Document:-
A/CN.4/SR.2836

Compte rendu analytique de la 2836e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2005, **vol. I**

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://legal.un.org/ilc/)

Copyright © Nations Unies

60. Tout en convenant que les États devraient être encouragés à fournir diverses formes d'assistance aux États en développement pour les aider à protéger et à gérer leur système aquifère, M. Matheson estime que dans son libellé actuel, l'article 18 sur cette question semble imposer à tous les États l'obligation de prêter diverses formes d'assistance, qu'ils ne sont pas nécessairement en mesure de fournir. Il faudrait remanier le texte en conséquence.

61. Enfin, à propos de l'article 21, M. Matheson considère qu'aucun État ne devrait être tenu de fournir des informations vitales pour sa défense ou sa sécurité nationale. À son sens, cette disposition devrait aussi s'appliquer aux secrets industriels et à la propriété intellectuelle, comme le prévoit l'article 14 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses[7].

62. En conclusion, M. Matheson dit qu'il souscrit à la proposition de créer un groupe de travail pour examiner plus avant toutes ces questions.

63. Le PRÉSIDENT dit que la richesse du débat sur le rapport du Rapporteur spécial, auquel la plupart des membres de la Commission ont participé, témoigne de l'importance accordée au sujet des ressources naturelles partagées. Il appelle ensuite l'attention de la Commission sur le rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement dont M. Baena Soares a fait partie, intitulé « Un monde plus sûr: notre affaire à tous », dont le quatrième chapitre traite des conflits entre États et des conflits internes[8]. Un lien y est établi entre les conflits armés et la question des ressources naturelles partagées et il est fait mention, en particulier au paragraphe 93, du rôle de la Commission du droit international dans l'élaboration de règles concernant l'utilisation de ressources transfrontières comme l'eau, le pétrole et le gaz.

La séance est levée à 13 heures.

[7] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, chap. V., sect. E, par. 98, p. 158.

[8] A/59/565 et Corr.1.

2836e SÉANCE

Mercredi 11 mai 2005, à 10 h 15

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Ressources naturelles partagées (*suite*) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. B, A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1, A/CN.4/555 et Add.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer le débat qui a eu lieu au sujet du troisième rapport sur les ressources naturelles partagées, consacré aux eaux souterraines transfrontières (A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1).

2. M. YAMADA (Rapporteur spécial) remercie sincèrement tous les membres qui ont fait de précieuses observations sur son troisième rapport, et dit qu'il en a pris note attentivement et qu'il en tiendra compte pour la suite de son travail. Compte tenu du nombre de membres qui ont pris la parole, il aura du mal à couvrir tous les points soulevés dans son résumé, et il prie la Commission d'être indulgente s'il n'y parvient pas.

3. Certains membres se sont demandé si le sous-sujet des eaux souterraines transfrontières était mûr pour la codification. Il lui semble toutefois que, puisqu'elle a recommandé le sujet des ressources naturelles partagées à l'Assemblée générale, en 2000, sur la base du programme établi par M. Rosenstock, qui était consacré exclusivement aux eaux souterraines et autres monostructures géologiques telles que le pétrole et le gaz[1], la Commission a jugé que le sujet était bel et bien prêt pour la codification. Il est vrai qu'au début, le Rapporteur spécial a lui-même pensé que la pratique des États et les normes existantes concernant les eaux souterraines étaient rares, et il regrette de l'avoir exprimé à plusieurs reprises dans ses rapports successifs si cela a contribué à créer l'impression erronée qu'il n'y avait pas suffisamment de matière pour un exercice de codification.

4. Les eaux souterraines constituent 97 % des ressources en eau douce de la planète. À l'échelle mondiale, on estimait déjà, au moment de l'établissement du premier rapport[2], qu'elles représentaient plus de 50 % des ressources utilisées pour produire de l'eau potable, 40 % de celles utilisées dans l'industrie et 20 % de celles utilisées pour l'irrigation; ces chiffres ont considérablement augmenté et de nombreuses régions du monde sont actuellement confrontées à des problèmes de surexploitation et de pollution des aquifères. Les experts en eaux souterraines et les gestionnaires font tout leur possible pour remédier à cette situation; cependant, la plupart de ces efforts de coopération en Afrique, aux Amériques et en Europe ont été entrepris depuis 2000. En outre, la majorité des ouvrages, articles et instruments concernant les eaux souterraines ont été rédigés après 1998. Bien que leurs titres ne mentionnent pas nécessairement les eaux souterraines, les instruments figurant dans le «*Shared National Resources: Compilation of international legal instruments on groundwater resources*», distribué par le secrétariat, contiennent tous des références spécifiques aux eaux souterraines, et

[1] Voir *Annuaire… 2000*, vol. II (2e partie), annexe, p. 141.

[2] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/533 et Add.1.

ceux élaborés après 1998 leur sont principalement consacrés. Il existe donc de nombreux exemples de pratique étatique, d'arrangements et d'accords datant de ces dernières années sur la base desquels la Commission peut poursuivre ses travaux.

5. M. Brownlie s'est référé aux cours donnés par M. Richard Baxter sur les traités et la coutume, à l'Académie de droit international de La Haye en 1970, dans lesquels Baxter a affirmé que l'ancienneté n'était pas nécessairement un critère pertinent pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier[3], citant l'arrêt rendu par la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, selon lequel le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constituait pas nécessairement un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier. M. Baxter a conclu qu'un traité prétendant être totalement déclaratif du droit international coutumier était chose extrêmement rare et qu'aucun des traités dits de codification élaborés sous les auspices de la CDI n'était de cette nature[4].

6. Il est donc tout à fait approprié que la Commission aborde le développement progressif et la codification du droit des eaux souterraines, conformément au mandat que lui a confié l'Assemblée générale. Les eaux souterraines seront l'un des principaux sujets de discussion au quatrième Forum mondial de l'eau, qui aura lieu à Mexico en 2006. Les experts et les gestionnaires attendent beaucoup de la Commission, et si elle ne suit pas le rythme rapide des événements et ne répond pas aux besoins actuels, son utilité et sa crédibilité risquent d'être remises en question.

7. La question de la relation entre le droit international général et le projet d'instrument a également été soulevée; le Rapporteur spécial pense avec M. Kolodkin que selon le droit international, le droit international général s'applique parallèlement à tout instrument élaboré par la Commission. Il reconnaît toutefois qu'il y a déjà eu des références spécifiques au droit international général dans des instruments précédemment élaborés par la Commission, notamment dans le cinquième paragraphe du préambule de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, dans des paragraphes similaires du préambule des Conventions de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et de 1963 sur les relations consulaires ainsi qu'à l'article 56 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[5]. Si la Commission souhaite ajouter une référence analogue affirmant que les règles du droit international coutumier continuent de régir les questions qui ne sont pas couvertes par la présente convention, le Rapporteur spécial n'émettra aucune objection.

8. Il y a également eu des observations concernant l'inclusion de la question de la souveraineté sur les ressources naturelles; plusieurs membres ont estimé que cette question devait être évoquée dans un article plutôt que dans le préambule, tandis que deux autres ont pensé qu'il serait préférable de ne pas la mentionner du tout. Le Rapporteur spécial l'avait initialement incluse dans le préambule, compte tenu des précédents figurant dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation de 1997, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone de 1985, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992 et la Convention sur la diversité biologique de 1992. Cependant, il a depuis lors découvert que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer contenait un article spécifique sur la souveraineté (art. 193). Il examinera donc cette question plus en détail avant de prendre une décision.

9. Certains membres ont suggéré d'intégrer des dispositions plus vastes concernant les États tiers; à l'heure actuelle, seul le paragraphe 3 du projet d'article 13, qui parle d'États autres que les États de l'aquifère sur le territoire desquels sont situées des zones de réalimentation ou de déversement, mentionne les États tiers, et il ne leur impose aucune obligation. Le Rapporteur spécial a estimé que c'était tout ce que l'on pouvait faire au sujet des États tiers. Il est très probable que seuls les États qui ont un aquifère deviendront parties à la convention; la plupart de ceux qui n'ont pas d'aquifère transfrontière n'y adhéreront pas, auquel cas les articles 34 à 38 de la section 4 de la Convention de Vienne de 1969 s'appliqueront. La Commission ne peut créer des obligations ni des droits pour les États tiers sans leur consentement; si elle souhaite que des États qui n'ont pas d'aquifère adhèrent à la convention, elle devra trouver des moyens de les y inciter, et il est très peu probable que les États qui ont un aquifère soient disposés à offrir ce type d'incitations aux États tiers. Une telle tentative pourrait aussi avoir des conséquences graves: le Rapporteur spécial se demande comment la Commission peut justifier le fait de demander à des États qui n'ont pas d'aquifère d'accepter une obligation en vue de préserver les aquifères transfrontières d'autres États. Si la justification est que les aquifères transfrontières sont extrêmement importants pour l'humanité, on peut se demander pourquoi le même critère ne serait pas retenu pour les aquifères nationaux. Si ces derniers sont également inclus, alors la Commission sera quasiment sur le point d'affirmer que ces aquifères sont l'héritage commun de l'humanité.

10. S'agissant du projet d'article 7, certains membres souhaiteraient que l'on retienne le seuil de dommage «significatif» tandis que d'autres s'y opposent. En réponse à l'observation de M^me^ Xue, le Rapporteur spécial fait observer que ce projet d'article ne traite pas la question de la responsabilité d'un État; dans le cas de la responsabilité de l'État, un acte internationalement illicite a été commis qui engage cette responsabilité et tout dommage causé par l'acte illicite doit être pleinement réparé. Cependant, les activités visées dans le projet d'article 7 ne sont pas interdites par le droit international ni essentielles à la survie humaine. Même si elles ont un impact négatif sur d'autres États, celui-ci doit être toléré dans une certaine mesure; c'est pourquoi la Commission a établi un seuil de tolérance. Le fait de ne pas autoriser ce niveau de tolérance reviendrait à interdire toute utilisation des aquifères. Le projet d'article 7 se réfère au cas typique d'une responsabilité internationale découlant d'actes qui ne sont

[3] «Treaties and Custom», *Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1970-I*, vol. 129, Leyde, Sijthoff, 1971, p. 41 à 47.

[4] Baxter, loc. cit., p. 42.

[5] *Annuaire… 2001*, vol. II (2^e^ partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 31 et 151.

pas interdits par le droit international (*liability*). Le paragraphe 1 concerne l'obligation de prévenir tout dommage significatif et le paragraphe 3 l'éventualité qu'un dommage significatif soit causé malgré l'exécution de l'obligation de prévention énoncée au paragraphe 1. Même lorsque toutes les mesures appropriées ont été prises et qu'une diligence raisonnable a été exercée, un dommage transfrontière peut malgré tout se produire parce que les risques inhérents à ces activités ne peuvent pas être entièrement éliminés; néanmoins, aucun acte internationalement illicite n'aura été commis.

11. Le Rapporteur spécial n'a pas réussi à dissuader la Commission d'examiner la question de la forme finale des travaux. Il souhaitait simplement éviter un débat quelque peu théologique. Il est pleinement conscient que le contenu et la forme de l'instrument sont liés et que la Commission devra tôt ou tard faire un choix.

12. Quant à la relation entre le sujet à l'examen et d'éventuels travaux futurs sur d'autres ressources naturelles dans le cadre plus vaste du sujet des ressources naturelles partagées, le Rapporteur spécial réaffirme que le programme établi par M. Rosenstock a jeté des bases du sujet et que pour la plupart, il était entendu qu'il couvrirait au moins les eaux souterraines, le pétrole et le gaz (voir paragraphe 3, *supra*). Il a toutefois pour mission de procéder par étapes et, pour le moment, de se concentrer sur les eaux souterraines. Il ne sait pas si la Commission traitera du pétrole et du gaz ni, dans l'affirmative, à quel moment elle le fera. Cependant, les eaux souterraines, le pétrole et le gaz présentent de nombreuses caractéristiques communes; nombre des mesures concernant les eaux souterraines auront des incidences sur le pétrole et le gaz; réciproquement, la pratique des États et les normes qui prévalent à l'heure actuelle en ce qui concerne le pétrole et le gaz ont des incidences sur les travaux que la Commission consacre aux eaux souterraines. Il convient d'accorder à cette question toute l'attention voulue avant d'achever l'examen du projet d'articles en deuxième lecture.

13. Abordant des suggestions et des questions plus spécifiques en rapport avec les différents projets d'articles, le Rapporteur spécial reconnaît que son rapport comporte des lacunes et, notamment, que son raisonnement n'est pas suffisamment expliqué. Par ailleurs, il a délibérément employé divers termes tels que « dommage », « impact » et « effets négatifs » pour tenter d'exprimer des notions similaires mais quelque peu différentes. Il s'efforcera de fournir des explications plus détaillées dans les commentaires et souligne qu'il est disposé à modifier sa position en fonction des souhaits de la Commission.

14. Certains membres ont exprimé des doutes au sujet du paragraphe *b*) du projet d'article premier, qui vise les « autres activités ». Il s'agit d'un nouvel élément qui ne figure pas dans la Convention de 1997 et, à ce propos, le Rapporteur spécial renvoie les membres à la figure 3 présentée dans son premier rapport[6], qui montre les activités autres que la simple utilisation de l'aquifère qui provoquent une pollution; il s'agit notamment de l'utilisation d'engrais chimiques, du déversement de déchets, du traitement local des eaux usées et du stockage souterrain. Il est essentiel de réglementer ces activités pour une gestion correcte des aquifères et, de fait, les experts en eaux souterraines et les gestionnaires se penchent actuellement sur la question.

15. Il a été demandé si la définition de l'« aquifère », figurant à l'alinéa *a* du projet d'article 2, devait contenir les mots « superposée à une couche moins perméable ». La réponse est oui: sans cette couche, une formation géologique ne peut pas fonctionner comme une réserve d'eau. Le Rapporteur spécial s'efforcera de fournir des exemples appropriés pour clarifier la définition. Quant à la nécessité de définir les aquifères alimentés et les aquifères non alimentés, dans les alinéas *e* et *f* du projet d'article 2, cela dépendra de si la Commission élabore des règles différentes pour les ressources en eau renouvelables et les ressources en eau non renouvelables. S'agissant de la question posée à propos du volume d'eau « contemporaine », le Rapporteur spécial se demande si le problème vient de l'adjectif anglais « *contemporary* » ou d'une divergence entre les versions anglaise et française. On peut trouver un exemple d'installation d'alimentation artificielle dans l'aquifère franco-suisse genevois[7].

16. En ce qui concerne le projet d'article 3 sur les arrangements bilatéraux et régionaux, le point le plus épineux pendant la négociation de la Convention de 1997 a été le traitement des accords existants sur les cours d'eau. Cependant, il ne semble pas qu'il y ait beaucoup d'accords de ce type concernant les eaux souterraines, et le Rapporteur spécial a décidé de ne pas inclure le paragraphe correspondant de la Convention de 1997. Bien qu'il ait été suggéré de remplacer le terme « arrangement » par « accord », il estime que le premier reflète mieux l'état actuel des choses. Par ailleurs, il a été suggéré qu'une formule telle que « les États de l'aquifère sont encouragés » [à passer entre eux un arrangement bilatéral ou régional] était trop faible; de l'avis du Rapporteur spécial, elle est en fait beaucoup plus forte que le verbe « peuvent » figurant dans la Convention de 1997. Il a également été suggéré que l'alinéa *c* du paragraphe 1 du projet d'article 6 mette l'accent sur l'utilisation de l'eau pour la boisson; le Rapporteur spécial pense toutefois qu'il serait plus approprié d'incorporer cette idée dans le projet d'article 11. Il réexaminera cette proposition.

17. En ce qui concerne les observations sur l'absence de dispositions relatives à l'organisation administrative des eaux souterraines transfrontières, le Rapporteur spécial fait observer qu'il existe une longue histoire de coopération internationale dans le domaine des fleuves internationaux; de fait, les commissions des fleuves internationaux ont été les ancêtres des organisations internationales. Dans le cas des eaux souterraines, cependant, seule la Commission d'exploitation de la nappe souterraine du Genevois peut être considérée comme une organisation internationale pleinement opérationnelle. On constate l'apparition de divers arrangements organisationnels de coopération,

[6] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/533 et Add.1.

[7] La station de réalimentation est prévue à l'article 3 de l'Arrangement relatif à la protection, à l'utilisation et à la réalimentation de la nappe souterraine franco-suisse du Genevois, voir *Annuaire… 2004,* vol. II (1re partie), deuxième rapport du Rapporteur spécial, document A/CN.4/539 et Add.1, annexe IV, sect. C, par. 13.

mais il s'agit encore d'entités vagues; c'est pourquoi le Rapporteur spécial a inclus le paragraphe 2 du projet d'article 8, qui recommande la création de mécanismes ou commissions conjoints.

18. De nombreux membres ont suggéré d'inclure une disposition sur le règlement des différends semblable à l'article 33 de la Convention de 1997. Le Rapporteur spécial n'y voit aucune objection, mais il n'a pas reproduit cet article parce qu'il le considère comme un simple ornement sans utilité concrète puisqu'il ne prévoit pas de compétence obligatoire. Un différend sera réglé de manière plus appropriée dans le contexte des arrangements bilatéraux et régionaux qui régissent les relations entre les parties au différend. De l'avis du Rapporteur spécial, l'unique disposition importante dans l'article 33 concerne l'obligation de soumettre le différend à une enquête impartiale, énoncée au paragraphe 3; c'est pourquoi il a intégré cette notion au paragraphe 2 du projet d'article 17 consacré au règlement d'un désaccord sur les effets des activités projetées.

19. De nombreux membres ont dit que la quatrième partie sur les activités touchant d'autres États était trop simple par rapport à la troisième partie de la Convention de 1997 consacrée aux mesures planifiées. Le Rapporteur spécial pense tout simplement que rien ne permet d'affirmer qu'il existe des règles coutumières qui permettraient d'élaborer des dispositions de procédure détaillées pour les eaux souterraines; il est toutefois disposé à examiner toute amélioration que l'on pourrait lui suggérer.

20. De nombreux membres ont également avancé des arguments pour ou contre l'inclusion du principe de précaution. Bien que certains instruments juridiquement contraignants incorporent ce principe, le Rapporteur spécial ne croit pas que ce type de disposition soit déclaratoire du droit international coutumier ou constitutive d'un nouveau droit international coutumier. En tout état de cause, le principe de précaution est une notion abstraite et la Commission devra définir les mesures à appliquer pour gérer les aquifères conformément à cette notion. Il continuera à rechercher une formulation appropriée et accueillera avec intérêt toute orientation fournie par la Commission.

21. L'avis général est apparemment qu'un groupe de travail sur la question des eaux souterraines transfrontières devrait être constitué. Le Rapporteur spécial espère qu'un tel groupe pourra se réunir vers la fin de la première partie de la session en cours, puis au début de la seconde partie. Il tâchera d'établir un document de travail à son intention et contactera les membres pour s'enquérir de leurs propositions concernant les projets d'articles.

Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) [A/CN.4/552 et A/CN.4/550 et Corr.1 et 2]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

22. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'il a l'impression qu'à la séance précédente M. Gaja a laissé entendre, peut-être sans le vouloir, que sa présentation de la pratique des États était inadéquate. Il tient à souligner que son rapport a été établi, non pas à l'avance, comme cela a été dit, mais pendant le temps dont il pouvait disposer compte tenu de ses autres engagements professionnels. Il a lui-même recensé soigneusement la pratique actuelle des États, en utilisant sa propre collection très complète de droit international accumulée pendant plus d'un demi-siècle de pratique, ainsi que les ressources du All Souls College d'Oxford. On trouve aux paragraphes 66 à 107 de son rapport, quasiment à chaque page, de nombreuses références bien documentées à la pratique des États. Il espère que l'on ne fera plus, désormais, des déclarations aussi préjudiciables sur le plan professionnel.

23. Cela dit, il remercie M. Gaja et d'autres membres de la Commission pour les observations qu'ils ont faites sur des points de droit, auxquelles il répondra, comme il convient, dans ses conclusions.

24. M. GAJA dit qu'il regrette tout malentendu que ses observations ont pu susciter. En faisant remarquer que le Rapporteur spécial avait présenté son rapport tôt, il souhaitait lui faire un compliment, et certainement pas sous-entendre qu'il n'avait pas effectué les recherches nécessaires sur la pratique actuelle des États. M. Brownlie travaille sur cette question depuis de nombreuses années; c'est lui qui a suggéré à la Commission d'aborder le sujet et il est tout à fait naturel qu'il ait été désigné Rapporteur spécial. M. Gaja souhaitait simplement exprimer l'avis que le Rapporteur spécial aurait pu faire un examen plus approfondi des liens entre la pratique actuelle des États et le projet d'articles proposé. Il espère que l'interprétation apparemment erronée de ses observations ne gâtera pas les relations de travail qu'il a établies avec le Rapporteur spécial il y a de nombreuses années et qu'il juge agréables et fructueuses.

25. M. ECONOMIDES dit que, compte tenu du caractère difficile et délicat du sujet des effets des conflits armés sur les traités, la Commission devrait commencer par un débat général sur la façon dont le sujet doit être traité, les principes sur lesquels elle doit s'appuyer pour prendre ses décisions et la structure qui serait appropriée. Elle doit saisir toutes les occasions de réaliser un travail utile et constructif dans l'intérêt des États et de la communauté internationale dans son ensemble, et le sujet à l'examen lui en fournit justement une puisqu'il lui permet de plaider contre les conflits armés et pour le maintien en vigueur des traités internationaux.

26. M. Economides approuve la conclusion formulée dans l'étude du Secrétariat (A/CN.4/550 et Corr.1 et 2), selon laquelle «on gagnerait dans le principe à essayer de mettre les traités à l'abri des conflits armés…» (par. 163). Il lui semble que, dans son rapport, le Rapporteur spécial n'a pas suffisamment tenu compte de la Charte des Nations Unies qui, en son Article 2, demande aux Membres de l'Organisation de régler leurs différends internationaux par des moyens pacifiques et de 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. Le principe de l'interdiction du recours à la menace ou à l'emploi de la force, sur lequel reposent les efforts de l'ONU pour maintenir la

paix et la sécurité internationales, ne doit pas être ignoré dans le projet d'articles.

27. Le texte doit prendre pour point de départ le fait objectif que les actes d'agression sont illicites: en particulier, l'État agresseur ne doit pas être placé sur le même plan qu'un État qui exerce son droit de légitime défense individuelle ou collective. À ce propos, le texte devrait s'inspirer des articles 7 et 9 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international[8]. L'Institut a établi une distinction judicieuse entre un État qui exerce son droit de légitime défense et un État agresseur, en disposant ce qui suit: « Un État qui exerce son droit de légitime défense à titre individuel ou collectif en conformité avec la Charte des Nations Unies peut suspendre, en tout ou en partie, l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit, sous réserve des conséquences pouvant résulter du fait que cet État serait ultérieurement désigné comme agresseur par le Conseil de sécurité » (art. 7). Le dernier membre de phrase de cet article, à partir de « sous réserve des conséquences », peut toutefois être supprimé, puisque le Conseil de sécurité est censé savoir à tout moment si un État a commis un acte d'agression. En fait, en vertu de l'Article 51 de la Charte, la légitime défense est une mesure temporaire qui peut être prise jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales, et le Conseil de sécurité a expressément reçu la responsabilité « d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».

28. À l'article 9 de sa résolution d'Helsinki, l'Institut de droit international dispose ce qui suit: « Un État qui commet une agression au sens de la Charte des Nations Unies et de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas en droit de mettre fin à un traité, ni d'en suspendre l'application, si une telle mesure devait avoir pour effet de lui procurer un avantage. » Le dernier membre de phrase de cet article, à partir de « si une telle mesure devait avoir pour effet », doit être remanié ou supprimé dans le texte que la Commission doit élaborer.

29. Le projet d'articles devrait être construit sur la base de ces deux dispositions que, malheureusement, le Rapporteur spécial n'a pas jugé bon d'intégrer.

30. Tel que proposé par le Rapporteur spécial, le projet d'article 4 fait de l'intention des parties à un traité au moment où il a été conclu le principal critère d'extinction ou de suspension du traité en cas de conflit armé. Sur ce point, le Rapporteur spécial approuve les observations faites par M. Gaja à la séance précédente. Bien que ce critère ait eu la priorité entre les deux guerres mondiales − par exemple, dans les travaux de M. Constantin Eustathiades, éminent expert grec du droit de la guerre et ancien membre de la Commission − il a quasiment perdu toute importance depuis l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies, sauf dans certains types de traités tels que ceux liés au droit humanitaire international, et il n'est plus mentionné dans les instruments internationaux.

31. L'une des premières dispositions que la Commission doit examiner devrait être celle qui figure actuellement au projet d'article 3, alinéa *b*, selon laquelle le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application entre une ou plusieurs parties au conflit armé et un État tiers. Il faudrait également préciser que le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités entre les parties au conflit armé. Cependant, la suspension de l'application des traités entre les parties à un conflit armé devrait être abordée séparément, sur la base des deux articles de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international qui ont déjà été mentionnés (par. 27, *supra*).

32. Il est également impératif que le projet d'articles dispose expressément que tous les traités spécifiquement liés aux conflits armés et au droit humanitaire international au sens large des deux expressions doivent être applicables, pour des raisons humanitaires, aux conflits armés visés dans le projet. Il en va de même pour les accords militaires (*pacta bellica*) conclus pendant le conflit.

33. Le projet d'articles doit comprendre une disposition semblable à celle proposée par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 7, énumérant tous les traités qui ne peuvent être suspendus par un État exerçant son droit de légitime défense. Au minimum, la liste devrait contenir les traités ci-après: traités créant ou réglementant un régime ou un statut permanent, traités pour la protection des droits de l'homme, traités relatifs à l'immunité diplomatique et consulaire, traités relatifs à la protection de l'environnement, traités normatifs et traités relatifs au règlement des différends. Il faudrait aussi prévoir une disposition selon laquelle la suspension de l'application des traités doit être levée dès que possible après la fin d'un conflit.

34. Enfin, la Commission devrait envisager d'intégrer une disposition s'inspirant de l'article 8 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international, qui se lit comme suit: « Un État qui se conforme à une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies concernant une action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression mettra fin à tout traité qui serait incompatible avec une telle résolution, ou en suspendra l'application. » Une telle disposition renforcerait le système onusien de sécurité collective.

35. M. PELLET regrette que la très utile étude du Secrétariat (A/CN.4/550 et Corr.1 et 2) soit essentiellement axée sur la littérature anglophone concernant la pratique et la doctrine liées aux effets des conflits armés sur les traités; sur ce point, il est reconnaissant au Rapporteur spécial d'avoir présenté un panorama plus étendu. S'écartant de l'habitude, ce premier rapport présenté à la Commission n'est pas vraiment un rapport « préliminaire », en ce sens qu'il propose un ensemble complet de projets d'articles. Ceci a l'avantage de susciter la discussion et de permettre aux membres et aux États de voir d'emblée ce que le Rapporteur spécial a en tête. L'inconvénient est que le lecteur se sent un peu enfermé dans une perspective unique, et souvent sans avoir tous les éléments qui lui permettraient d'émettre un jugement en connaissance de cause, même si le Rapporteur spécial fournit quelques

[8] *Annuaire*, vol. 61, t. 2 (session d'Helsinki, 1985), Paris, Pedone, 1986, p. 278 à 283.

informations de base dans le commentaire relatif à certains projets d'articles, en particulier le projet d'article 4. Dans ces conditions, il serait prématuré d'entrer dans une discussion détaillée des divers projets d'articles qui, pris individuellement, posent presque tous des problèmes, à l'exception du projet d'article 5. Pour cette raison, il ne serait pas approprié, à ce stade, d'envisager de renvoyer les projets d'articles au Comité de rédaction. D'ailleurs, comme le Rapporteur spécial lui-même l'indique au paragraphe 13 du rapport, on peut s'attendre à ce que les projets d'articles suscitent des observations des gouvernements, y compris des informations sur la pratique des États, qui permettront à la Commission de mieux accomplir sa mission, à savoir éclaircir le droit.

36. M. Pellet fait cinq remarques d'ordre général. Premièrement, à la lecture du rapport, il a souvent ressenti une frustration face à l'affirmation répétée qu'un point ou un autre était « évident » alors qu'il aurait personnellement souhaité disposer de plus d'informations pour tirer ses propres conclusions. Par exemple, le paragraphe 5 présente quatre théories générales très différentes qui expliquent le régime juridique. La première, selon laquelle par sa nature même, la guerre implique l'annulation de tous les traités, peut être écartée d'emblée, car elle ne correspond tout simplement pas à la réalité. Parmi les trois autres théories, seule la troisième trouve grâce aux yeux du Rapporteur spécial: selon laquelle le critère est l'intention des parties au moment où elles ont conclu le traité. C'est également l'unique théorie dont la validité est défendue dans le commentaire relatif au projet d'article 4 (par. 29 à 35). Les deux autres sont écartées sans autre forme de procès au motif que « le raisonnement qui les sous-tend n'est guère sophistiqué et assez incohérent » et que « ces généralisations tendent à être préjuridiques et pleines d'ambiguïtés » (par. 6). Or, M. Pellet ne voit rien d'absurde au sujet du critère de la « compatibilité avec les buts de la guerre ou l'état des hostilités » (par. 5 *b*). En fait, ce critère est reflété dans plusieurs des projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial. En outre, il est fortement enclin à approuver l'idée de M. Economides selon laquelle le principe de l'interdiction du recours à la force armée, que le Rapporteur spécial a écarté sans l'examiner véritablement, a un rôle très important à jouer dans le projet d'articles.

37. De même, M. Pellet est surpris par le rejet catégorique, au paragraphe 40 du rapport, de ce que le Rapporteur spécial nomme la « thèse extrajuridique ». Il n'est d'ailleurs pas certain que le Rapporteur spécial ait correctement interprété ce qu'il a lui-même écrit à ce sujet. Il est évident que la guerre n'est pas en elle-même un phénomène juridique, en ce sens qu'elle n'a pas pour objet délibéré de produire des effets juridiques; mais il est tout aussi évident qu'elle produit ce type d'effets. C'est toute la différence entre un acte juridique destiné à produire des effets juridiques et un fait juridique qui produit des effets de droit alors qu'il n'y vise pas. Contrairement au Rapporteur spécial, M. Pellet ne voit pas de « contradiction majeure » dans cette distinction, et l'objet même du sujet lui paraît être de déterminer quelles sont les conséquences juridiques pour les traités en vigueur de faits tels que les conflits armés, qui sont de par leur nature même extrajuridiques.

38. M. Pellet ne voit pas non plus pourquoi il est « évident » que c'est le principe de l'intention qui déterminera toutes les incidences juridiques d'un traité (par. 48). Certes, l'intention, ou plutôt le consentement à être lié, est le principe de base qui régit le droit des traités − le principe *pacta sunt servanda* énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 (par. 47). Cependant, les causes de nullité d'un traité énumérées aux articles 46 à 53 de la Convention de Vienne ne sont pas toutes liées au consentement ou à l'intention. En outre, il est au moins possible d'établir une analogie entre les conflits armés et la « survenance d'une situation rendant l'exécution [du traité] impossible » (art. 61 de la Convention de Vienne) ou avec un « changement fondamental de circonstances » (art. 62). Bien que le Secrétariat ait évoqué cette question centrale dans son étude, le Rapporteur spécial n'a pas pris position à ce sujet dans son rapport.

39. On doit également se demander, comme l'a fait le Secrétariat dans son étude, quelles sont les relations entre les circonstances excluant l'illicéité, en particulier la force majeure (A/CN.4/550, par. 127 à 135), et le sujet à l'examen. Le droit de la responsabilité et le droit des traités constituent deux corpus de règles distincts dont les rapports complexes ont été mis en évidence, notamment, dans l'arbitrage *Rainbow Warrior* et l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. L'existence des deux corpus de règles est peut-être la raison pour laquelle le Rapporteur spécial, au paragraphe 10 de son rapport, indique que l'approche adoptée dans le droit des traités est la seule appropriée pour le sujet. Cependant, une explication détaillée sur ce point n'aurait pas été superflue. Même si l'on établit, pour des raisons académiques ou théoriques, une distinction entre les deux corpus de règles, cela ne doit pas empêcher la Commission d'envisager les rapports entre le sujet et le droit de la responsabilité, ne fût-ce qu'à titre d'éclairage utile.

40. Enfin, le dernier motif de la perplexité que M. Pellet a éprouvé à la lecture du rapport figure au paragraphe 50, selon lequel « à l'évidence » la distinction entre les relations entre les parties au conflit armé et les relations entre ces parties et des États tiers ou entre de tels États est importante, mais uniquement dans le cadre du critère de l'intention. En l'absence de toute explication, il doit reconnaître qu'il ne comprend pas vraiment le raisonnement qui sous-tend cette affirmation. Il lui semble que la distinction entre les parties à un conflit et les tierces parties est importante tant du point de vue de la nature du traité que de celui de la nature du conflit.

41. De crainte que ses propos ne soient mal interprétés, M. Pellet souligne qu'il n'est pas fondamentalement hostile au critère de l'intention mais que les autres théories ne doivent pas être écartées d'un revers de main sans avoir été sérieusement examinées. L'intention n'est pas l'unique critère et le Rapporteur spécial lui-même semble être d'accord, au fond, puisque le projet d'article 7 ne repose pas sur l'intention des parties mais sur l'objet et le but des différents types de traités cités.

42. M. Pellet en vient à sa deuxième remarque générale, relative au critère de l'intention qui est central dans le projet d'articles. Il n'a pas d'opinion très arrêtée sur l'intérêt qu'il y a à en faire le critère central, mais il est

fermement convaincu qu'aucun critère ne doit être exclusif. Il est troublé par la manière dont le critère de l'intention est utilisé dans le projet d'articles. Au paragraphe 47 du rapport, le Rapporteur spécial affirme que «le principe de l'intention sert la certitude juridique». Ce n'est pas du tout évident, pour deux raisons. En premier lieu, il est loin d'être facile de déterminer l'intention des parties à un traité. En deuxième lieu, cela résulte du fait qu'en règle générale les parties n'ont pas d'intention du tout: elles n'envisagent simplement pas l'hypothèse de la survenance d'un conflit armé, que ce soit entre elles, entre des tiers ou, s'agissant des conflits internes, sur le territoire de l'une d'elles.

43. Il peut bien sûr arriver que les États songent à l'éventualité d'un conflit armé. C'est évidemment le cas pour les traités expressément applicables en cas de conflit armé, mentionnés à l'alinéa *a* du paragraphe 2 du projet d'article 7, ainsi que des traités mentionnés au paragraphe 1 du projet d'article 5. Cependant, si l'on excepte les situations décrites dans ces deux dispositions, les États n'ont généralement pas d'intention en ce qui concerne les effets possibles du déclenchement d'un conflit armé sur leurs relations conventionnelles. Dans la plupart des cas, ils concluent des traités en postulant qu'ils demeureront en paix. Dès lors, leurs intentions sont moins pertinentes que l'objet et le but du traité qu'ils ont conclu. On peut considérer que l'objet et le but du traité traduisent leurs intentions implicites, mais il s'agit là d'une construction intellectuelle plutôt artificielle et il serait plus compréhensible et plus clair de dire carrément qu'en l'absence d'intention expresse c'est l'objet et le but du traité qui constituent la directive générale.

44. Au paragraphe 2 du projet d'article 4 et au paragraphe 2 du projet d'article 9, le Rapporteur spécial suggère que pour déterminer la prédisposition d'un traité à l'extinction ou à la suspension de son application en cas de conflit armé, ou à la reprise de son application s'il a déjà été suspendu, il faut déterminer l'intention des parties au traité conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, concernant l'interprétation des traités, d'une part, et à la nature et l'ampleur du conflit armé en question, d'autre part. Il s'agit toutefois de deux critères très différents et le second, à savoir la nature et l'ampleur du conflit armé, n'a rien à voir avec l'intention des parties. Il semble étrange de se référer aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 pour déterminer l'intention des parties à un traité. Au contraire, dans le cas de l'article 31, c'est l'intention des parties, telle que la reflètent l'objet et le but du traité, et dans le cas de l'article 32, les travaux préparatoires, qui permettent d'interpréter le traité. La référence aux articles 31 et 32 représente un raisonnement en cercle: pour déterminer l'intention des parties, on doit se fonder sur l'intention des parties.

45. La troisième remarque générale de M. Pellet concerne le champ d'application du projet d'articles, mais elle va au-delà du projet d'article premier, intitulé «Champ d'application», qui ne fait que reprendre le titre du sujet sans indiquer clairement quel est ce champ d'application. Le premier problème est la question de savoir si le projet ne concerne que les traités qui sont déjà en vigueur ou également ceux qui ont été signés mais ne sont pas encore entrés en vigueur. Dans la seconde hypothèse, il faut distinguer entre les États contractants au sens de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969 et ceux qui ne le sont pas. Ces questions doivent être abordées dans le projet.

46. Il se pose parallèlement la question de savoir si le projet couvre la compétence pour conclure un traité. Le paragraphe 2 du projet d'article 5 semble indiquer que tel est le cas, même si cette indication est fournie à un endroit étrange: on voit mal comment le paragraphe 2 peut faire suite au paragraphe 1 ou en découler. La question de savoir si la guerre a un impact sur la compétence des États pour conclure des traités doit être traitée dans le projet.

47. Un autre problème lié au champ d'application concerne la définition même du conflit armé. Dans le principe, M. Pellet est favorable à une définition large, du type de celle qui est proposée à l'alinéa *b* du projet d'article 2. Cependant, il faudrait dire expressément que le projet d'articles vise aussi bien les conflits internes que les conflits internationaux, avis que le Rapporteur spécial − qui a noté que la distinction entre les deux n'est pas toujours claire − semble partager, même s'il ne l'a pas exprimé dans le projet. En outre, M. Pellet lui-même n'est pas certain que les effets des conflits armés nationaux et internationaux soient forcément les mêmes dans tous les cas, et il regrette que cette distinction ne soit apparemment plus évoquée par la suite.

48. Au paragraphe 16, le Rapporteur spécial affirme que la définition du conflit armé couvre le blocus, même en l'absence d'opérations militaires. Il est difficile de concilier cette approche avec la mention expresse des opérations armées qui figure à l'alinéa *b* du projet d'article 2. En outre, cette mention semble laisser planer une certaine ambiguïté quant à la question de savoir si des situations infiniment plus importantes dans le monde actuel que le blocus sont couvertes par le projet d'articles. On peut penser en particulier au conflit israélo-arabe. Les États, et pas uniquement ceux qui sont directement concernés, ont besoin de savoir si le projet d'articles s'applique à ce type de conflit armé.

49. Le dernier problème concernant le champ d'application est l'absence de réponses à un certain nombre de questions fondamentales. Le projet d'article 10, intitulé «Licéité du comportement des parties», indique que la conséquence − dans la version française, il faudrait parler des conséquences − de l'extinction d'un traité ou de la suspension de son application «n'est pas affectée par la licéité du comportement des parties au conflit armé au regard des principes du droit international général» − on suppose qu'il s'agit à la fois des principes du *jus in bello* et du *jus ad bellum* − «ou des dispositions de la Charte des Nations Unies». En 2005, il est difficile de ne pas se demander si la licéité du comportement des parties ne joue pas un rôle, très probablement fondamental, dans le sort des traités concernés. C'est précisément à cause de ce problème épineux qu'en 1962 la Commission a décidé de ne pas s'occuper du sujet[9]. Le projet d'articles serait beaucoup plus utile et intéressant s'il traitait ces questions épineuses. À ce propos, M. Pellet partage pleinement l'avis

[9] Voir *Annuaire… 1963*, vol. II, document A/5509, par. 14, p. 197.

de M. Economides: en 2005, on ne peut guère se comporter comme si le droit de la guerre n'avait subi absolument aucun changement. La question de la licéité du comportement doit être l'un des principaux éléments du projet et non pas être laissée simplement de côté en incluant une clause « sans préjudice » au projet d'article 11. En tout état de cause, il serait utile de savoir ce que les États ont à dire sur ces questions, et une demande expresse dans ce sens devrait être faite au chapitre III du rapport de la Commission, consacré aux points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes.

50. Sont également omis les traités conclus par des organisations internationales. Or, les traités d'intégration, qu'il s'agisse de l'Union européenne ou du MERCOSUR, ne peuvent pas être entièrement ignorés.

51. La quatrième remarque générale de M. Pellet est que le projet d'articles ne distingue pas suffisamment entre des situations différentes dont les effets juridiques sont très différents. Il aurait par exemple été utile d'établir une distinction entre les conflits armés internationaux et les conflits armés internes, entre les États parties à un conflit armé international et les États tiers ou, plus spécifiquement, les États neutres, entre les États qui sont parties à un traité et les États qui ne le sont pas mais sont parties au conflit, entre les États parties et les États contractants qui n'ont pas ratifié le traité, entre les cas où un traité est éteint à cause d'un conflit armé et ceux où son application est simplement suspendue, entre les effets d'un conflit armé sur les dispositions d'un traité qui ont déjà été appliquées ou sont en train d'être appliquées et celles qui ne l'ont pas encore été et entre les effets d'un conflit armé sur, d'une part, les dispositions de fond et, d'autre part, les clauses finales ou procédurales.

52. La dernière remarque générale de M. Pellet est que le projet d'articles a tendance à considérer les traités comme un tout. Il faudrait adopter une approche plus nuancée. Il ressort de l'étude du Secrétariat, en particulier des paragraphes 153 et suivants, que dans le cas des traités complexes, notamment, toutes les dispositions ne subissent pas le même sort en cas de conflit armé. Dans un même traité, certaines peuvent être suspendues, d'autres éteintes irrémédiablement et d'autres encore continuer à s'appliquer pleinement. On peut penser, *mutatis mutandis*, à l'arrêt rendu par la CIJ en 1980 dans l'affaire *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dans lequel la Cour a clairement mis l'accent sur le caractère particulier des clauses de règlement des différends en cas de violation grave du traité. Cela pose bien entendu la question délicate de la divisibilité des dispositions d'un traité, mais cette question est centrale au regard du sujet, et elle est mentionnée dans l'étude du Secrétariat (par. 153 à 157).

53. On peut aller plus loin: la question principale est-elle celle des effets d'un conflit armé sur un traité pris comme un tout, sur chacune de ses dispositions ou sur les obligations et les droits découlant du traité? Selon l'article 63 de la Convention de Vienne de 1969 intitulé « Rupture des relations diplomatiques ou consulaires », la rupture « est sans effet sur les relations juridiques établies […] par le traité ». M. Pellet ne connaît pas très bien la genèse de cette disposition, mais il est tout à fait certain que chacun des mots en a été soigneusement pesé. C'est pourquoi la Commission ferait bien de s'interroger au sujet des effets des conflits armés sur les traités: ceux-ci se font-ils sentir sur le traité lui-même, sur chacune de ses dispositions ou, comme il le pense, sur les obligations en résultant? Dans certains cas, un conflit armé peut suspendre les obligations imposées par le traité. Les articles 57 et 65 de la Convention de Vienne de 1969 énoncent les procédures de la suspension de l'application d'un traité, procédures qui ne sont guère compatibles avec les situations de conflit armé. Le problème ne se pose pas si l'on admet que ce n'est pas le traité ni ses dispositions dont l'application est suspendue, mais plutôt les obligations découlant de ces dispositions ou, selon la formulation de l'article 63 de la Convention de Vienne, les relations juridiques établies entre les parties à un traité. S'il s'agit bien des effets sur les obligations découlant d'un traité, cela jette une lumière particulière sur le sujet qui, dès lors, ne pourrait plus être envisagé exclusivement sous l'angle du droit des traités: un volet non négligeable du droit de la responsabilité est également en jeu. Cette question doit être sérieusement examinée.

54. En conclusion, M. Pellet remercie le Rapporteur spécial d'avoir soumis un rapport qui suscite la réflexion. Néanmoins, des questions importantes sont laissées dans l'ombre. Il faut maintenant examiner de manière approfondie les problèmes que le Rapporteur spécial a soulevés et certains autres qu'il n'a pas évoqués. Si l'on en juge par le paragraphe 13 du rapport, c'est l'objectif qu'il s'est lui-même assigné. En tout état de cause, certains problèmes de principe constituent un obstacle à l'adoption d'un ensemble de projets d'articles au stade actuel.

55. M. DUGARD félicite le Rapporteur spécial pour son premier rapport. C'est une réussite remarquable que d'avoir soumis un jeu complet de projets d'articles, ce qui permet à la Commission d'avoir d'emblée une vue d'ensemble, sans avoir à attendre que de nouveaux articles soient proposés chaque année. Le rapport s'appuie sur des recherches approfondies, il est clairement présenté, et M. Dugard approuve l'approche générale qui y est adoptée, en particulier en ce qui concerne le recours à la force.

56. M. Dugard souhaite faire deux suggestions sur l'ensemble du projet. La première concerne la pertinence des décisions prises par les tribunaux internes. Ces décisions constituent une source de droit international, même si elle est subsidiaire. Dans certaines branches du droit international, elles ne sont guère utiles et dans d'autres, elles sont très importantes, par exemple pour le développement du droit international coutumier concernant l'immunité restrictive pour des actes *jure gestionis* dans le domaine de l'immunité souveraine. Le Rapporteur spécial estime que le droit régissant les effets des conflits armés sur les traités appartient à la catégorie du droit international qui n'est pas influencée par les décisions des tribunaux internes. Aux paragraphes 20, 44 et 105 du rapport, il souligne que pour lui ces décisions n'ont guère d'intérêt, qu'elles constituent une source problématique et qu'elles sont généralement fonction de directives expresses de l'exécutif. M. Dugard désapprouve cette approche. Les tribunaux internes ont souvent examiné l'effet des conflits armés sur les traités. Il est vrai que ces décisions ne sont pas cohérentes, mais le développement du droit relatif à

l'approche restrictive de l'immunité souveraine ne l'est pas davantage, de même que d'autres formes de la pratique des États, en particulier les déclarations de gouvernements. Tandis que des pays tels que le Royaume-Uni et l'ancienne Union soviétique ont résisté aux changements intervenus dans d'autres instances internes, et ont préféré conserver l'approche absolue, d'autres ont choisi l'approche restrictive. De l'avis de M. Dugard, les décisions des tribunaux internes fournissent des exemples utiles de la pratique des États − de l'intention des parties au sujet de certains types de traités et de l'effet de la nature d'un traité sur la survie de celui-ci. L'importance de ces décisions est corroborée par l'étude du Secrétariat (A/CN.4/550), qui mentionne plusieurs affaires, notamment *Techt c. Hughes* et *Clark c. Allen* aux États-Unis (par. 11) et cite également des décisions relatives à des traités d'extradition telles que celles sur les affaires *Gallina c. Fraser* (note 233) et *Argento c. Horn* (note 9), qui ont récemment été suivies par les tribunaux sud-africains. L'étude contient également des références à des décisions de tribunaux italiens et grecs et d'une multitude d'autres tribunaux internes. De fait, le Rapporteur spécial lui-même se réfère à des décisions de tribunaux internes, citant le *Digest of International Law* de Whiteman en détail (par. 78 du rapport) et l'affaire *Masinimport c. Scottish Mechanical Light Industries Ltd*. (par. 105). M. Dugard demande instamment au Rapporteur spécial de réexaminer son opinion selon laquelle les décisions des tribunaux internes ne sont guère utiles.

57. La deuxième suggestion de M. Dugard concerne la nécessité de faire référence à la nature d'un traité. Le Rapporteur spécial considère l'intention des parties comme essentielle pour déterminer quels traités doivent survivre à un conflit armé; il cite toutefois plusieurs auteurs qui font valoir que la nature du traité doit être prise en considération. Au paragraphe 33 du rapport, par exemple, selon la citation de Lord McNair, « la nature du traité est à l'évidence la meilleure preuve de l'intention des parties »; Fitzmaurice adopte une position similaire (par. 34). Le Rapporteur spécial cite également Hurst (par. 32), selon lequel « les cas qui présentent des difficultés sont ceux où le traité n'indique pas clairement l'intention des parties, et où cette intention doit être déduite de la nature du traité ou des circonstances qui l'entourent ». Il est donc étrange que le Rapporteur spécial ne souhaite pas faire référence à la nature du traité dans son projet d'articles. M. Dugard estime que les articles 4 et 9 devraient se référer non seulement à la nature du conflit armé, mais aussi à la nature du traité comme preuve de l'intention des parties. Cela serait plus utile qu'une référence aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 et, à ce propos, M. Dugard s'associe aux observations de M. Gaja et de M. Pellet.

58. Il est étonnant que le Rapporteur spécial souligne en fait, au paragraphe 1 du projet d'article 7, que l'objet et le but du traité doivent être pris en considération. Cela ne revient-il pas à souligner l'importance de la nature du traité? Après tout, l'objet et le but du traité font partie de sa nature. Il serait donc plus approprié de se référer à la nature du traité. Au paragraphe 62, le Rapporteur spécial semble accepter cette position, puisqu'il écrit qu'« un aspect majeur du traitement des sujets par la doctrine est le classement des traités en catégories pour identifier ceux qui ne sont pas en principe susceptibles d'être abrogés ou suspendus en cas de conflit armé ». La position du Rapporteur spécial est donc ambivalente. Il convient de noter que l'article 3 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international se réfère également à l'objet ou au but du traité.

59. S'agissant des articles eux-mêmes, M. Dugard s'exprime en premier lieu sur l'alinéa *b* de l'article 2 et la définition que le Rapporteur spécial a empruntée à l'Institut de droit international. Il existe aujourd'hui une définition du conflit armé largement acceptée qui n'est pas celle de l'Institut; elle figure dans la décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans l'affaire *Tadić*, selon laquelle « un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État » [par. 70 de la décision]. Bien que cette définition ne mentionne pas les traités, contrairement à celle proposée par l'Institut de droit international, c'est, à l'heure actuelle, la définition du conflit armé la plus fréquemment citée, en particulier en droit pénal international, et la Commission ne peut l'ignorer.

60. M. Dugard se félicite que le Rapporteur spécial ait appelé l'attention sur le problème de l'occupation militaire sans affrontement armé prolongé ni opérations armées. M. Pellet a fait observer à juste titre qu'il s'agissait d'une question importante dans le contexte du Moyen-Orient. Cependant, il ne s'attendait pas à ce que le Rapporteur spécial entre dans les complexités du conflit au Moyen-Orient, ce qui aurait probablement amené des difficultés supplémentaires.

61. En ce qui concerne l'article 3, M. Dugard n'a pas d'objection à l'utilisation du mot « nécessairement » mais espère qu'il ne s'agit pas simplement d'éviter l'expression latine « *ipso facto* ». La Commission ne devrait pas être hostile en principe aux expressions latines.

62. L'article 4 devrait inclure une référence à la nature du traité dans un nouvel alinéa 2 *c*; la référence à la Convention de Vienne sur le droit des traités, à l'alinéa 2 *a*, devrait peut-être être supprimée.

63. S'agissant du projet d'article 7, la longue liste des types de traités fournie par le Rapporteur spécial ne fait que confirmer l'opinion de M. Dugard selon laquelle il faut prendre en compte la nature du traité. L'étude du Secrétariat mentionne un certain nombre d'autres types de traités, par exemple les accords d'extradition, et il existe une multitude de décisions de tribunaux internes sur le sujet. D'autres catégories devraient également y figurer; par exemple, dans sa résolution d'Helsinki, l'Institut de droit international se réfère aux traités constitutifs d'organisations internationales (art. 6). Le rapport n'indique pas clairement si cette catégorie est comprise dans la référence du Rapporteur spécial aux traités multilatéraux.

64. Les observations de M. Dugard à propos de l'article 4 s'appliquent également au projet d'article 9. Les projets d'articles 10 à 14 ne lui posent aucun problème. En ce qui concerne l'article 11, la Commission devrait peut-être, en temps voulu, accorder davantage d'attention

à l'effet des résolutions du Conseil de sécurité et de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies sur les traités, même si cela dépasse la portée de son mandat actuel.

65. M. Dugard ne sait pas vraiment comment interpréter le paragraphe 13 du rapport. Il ne pense pas que le Rapporteur spécial suggère à la Commission d'approuver tous les projets d'articles sous leur forme actuelle et de les communiquer aux États pour qu'ils fassent des observations: la Commission a la responsabilité d'examiner les articles avant qu'ils ne soient communiqués aux États, et la réponse des États n'est pas toujours très utile, en particulier si la Commission n'a pas elle-même synthétisé les principes. La Commission devrait au moins envisager de renvoyer certains des projets d'articles, peut-être les articles 1 à 3, au Comité de rédaction à la session en cours. Le Rapporteur spécial pourrait ensuite réexaminer les autres dispositions, avec ou sans l'aide d'un groupe de travail.

66. M. PELLET, se référant au conflit israélo-arabe, dit qu'il n'a certainement pas proposé à la Commission d'examiner cette question en détail. Il a simplement fait valoir que le projet devait indiquer s'il était ou non applicable à un tel cas. De son avis, le Rapporteur spécial se montre trop prudent et abstrait à propos de ce conflit. Les rapporteurs spéciaux ne devraient pas craindre d'évoquer des situations bien précises dans leurs rapports.

67. En ce qui concerne le paragraphe 13, le simple fait que le projet n'est pas renvoyé au Comité de rédaction ne signifie pas que les États ne peuvent pas faire des observations à son sujet. Premièrement, tous les ministères compétents reçoivent des exemplaires des rapports des rapporteurs spéciaux; deuxièmement, le rapport de la Commission reproduit fréquemment les articles examinés dans les notes de bas de page.

68. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il est globalement mécontent du rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, qui aurait pu fournir au Rapporteur spécial l'occasion d'approfondir la question du droit des traités tel qu'il est régi par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. La définition d'un traité a déjà été élaborée, et il n'est pas certain qu'elle soit nécessaire dans le projet actuel. Le projet d'article 4, avec ses références aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, n'est pas plus novateur, bien qu'il ait probablement sa place dans le projet puisque le Rapporteur spécial a fondé son raisonnement sur la notion d'intention des parties. On peut toutefois se demander si les dispositions relatives à l'interprétation des traités sont les meilleurs moyens d'aborder la question. L'article 6 laisse sans réponse des questions concernant le régime de nullité et, véritablement, le but même du projet.

69. Pour ce qui est de la méthode, les questions de base n'émergent pas clairement du rapport, et l'on ne comprend pas pourquoi la Commission a choisi d'examiner le sujet, ni si elle a bien fait de l'aborder. L'ensemble du sujet est dilué parce que le Rapporteur spécial ne parvient pas à exposer son approche correctement.

70. La notion même d'« effets » n'a pas été expliquée, alors qu'elle est la clé même du sujet, quel que soit le type d'approche adoptée, restrictive ou plus vaste. Puisque le recours à la guerre est interdit par le droit international − à moins que l'on ne soit d'accord avec la démarche adoptée à l'article 10, ce qui n'est pas le cas de M. Pambou-Tchivounda − sauf s'il y a eu autorisation du Conseil de sécurité et en cas de légitime défense, la question est de savoir si la violation de cette interdiction par un État qui recourt à la guerre entraîne des conséquences − distinctes des « effets » − pour cet État, parce qu'il a enfreint une obligation en vertu du droit international général. Dans ce contexte, le sujet aurait dû établir un lien avec le droit de la responsabilité de l'État, et pas seulement avec le droit des traités. On aurait pu alors clarifier la notion d'« effet » en la reliant à celle de « conséquence ».

71. Même si la Commission se concentre uniquement sur les effets examinés par le Rapporteur spécial, à savoir la suspension ou l'extinction d'un traité, il y a tout lieu de se demander quelles conséquences cette suspension ou extinction peut avoir pour les parties elles-mêmes, à cause de leurs engagements en vertu du traité, ou vis-à-vis de tierces parties, de parties neutres. Toutes ces questions demeurent sans réponse dans le rapport. Il aurait été utile que la Commission reçoive davantage d'information sur ces points. Il est regrettable que l'on ne trouve aucune réponse à ces considérations préliminaires dans le rapport, qui ne propose pas de méthode, d'approche ou de définition du sujet ni une analyse des questions en jeu.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

72. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite constituer un groupe de travail sur les eaux souterraines transfrontières.

Il en est ainsi décidé.

73. Le PRÉSIDENT invite les membres qui souhaitent participer au Groupe de travail à informer le Rapporteur spécial du sujet qui les intéresse.

74. Le Président annonce qu'il a également été proposé de tenir une réunion conjointe de la Commission et de la Société européenne de droit international, le 27 mai 2005 à 15 heures, sur le sujet de la responsabilité des organisations internationales. Plus de 100 membres de la Société, dont son président, le juge Simma, comptent y assister. Des arrangements préliminaires ont déjà été pris pour cette importante manifestation. En l'absence d'objection, il considérera que la Commission approuve la tenue de cette réunion.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 45.

[*] Reprise des débats de la 2834e séance.