹. Il n'était

⁵⁹⁶ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 150 et 151.

⁵⁹⁷ *Vapeur Wimbledon, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1*, p. 23 et 24.

⁵⁹⁸ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dite «affaire des otages» (voir *supra* note 175), par. 86, p. 40.

⁵⁹⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, par. 24, 27, 34, 37 et 51, respectivement p. 239, 241, 243, 244 et 247.

pas toujours évident de distinguer entre les trois sens de l'expression «régimes autonomes».

317. La notion de «régimes autonomes» avait été constamment utilisée par les rapporteurs spéciaux de la Commission sur la responsabilité de l'État dans un sens étroit et dans un sens large, comme indiqué ci-dessus. Bien qu'ils aient jugé que les États aient été habilités à mettre en place des régimes autonomes de responsabilité de l'État, nul n'a jamais prétendu que de tels régimes étaient des «circuits juridiques fermés». La question de l'application supplétive des règles générales dans les situations qui ne sont pas expressément couvertes par le «régime autonome» n'a pas été traitée en détail par la Commission. Toutefois, la question d'un «retour» au droit général si le régime autonome ne fonctionnait pas comme il était supposé le faire a été examinée par deux rapporteurs spéciaux, Riphagen et Arangio-Ruiz, qui tous deux ont estimé évident que, dans de tels cas, le recours au droit général devait être autorisé. La principale conclusion à tirer des débats tenus par la Commission par le passé était que ni la Commission ni les rapporteurs spéciaux – ni aucune des affaires régulièrement évoquées dans ce contexte – ne postulaient que les règles spéciales seraient totalement isolées du droit international général.

318. Le Président a fait valoir qu'en fait l'expression «régime autonome» était malheureuse au sens où aucun ensemble de règles – que ce soit au sens étroit ou au sens large – n'était isolé du droit général. Il doutait qu'une telle isolation fût même possible: un régime pouvait recevoir (ou ne pas recevoir) force juridique obligatoire («validité») uniquement par référence à des règles ou principes (valides et obligatoires) *extérieurs à lui*.

319. Le Président a conclu que le droit général jouait un double rôle dans tout régime spécial. En premier lieu, il fournissait le cadre normatif et suppléait aux aspects du fonctionnement du régime spécial que celui-ci n'avait pas expressément prévu. Par exemple, qu'une entité soit ou non un «État» ou exerce ou non sa souveraineté sur un territoire étaient des questions qu'il faudrait toujours traiter dans le cadre du droit général. En second lieu, les règles du droit général s'appliquaient aussi si le régime spécial ne fonctionnait pas convenablement. Le Président a donc conclu, s'agissant des travaux futurs sur les régimes spéciaux, que les principales questions à étudier concernaient: *a)* les conditions de la création d'un régime spécial; *b)* le champ d'application du régime par rapport au droit international général dans des circonstances normales; et *c)* les conditions du «retour» aux règles générales en cas d'échec du régime spécial.

320. Pour ce qui est des conditions de la création des régimes spéciaux, les règles relatives à la dérogation applicable en matière de *lex specialis* devaient aussi s'appliquer aux régimes spéciaux. Ainsi, nonobstant les normes impératives et certains autres cas dans lesquels aucune dérogation n'était possible, une dérogation était généralement possible.

321. Pour ce qui est de la relation entre le régime spécial et le droit international général dans des circonstances normales, elle était normalement déterminée en interprétant les traités qui constituaient le

régime. Prenant des exemples relevant des droits de l'homme⁶⁰⁰ et du droit de l'OMC⁶⁰¹, le Président a fait observer qu'aucun des régimes conventionnels existants n'était autonome au sens où l'application du droit international général serait généralement exclue. Au contraire, les organes conventionnels invoquaient constamment le droit international général. La raison n'en était pas, a fait observer le Président, un quelconque acte d'« incorporation ». Comme l'avait déclaré la CIJ dans l'affaire *ELSI*⁶⁰², il était de la nature des principes importants de la coutume générale de s'appliquer en l'absence de clauses de dérogation expresse. Rien dans la pratique ne donnait à penser que le droit international général ne s'appliquerait aux régimes spéciaux que par le biais d'une incorporation. En fait, on voyait mal comment les auteurs des régimes auraient pu s'accorder pour *ne pas* incorporer (c'est-à-dire écarter expressément) les principes généraux du droit international. D'où viendrait le caractère contraignant d'un tel accord?

322. Pour ce qui est du retour aux règles générales en cas d'échec du régime spécial, on a fait observer que la notion d'« échec » était loin d'être claire. Il était impossible de fixer des critères généraux pour déterminer ce qu'était l'« échec » d'un régime *in abstracto*. Au moins certaines des voies ouvertes aux participants au régime spécial étaient définies dans la Convention de Vienne de 1969 elle-même, et les règles relatives à la responsabilité de l'État pouvaient en outre être pertinentes dans de telles situations.

323. Le Président a déclaré que la principale conclusion de son étude était que l'utilisation actuelle de la *lex specialis* et l'apparition de régimes conventionnels spéciaux n'avaient pas porté sérieusement atteinte à la sécurité et à la prévisibilité juridiques, ni à l'égalité des sujets de droit. Ces techniques étaient l'expression de préoccupations à la fois légitimes et fortement ressenties en ce qui concerne le développement économique, la protection des droits de l'homme et l'environnement, ainsi que le régionalisme. Le système n'était pas en crise.

⁶⁰⁰ Voir les affaires *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Cour inter-américaine des droits de l'homme, arrêt du 29 juillet 1988, série C, n° 4, par. 184; *McElhinney c. Irlande*, Cour européenne des droits de l'homme, n° 31253/96, arrêt du 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, *ibid.*, par. 55, p. 138 et 139. Voir aussi *Loizidou c. Turquie*, Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 15318/89, arrêt du 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions, 1996-VI*, par. 43; *Fogarty c. Royaume-Uni*, n° 37112/97, arrêt du 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI; *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, n° 52207/99, décision du 12 décembre 2001, CEDH 2001-XII, par. 57 (pour ce paragraphe, voir également *ILR*, vol. 123, 2003, p. 108 et 109). Voir également L. Caffisch et A. A. Cançado Trindade, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, t. CVIII, 2004, p. 11 à 22.

⁶⁰¹ OMC, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS2/AB/R), du 29 avril 1996; *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, rapport du Groupe spécial (WT/DS163/R), du 1^{er} mai 2000, par. 7.96; et *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS58/AB/R), du 12 octobre 1998, par. 127 à 131.

⁶⁰² *ELSI* (voir *supra* note 140), *C.I.J. Recueil 1989*, par. 50, p. 42.

324. Il a aussi noté que force était de reconnaître qu'il n'existait aucun système homogène et hiérarchisé permettant d'éliminer les problèmes découlant des conflits de règles ou de régimes juridiques. L'exigence de cohérence et celle d'un pluralisme raisonnable continueraient d'indiquer des directions différentes. Il pourrait falloir, pour cette raison, prêter de plus en plus d'attention à la manière dont la Convention de Vienne de 1969 pourrait être utilisée pour faire face aux conflits de normes et de régimes. Il pourrait également être utile, a fait valoir le Président, d'élucider la notion de « droit international général » et la manière dont elle opérerait vis-à-vis de certaines règles et de certains régimes.

325. En ce qui concerne les travaux futurs sur ce dernier point, le Président a donc proposé de mettre l'accent sur le fonctionnement des régimes spéciaux pris dans chacun des trois sens donnés à l'expression. Une étude future sur cette question pourrait énoncer: *a*) les conditions de leur mise en place; *b*) leur mode de fonctionnement autonome; *c*) le rôle du droit international général dans ces régimes, y compris le règlement des conflits entre eux; et *d*) les conditions et les conséquences de l'échec d'un régime.

326. Lors du débat qui a suivi, le Groupe d'étude a pris note de l'incertitude terminologique sur laquelle le Président avait appelé l'attention. Il est convenu que la notion était constamment utilisée au sens étroit (c'est-à-dire pour désigner des règles secondaires spéciales de la responsabilité de l'État) et au sens large (c'est-à-dire pour désigner des règles primaires et secondaires spéciales sur un problème spécifique). Les membres ont observé que l'expression « régime spécial » était, dans sa troisième acception (c'est-à-dire au sens de champs entiers de spécialisation fonctionnelle), un phénomène intrigant qui devait être étudié plus avant pour pouvoir comprendre pleinement la relation qu'elle créait par rapport au droit général et par rapport aux deux autres formes de régime spécial examinées dans le rapport.

327. Le Groupe d'étude est convenu que la notion d'« autonomie » ne signifiait rien de plus que l'idée de « spécialité » du régime. Il a aussi noté que la distinction entre une « forme forte » et une « forme faible » du régime spécial devait être abandonnée. On s'est accordé pour reconnaître que le droit général continuait de s'appliquer de diverses manières même dans le cadre des régimes spéciaux. La relation entre le régime et le droit général ne pouvait toutefois être définie par des règles générales.

328. Certains membres du Groupe d'étude ont déclaré que l'interprétation de l'affaire *ELSI* comme consacrant une présomption à l'encontre de la dérogation correspondait peut-être davantage à la réalité que celle qui voulait y voir l'énoncé d'un principe général exigeant qu'une dérogation au droit général soit expresse.

329. Le Groupe d'étude a souligné que la question de savoir si un régime avait ou non échoué devait être déterminée par référence aux traités constituant le régime lui-même. Là encore, il était impossible d'énoncer des règles générales. Toutefois, il pouvait aussi être utile d'étudier plus avant les différentes situations dans lesquelles un tel échec pouvait se produire. On a également indiqué que c'était aux parties au régime spécial qu'il appartenait de

décider si le régime avait échoué, et quelles seraient les conséquences de cet échec.

330. Le Groupe d'étude a noté que les difficultés que présentait la relation entre le général et le spécial étaient relatives, des différences se faisant jour en fonction des circonstances de chaque affaire. Un certain scepticisme s'est manifesté quant à la possibilité d'élucider la notion de « droit international général ». On a souligné qu'une telle entreprise devrait être axée sur le fonctionnement du droit général par rapport à des règles et régimes particuliers. A cet égard, on a fait valoir que la Convention de Vienne de 1969 constituait bien un cadre général, que ses règles avaient un caractère supplétif et qu'elles pouvaient souvent être remplacées par voie d'accord.

3. EXAMEN DE L'EXPOSÉ CONCERNANT L'ÉTUDE RELATIVE À L'APPLICATION DE TRAITÉS SUCCESSIFS PORTANT SUR LA MÊME MATIÈRE (ART. 30 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS)

331. Pour examiner le sujet, le Groupe d'étude s'est fondé sur un exposé et une présentation orale de M. Teodor Melescanu. Dans son exposé, celui-ci s'est notamment intéressé aux travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption de l'article 30 de la Convention de Vienne⁶⁰³ et a analysé les principales dispositions de cet article⁶⁰⁴, y compris les principes fondamentaux relatifs à son application, à savoir le principe de hiérarchie énoncé au paragraphe 1, le principe de la *lex prior* au paragraphe 2, et le principe de la *lex posterior* aux paragraphes 3 et 4 a.

⁶⁰³ Pour les travaux des Rapporteurs spéciaux Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice et Humphrey Waldock, voir *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, doc. A/CN.4/63, p. 156 à 159; *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, doc. A/CN.4/87, p. 123 et suiv.; *Annuaire... 1958*, vol. II, doc. A/CN.4/115, p. 20 et suiv.; et *Annuaire... 1963*, vol. II, doc. A/CN.4/156 et Add.1 à 3, p. 37 et suiv.

⁶⁰⁴ L'article 30 de la Convention de Vienne est ainsi libellé:

« Article 30. Application de traités successifs portant sur la même matière

1. Sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des États parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.

2. 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.

3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur:

a) Dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3;

b) Dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.

5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60, ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un État de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre État en vertu d'un autre traité. »

L'apparition de traités successifs sur la même matière était une conséquence du développement de la coopération internationale en réponse à de nouveaux besoins nés d'un environnement en évolution.

332. Pour l'essentiel, l'article 30 était fondé sur des préoccupations pertinentes et il ne posait pas de graves problèmes de fragmentation. Seul l'alinéa b du paragraphe 4 (régissant les relations entre un État partie à deux traités ou plus incompatibles et un État partie à un seul de ces traités) créait une situation méritant d'être examinée à l'avenir. Trois points ont été relevés. Tout d'abord la simple conclusion d'un traité postérieur incompatible ne donnerait pas lieu en soi à une violation du droit international, laquelle ne se produirait qu'à l'occasion de son application. Deuxièmement, l'article 30 ne traitait expressément que de la *primauté relative* des deux traités incompatibles, et non de leur *validité*.

333. Par ailleurs, la disposition ne traiterait pas de questions relatives à la suspension ou à la fin d'un traité, ni à l'effet juridique de la violation d'un traité par l'autre. Troisièmement, les dispositions de l'article 30 étaient de nature supplétive et, partant, dépourvues de caractère impératif. Enfin, toute latitude était laissée aux États pour établir un ordre de primauté entre des traités successifs conformément à leurs intérêts. À cet égard, il a été proposé qu'un des axes de l'étude consiste à rechercher dans quelle mesure il pouvait être fait obstacle à la volonté des États – en particulier la volonté de l'État partie à deux traités incompatibles de choisir lequel des traités il respecterait et lequel il déciderait de violer, en encourageant de ce fait une responsabilité de l'État pour violation. Une autre étude à ce sujet devait être fondée sur la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine, y compris l'examen de principes tels que *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement, article 34 de la Convention de Vienne de 1969) et *prior tempore potior jure* (premier dans le temps, premier dans le droit).

334. Lors de son examen, le Groupe d'étude s'est attaché à l'orientation future de l'étude. Il a reconnu que pour l'essentiel l'article 30 ne posait pas de problèmes considérables de fragmentation. La seule situation pouvant donner naissance à un conflit de normes non résolu était celle visée à l'alinéa b du paragraphe 4.

335. S'agissant de cet alinéa, le Groupe d'étude a été d'avis qu'il pourrait être utile d'examiner le traitement de la question et les choix opérés par les rapporteurs spéciaux successifs sur le droit des traités. Le Groupe d'étude a retenu l'idée de rechercher s'il était possible d'imposer des limites à la volonté de l'État de choisir, parmi les traités incompatibles auxquels il était partie, lequel il respecterait et lequel il devrait enfreindre. On s'est demandé si les critères résultant de la distinction fondée sur des obligations réciproques, interdépendantes et absolues telle qu'elle a été examinée à propos de la modification de traités *inter se* en vertu de l'article 41 pouvaient offrir certains principes directeurs pour l'application de l'article 30 également.

336. Outre l'alinéa b du paragraphe 4, deux autres cas pouvant présenter un intérêt ont été identifiés, à savoir

a) le cas de traités bilatéraux successifs portant sur la même matière; et b) le cas d'un traité, multilatéral ou bilatéral, qui diffère du droit international coutumier. Sous l'angle de la fragmentation, le Groupe d'étude était d'avis que la première situation ne posait normalement pas de problème. S'agissant de la seconde situation, elle pouvait certes créer des problèmes, mais ceux-ci n'avaient qu'un caractère général; il n'était pas nécessaire de les examiner à cet égard.

337. Le Groupe d'étude est convenu que les dispositions de l'article 30 avaient un caractère supplétif. Certains membres se sont toutefois demandé s'il était exact de dire qu'elles n'avaient pas valeur impérative. Ces dispositions reflétaient des considérations largement admises et raisonnables. Le Groupe est également convenu que, de manière générale, des conflits ne surgiraient qu'au moment de l'application du traité postérieur, mais il a été dit également qu'au moins dans certains cas un conflit pourrait aussi déjà naître au moment de la conclusion du traité postérieur.

4. EXAMEN DE L'EXPOSÉ CONCERNANT L'ÉTUDE SUR LA MODIFICATION DES TRAITÉS MULTILATÉRAUX DANS LES RELATIONS ENTRE CERTAINES PARTIES SEULEMENT (ART. 41 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS)

338. Le Groupe d'étude s'est fondé sur un exposé et une présentation orale de M. Riad Daoudi. Dans son exposé, celui-ci a notamment examiné le contexte dans lequel s'appliquait un accord *inter se* en vertu de l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969⁶⁰⁵, aboutissant à l'existence de deux ordres de relations juridiques: l'un «général» existant entre toutes les parties au traité multilatéral, l'autre «spécial» existant entre deux ou plusieurs parties à l'accord *inter se*. L'accord *inter se modifie* ainsi l'application du traité initial sans *amender* celui-ci. La relation entre l'ordre général et l'ordre spécial est analogue à celle existant entre la *lex generalis* et la *lex specialis*.

339. L'objectif principal de l'article 41 était de permettre des accords *inter se* en faisant toutefois en sorte qu'ils préservent la cohérence du traité initial. Les conditions de conclusion d'accords *inter se* sont notamment les suivantes: a) la préservation des droits et des intérêts

⁶⁰⁵ L'article 41 de la Convention de Vienne de 1969 est ainsi libellé:

«Article 41. Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement

1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement:

a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité; ou

b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle:

i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et

ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.

2. À moins que, dans le cas prévu à l'alinéa a du paragraphe 1, le traité n'en dispose autrement, les parties en question doivent notifier aux autres parties leur intention de conclure l'accord et les modifications que ce dernier apporte au traité.»

des parties au traité multilatéral initial⁶⁰⁶; b) l'absence d'alourdissement des obligations ou des charges imposées aux parties au traité multilatéral; et c) la préservation de l'objet et du but du traité multilatéral. S'y ajoutaient des conditions concernant la notification de l'accord *inter se* aux autres parties et la réaction de celles-ci à cet accord.

340. En ce qui concerne l'incompatibilité avec l'objet et le but du traité (art. 41, par. 1, al. b ii), la situation en matière d'accords *inter se* ne semblait pas différente du régime applicable en matière de réserves. Il a été dit qu'un critère objectif serait utile pour déterminer la licéité d'un accord *inter se*. Une modification ne posait pas de problème dans le cas de traités contenant des obligations de nature réciproque, c'est-à-dire consistant essentiellement en un réseau de relations bilatérales⁶⁰⁷. La faculté de modification était restreinte à l'égard de traités comportant des obligations interdépendantes⁶⁰⁸ et absolues⁶⁰⁹.

341. L'exposé abordait également la question des sanctions de la violation du traité multilatéral par les parties à l'accord *inter se*. Le texte de l'article 41 laissait deux questions sans réponse, à savoir, d'une part, l'effet juridique d'une violation des dispositions du paragraphe 1 et sa qualification de «violation substantielle du traité» et, d'autre part, l'effet juridique d'une opposition faite une fois que la notification a été effectuée conformément au paragraphe 2 de l'article 41. L'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 énonce les conditions de réaction à une violation substantielle par les parties sans définir ce qui constitue une telle «violation substantielle». Le régime de la responsabilité de l'État couvrirait le cas d'une violation du traité initial par l'accord *inter se*.

342. Le Groupe d'étude a noté que l'article 41 traduisait la nécessité compréhensible pour les parties de permettre l'évolution de l'application d'un traité par un accord *inter se*. Les relations entre le traité initial et l'accord *inter se* pourraient parfois être conçues comme celles existant entre une norme minimum et un développement ultérieur de celle-ci. Dès lors, cela ne soulevait normalement pas de difficultés sous l'angle de la fragmentation. Les conditions de licéité d'accords *inter se* correspondaient aux principes généraux du droit conventionnel qui visaient à sauvegarder l'intégrité du traité. Il a toutefois été souligné que les conditions d'un accord *inter se* n'étaient pas toujours liées à la nature de l'accord initial, mais tenaient aussi à la nature d'une *disposition* de celui-ci (art. 41, par. 1, al. b ii). L'article 41 ne traitait pas expressément des conséquences de l'illicéité d'un accord *inter se*, et il convenait d'approfondir cette question.

343. L'attention a été appelée sur les différences sémantiques existant entre les mots *modification*, *amendement*

⁶⁰⁶ Voir par exemple l'article 311, par. 3, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

⁶⁰⁷ Par exemple, la Convention de Vienne de 1961 et la Convention de Vienne de 1963.

⁶⁰⁸ Un traité de désarmement est un traité de nature interdépendante dans la mesure où l'exécution par une partie de ses obligations est une condition nécessaire pour l'exécution par les autres parties des leurs. La violation par une seule partie de ses obligations s'analyse en une violation envers toutes les autres parties.

⁶⁰⁹ Une convention relative aux droits de l'homme représente l'exemple d'un traité intégral. La nature des obligations qu'elle impose est autonome et absolue, et leur exécution par l'une des parties ne dépend pas de leur exécution par les autres parties.

et *révision* pour l'application de l'article 41. Bien que ces expressions soient différentes en droit, ces différences n'étaient pas toujours très claires. Une modification, par exemple, pourrait parfois être entendue comme une proposition d'amendement. Il a été suggéré de s'intéresser à cet aspect dans l'étude ultérieure. De même, il pourrait être utile de réexaminer les relations entre les différents principes de cohérence, notamment les relations entre l'article 30 (accords postérieurs), l'article 41 (modification *inter se*) et l'Article 103 de la Charte des Nations Unies (primauté des obligations découlant de la Charte).

344. Il a également été jugé utile d'examiner plus avant le rôle que la « notification » d'accords *inter se* peut jouer dans la pratique en réduisant le nombre de cas de fragmentation. Il faudrait si possible procéder à un examen de la pratique concernant la notification aux autres États et la réaction de ceux-ci à cette notification.

5. EXAMEN DE L'EXPOSÉ RELATIF À L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS À LA LUMIÈRE DE « TOUTE RÈGLE PERTINENTE DU DROIT INTERNATIONAL APPLICABLE DANS LES RELATIONS ENTRE LES PARTIES » (ART. 31, PAR. 3 C, DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS), DANS LE CONTEXTE DE L'ÉVOLUTION GÉNÉRALE DU DROIT INTERNATIONAL ET DES PRÉOCCUPATIONS DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

345. Le Groupe d'étude a procédé sur la base d'un exposé de M. William Mansfield, présenté oralement par celui-ci. Cet exposé portait notamment sur la fonction de l'article 31, paragraphe 3 c⁶¹⁰, en particulier son interprétation textuelle, notant qu'il renvoyait aux *règles* de droit international, ne se limitait pas au droit international coutumier, visait les règles à la fois *pertinentes* et *applicables*, et n'était pas temporellement limité. Le Groupe d'étude a aussi analysé l'article 31, paragraphe 3 c, à la lumière d'un document de base utilisé par la Commission pour l'examiner⁶¹¹ et en tant qu'il avait été invoqué dans plusieurs affaires devant le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran⁶¹², la Cour européenne des droits de l'homme⁶¹³

⁶¹⁰ L'article 31, paragraphe 3 c, de la Convention de Vienne de 1969 se lit comme suit:

« Article 31. Règle générale d'interprétation

[...]

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

[...]

c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

[...]

⁶¹¹ Troisième rapport sur le droit des traités par le Rapporteur spécial Sir Humphrey Waldock, *Annuaire... 1964*, vol. II, doc. A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 53 à 67. Voir également le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa seizième session, *ibid.*, doc. A/5809, p. 181.

⁶¹² Affaire *Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat*, 1983, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, p. 157, et affaire n° A/18, 1984, *ibid.*, 1985, vol. 5, p. 260. La disposition a également été invoquée dans une opinion dissidente dans l'affaire *Grimm v. Iran*, 1983, *ibid.*, 1984, vol. 2, p. 78, sur la question de savoir si le fait pour l'Iran de ne pas protéger un individu pouvait constituer une mesure « affectant les droits patrimoniaux » de l'épouse de celui-ci (p. 81).

⁶¹³ Affaire *Golder*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 février 1975, série A, vol. 18. Voir également les affaires *Fogarty c. Royaume-Uni* (*supra* note 600); *McElhinney c. Irlande* (*ibid.*); et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (*ibid.*).

et la CIJ⁶¹⁴. Il a en outre examiné trois exemples concrets de son application: l'*Affaire de l'usine MOX* devant le TIDM, une décision du Tribunal arbitral établi par la Convention OSPAR et une sentence du Tribunal arbitral constitué en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer⁶¹⁵; l'affaire *Pope and Talbot Inc. c. le Gouvernement du Canada* devant le Tribunal de l'Accord de libre-échange nord-américain⁶¹⁶; et les affaires *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*⁶¹⁷ et *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*⁶¹⁸ dans le cadre des procédures de règlement des différends de l'OMC.

346. L'exposé aboutissait à des conclusions préliminaires sur des questions que le libellé de l'article 31, paragraphe 3 c, ne réglait pas, et contenait des propositions quant à la poursuite des travaux. Il soulignait les limites inhérentes à la technique d'interprétation des traités prévue à l'article 31, paragraphe 3 c, comme moyen de réduire les conséquences de la fragmentation. Il indiquait que ces limites découlaient a) du contexte différent dans lequel d'autres règles du droit international pouvaient avoir été élaborées et appliquées et b) de l'objet progressiste de nombreux traités dans le développement du droit international.

347. En règle générale, il n'y avait pas lieu de se reporter à d'autres règles du droit international à moins que le traité lui-même ne donne naissance à un problème d'interprétation; on avait recours à l'article 31, paragraphe 3 c, si a) la règle conventionnelle n'était pas claire et l'ambiguïté semblait pouvoir être résolue par référence à un corpus développé de droit international; b) si les termes utilisés dans le traité avaient, en droit international coutumier, un sens bien établi auquel les parties pouvaient être réputées avoir voulu se référer, ou si c) les termes du traité étaient par nature polysémiques et si la consultation d'autres sources de droit international contribuerait à donner un contenu à la règle⁶¹⁹.

⁶¹⁴ Affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 803 (décision reproduite dans *ILM*, vol. 42, n° 6, novembre 2003, p. 1334). Voir également l'opinion individuelle du juge Weeramentry dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* [*supra* note 404], p. 114.

⁶¹⁵ Tribunal international du droit de la mer: *Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Recueil 2001*, p. 95; Cour permanente d'arbitrage: *Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR)*, Sentence définitive, décision du 2 juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (numéro de vente: E/F.04.V.15), p. 59 (à ce sujet, voir également *ILM*, vol. 42, 2003, p. 1118); et *The Mox Plant case*, ordonnance n° 3, 24 juin 2003, *ILM*, vol. 42, 2003, p. 1187.

⁶¹⁶ Sentence sur le fond, 10 avril 2001, *ICSID Reports*, vol. 7, 2005, p. 102; sentence relative aux dommages et intérêts, 31 mai 2002, *ibid.*, p. 148; pour cette dernière, voir également *ILM*, vol. 41, 2002, p. 1347.

⁶¹⁷ Voir *supra* note 601.

⁶¹⁸ OMC, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R), du 16 janvier 1998.

⁶¹⁹ Telle est la position qui avait été prise pour interpréter l'article XX du GATT dans les différends *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* et *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* [voir *supra* notes 601 et 618].

348. Deuxièmement, on a examiné l'intertemporalité au sens où elle touchait la détermination du moment auquel d'autres règles de droit international devraient s'appliquer et la pertinence des normes en gestation. Troisièmement, l'exposé relevait certains problèmes posés par l'application de l'article 31, paragraphe 3 *c*, qui n'avaient pas été résolus par le renvoi y figurant aux autres traités applicables dans les relations entre les parties. On a en particulier demandé s'il était nécessaire que toutes les parties au traité à interpréter soient parties à l'autre traité auquel il était fait renvoi ou s'il suffisait que seulement certaines d'entre elles le soient.

349. Le Groupe d'étude a souligné que l'article 31, paragraphe 3 *c*, ne trouvait application que lorsqu'il y avait un problème d'interprétation. Dans un tel cas, il visait certaines règles dont il devait être « tenu compte » aux fins de l'interprétation. Toutefois, il n'indiquait pas de quelle manière particulière il convenait de procéder. En particulier, rien ne donnait à penser que ces autres règles devaient déterminer l'interprétation. Les diverses règles devaient être mises en balance compte tenu des circonstances. On a fait observer que le fait que l'article 31, paragraphe 3 *c*, était rarement cité expressément ne devait pas occulter son importance en tant que règle d'interprétation des traités. Il était tout à fait essentiel pour la promotion de l'harmonisation et la préservation de l'unité de l'ordre juridique international. Il méritait donc d'être examiné de manière approfondie.

350. Le Groupe d'étude a longuement examiné la question de savoir quelles règles étaient visées par l'article 31, paragraphe 3 *c*. Il était certes clair que cette disposition visait les autres règles *conventionnelles* pertinentes et applicables, mais il n'excluait pas l'utilisation d'autres sources de droit international, comme le droit coutumier et les principes généraux reconnus par les nations civilisées. Aux fins de l'étude, il pourrait être utile de se demander comment le droit coutumier et les autres règles pertinentes devaient être appliqués. Là encore, bien que la référence dût être entendue largement, il ne fallait pas oublier que l'interprétation devait être une mise en balance de toutes les règles pertinentes.

351. Le Groupe d'étude a également examiné la relation entre l'article 31, paragraphe 3 *c*, et d'autres règles d'interprétation des traités – par exemple, celles concernant la bonne foi et l'objet et le but du traité – et estimé qu'il pourrait être utile d'examiner sa relation avec l'article 32 en général. On a de même souligné que l'existence de notions « mobiles » et l'apparition de normes généralement acceptées par la communauté internationale devaient être prises en considération. On s'est demandé si la conception qu'on se faisait du droit intertemporel au moment de l'adoption de la Convention de Vienne de 1969 demeurerait valide compte tenu des nombreuses transformations intervenues depuis dans le système international.

6. LA HIÉRARCHIE DES NORMES EN DROIT INTERNATIONAL: LE *JUS COGENS*, LES OBLIGATIONS *ERGA OMNES* ET L'ARTICLE 103 DE LA CHARTE DES NATIONS UNIES EN TANT QUE RÈGLES DE CONFLIT

352. Pour l'examen de ce sujet, le Groupe d'étude était saisi d'un exposé de M. Zdzislaw Galicki, qui en a fait

une présentation orale. Cet exposé définissait la nature du sujet par rapport à la fragmentation du droit international, en commençant par une brève description du *jus cogens*⁶²⁰, des obligations *erga omnes*⁶²¹ et de la nature des obligations visées à l'Article 103 de la Charte des Nations Unies ainsi que leurs acceptation et raison d'être, notant que le droit international contemporain conférait à ces normes et obligations un caractère prioritaire. On a dit qu'il convenait d'analyser ces catégories de normes et obligations lors de la poursuite des travaux. L'intention n'était donc pas d'établir une hiérarchie des sources de droit.

353. Deuxièmement, l'exposé donnait un bref aperçu de la notion de hiérarchie des normes en droit international. On a rappelé que le Groupe d'étude était convenu qu'en la matière il n'était peut-être pas toujours approprié de procéder par analogie avec le droit interne. Il n'y avait pas de hiérarchie des valeurs bien développée ou faisant autorité en droit international et donc aucune hiérarchie stable des techniques de règlement des conflits de normes⁶²². C'est pourquoi la hiérarchie reflétait un processus de développement du droit. De telles hiérarchies contribuaient tantôt à la fragmentation du droit, tantôt à son unification. On a dit que les travaux futurs décriraient certains aspects de cette évolution en mettant l'accent sur l'apparition de hiérarchies des normes.

354. Troisièmement, l'exposé évoquait la nécessité de s'intéresser au *jus cogens*, aux obligations *erga omnes* et à l'Article 103 de la Charte des Nations Unies *en tant que règles de conflit*. Il fallait pour cela axer les travaux sur *a*) leur priorité sur les autres normes de droit international en général; *b*) leurs relations hiérarchiques réciproques; et *c*) les relations hiérarchiques à l'intérieur de chaque catégorie (par exemple, normes de *jus cogens* en conflit).

355. Le Groupe d'étude a concentré son examen sur l'orientation future de l'étude. On a souligné que celle-ci devait être pragmatique et s'abstenir d'identifier des hiérarchies générales ou absolues. La hiérarchie des normes devait être traitée comme un aspect du raisonnement juridique dans le cadre duquel il était courant d'utiliser de telles techniques pour écarter des normes moins importantes que d'autres. C'est ce que signifiait envisager ces techniques en tant que *règles de conflit*. Il était souhaitable de ne pas trop élargir l'examen de la hiérarchie des normes et de le limiter à la fonction de cette hiérarchie aux fins du règlement des conflits de normes. D'autre part, il pouvait être utile d'illustrer comment la nature évolutive de ces notions hiérarchiques apparaissait en pratique.

⁶²⁰ Voir l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Voir également les articles 41 et 48 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 122 et 135.

⁶²¹ Voir l'affaire *Barcelona Traction, deuxième phase, arrêt* (*supra* note 40), p. 32. Voir également les affaires *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 23; *Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt*, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102; et *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*supra* note 507), p. 616.

⁶²² Voir *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), par. 506, p. 103.

356. Le Groupe d'étude a estimé qu'un examen excessivement théorique du sujet poserait des problèmes complexes et controversés. Il fallait s'attacher à donner des exemples de l'utilisation des relations hiérarchiques pour régler les conflits de normes dans la pratique et dans la doctrine. On pourrait peut-être alors définir les catégories de situations dans lesquelles des relations hiérarchiques ont été établies.

357. On a aussi estimé utile d'analyser les différences entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes*. Des membres se sont demandé si ces dernières impliquaient des relations hiérarchiques de la même manière que le *jus cogens*. De même, on a estimé qu'il fallait se pencher sur les conséquences de l'utilisation d'une relation

hiérarchique: qu'arriverait-il à la règle hiérarchiquement inférieure écartée par la règle hiérarchiquement supérieure? La responsabilité de l'État pouvait-elle intervenir?

358. Si la hiérarchie pouvait parfois être cause de fragmentation, le Groupe d'étude a estimé que dans la plupart des cas elle servait à préserver l'unité de l'ordre juridique international. Le Groupe a approuvé l'approche qui consisterait à axer l'étude sur les conflits possibles entre les trois techniques hiérarchiques ainsi que sur les conflits éventuels au sein de chaque catégorie. Un appui s'est également exprimé en faveur de l'examen de la relation entre la présente étude et les techniques d'interprétation examinées dans d'autres études.