

Document:-
A/CN.4/SR.3307

Compte rendu analytique de la 3307e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2016, vol. I

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

pas renvoyer ces deux projets de conclusion au Comité de rédaction. Pour M. Kamto, cette solution est sans doute trop radicale, car il y a dans le quatrième rapport divers arguments bien étayés qui justifient que l'on traite de la jurisprudence des organes des traités et de celle des juridictions nationales dans le projet de conclusion. Deux points en particulier appellent des observations: d'une part, la façon dont on peut tirer parti des développements relatifs à ce que le Rapporteur spécial nomme les organes d'experts indépendants et, d'autre part, les analyses relatives à la pratique des juridictions internes.

67. S'agissant des organes d'experts indépendants, cette expression est trop large et englobe une réalité qui va bien au-delà du Comité des droits de l'homme et d'autres organes du même type. D'ailleurs, dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* sur laquelle s'appuie le Rapporteur spécial et par laquelle il introduit ses analyses au paragraphe 28 de son quatrième rapport, la Cour internationale de Justice vise expressément le Comité des droits de l'homme et elle le fait dans un contexte spécifique qui n'autorise pas une généralisation de son raisonnement sur ce point. Mais, même si l'on veut généraliser à partir de cette affaire, il serait judicieux de s'en tenir à la terminologie consacrée, et de parler d'«organes des traités». Pour M. Kamto, ces organes ont un pouvoir d'interprétation des traités qui leur est conféré par les traités qui les ont créés. L'interprétation faite par ces organes est à maints égards une interprétation authentique.

68. Dans le même ordre d'idées, remplacer, comme le propose le Rapporteur spécial au paragraphe 120 de son quatrième rapport, l'expression «d'une ou plusieurs parties» par l'adjectif «officielle» créerait une confusion terminologique et entraînerait un changement complet de perspective dans la détermination des accords et de la pratique ultérieurs. Du point de vue terminologique, le mot «officiel», qui renvoie aux représentants institués de l'État, s'oppose généralement à «non officiel» ou «privé», comme en matière d'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État. Or, dans le rapport à l'examen, cette expression renvoie à quelque chose non seulement de différent, mais surtout d'hétéroclite, mêlant représentants de l'État et organes d'experts indépendants. C'est pourquoi il faudrait abandonner cette expression, tout comme les expressions connexes telles que «moyen officiel» et «conduite officielle» utilisées aux paragraphes 120 et 121 du rapport.

69. De plus, il ne paraît pas approprié de soulever ici la question de l'effet du silence des États face aux décisions des organes des traités. On ne peut attendre des États qu'ils réagissent à tout sous peine de se voir opposer des actes qui en eux-mêmes n'ont pas force contraignante.

70. En ce qui concerne les décisions des juridictions nationales, il n'est pas douteux qu'elles relèvent de la pratique ultérieure des États au titre de l'article 32, mais de l'article 32 uniquement, de la Convention de Vienne de 1969, c'est-à-dire en tant que moyen complémentaire d'interprétation. Comme le Rapporteur spécial l'a dit lorsqu'il a présenté son quatrième rapport, il n'y a pas de raison que la Commission puisse considérer les décisions des juridictions nationales comme un moyen de détermination du droit international coutumier, notamment en

tant qu'élément de la pratique, mais ne puisse les considérer également comme une pratique ultérieure au regard de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969.

71. Dès lors, le problème qui se pose à la Commission est de savoir comment rendre compte correctement de ces deux situations dans le cadre des projets de conclusion sans suggérer l'existence de règles qui n'entreraient pas dans le cadre du paragraphe 3 *b* de l'article 31 ou de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969. Par ailleurs, il ne semble pas nécessaire, s'agissant de la jurisprudence des juridictions nationales, de répéter ce qui a déjà été dit, comme l'a rappelé Sir Michael Wood, dans un précédent projet de conclusion.

72. M. Kamto propose donc que la Commission conserve les projets de conclusions 12 et 13 dans leur principe mais avec un libellé presque radicalement différent – un libellé qui serait moins étoffé, beaucoup plus simple et moins normatif car, comme l'ont relevé plusieurs membres, le paragraphe 2 du projet de conclusion 13 en particulier est formulé en des termes normatifs qui ne correspondent pas à l'objectif des travaux sur le sujet, à savoir rédiger des projets de conclusion et non des directives. M. Kamto propose donc de ne pas réviser le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 déjà adopté et de libeller comme suit les projets de conclusions 12 et 13, sous réserve, s'agissant de ce dernier, que la Commission considère que la question des juridictions nationales n'a pas été envisagée comme il convient dans les projets de conclusion déjà adoptés :

«Projet de conclusion 12

«Considération peut être accordée à l'interprétation par les organes des traités, comme moyen complémentaire d'interprétation des traités au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.»

«Projet de conclusion 13

«Les décisions des juridictions nationales qui portent sur l'application des traités peuvent contribuer à la détermination d'une pratique ultérieure, comme moyen complémentaire d'interprétation des traités au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.»

73. Moyennant un accord en ce sens au sein de la Commission, M. Kamto serait favorable au renvoi des projets de conclusions 1 *a*, 12 et 13 au Comité de rédaction.

La séance est levée à 11 h 50.

3307^e SÉANCE

Mardi 31 mai 2016, à 10 heures

Président: M. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Présents: M. Al-Marri, M. Caflisch, M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Kolodkin,

M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (suite) [A/CN.4/689, partie II, sect. D, A/CN.4/694, A/CN.4/L.874]

[Point 4 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du quatrième rapport du Rapporteur spécial sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/694).
2. M. NIEHAUS dit que dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial fait une analyse approfondie d'un sujet qui revêt une importance considérable pour le droit international en général et le droit des traités en particulier. Eu égard à cette importance et à l'objet des travaux de la Commission sur le sujet, il serait plus approprié de qualifier les projets de proposition du Rapporteur spécial de « directives » que de « conclusions ». En outre, le terme « directives » différencierait ces propositions des actes des organes d'experts, qu'on pourrait plus précisément qualifier de « conclusions » ou, mieux encore, de « décisions », comme le fait le Rapporteur spécial dans son rapport. Cela dit, et pour éviter toute confusion, le terme « projets de conclusion » sera utilisé aux fins du débat.
3. Le nouveau projet de conclusion 1 *a*, bien qu'assez bref, renvoie clairement à l'interprétation des traités telle que celle-ci est visée à l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, et à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). Il pourrait donc être souhaitable de faire expressément référence à la Convention dans ce projet de conclusion. C'est bien entendu au Comité de rédaction qu'il incombera d'apporter les modifications voulues le cas échéant.
4. En ce qui concerne la révision proposée au paragraphe 3 du projet de conclusion 4, des membres de la Commission ont indiqué qu'il fallait expliquer ce que l'on entendait par « conduite officielle ». Ce terme est toutefois parfaitement compréhensible et acceptable, car il ressort clairement du quatrième rapport que toutes les activités des organes établis par un traité et chargés de contribuer à l'application de celui-ci constituent une conduite officielle. Il en découle que la conduite des membres des organisations internationales peut être qualifiée d'officielle, même lorsque ces membres n'agissent pas au nom d'un État. Là encore, c'est au Comité de rédaction qu'il incombera de donner les éclaircissements voulus, compte tenu des observations des membres de la Commission et des réponses du Rapporteur spécial à celles-ci.
5. En ce qui concerne le projet de conclusion 12, des membres ont exprimé des opinions divergentes quant au rôle des décisions des organes d'experts. Certains ont fait valoir que celles-ci n'avaient rien à voir avec la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités, tandis que d'autres ont défendu le projet de conclusion et tenté d'assimiler ces décisions à des décisions judiciaires. Pour M. Niehaus, il ne faut pas oublier qu'à la différence des décisions judiciaires celles des organes d'experts ne sont pas contraignantes et ne font que contribuer à l'interprétation du traité concerné. Il est donc justifié de considérer qu'elles constituent une forme de pratique dans l'application du traité. De même, comme indiqué dans le projet de conclusion, il faut distinguer entre les décisions des organes d'experts et les réactions des États. L'influence de ces décisions sur l'attitude des parties au traité en cause est incontestable; ainsi, ces décisions constituent une pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969. Le principal problème qui se pose concerne l'acceptation du terme « organe d'experts »; le projet de conclusion devrait définir de manière plus détaillée les caractéristiques des organes en question.
6. Quant au paragraphe 4 du projet de conclusion 12, M. Niehaus pense avec M. Hassouna qu'on ne peut attendre des États qu'ils réagissent à chaque décision d'un organe d'experts et que leur silence ne peut donc être automatiquement considéré comme valant acceptation. C'est pourquoi le paragraphe en question devrait être réexaminé. Les divergences d'opinions exprimées quant au contenu du projet de conclusion 12, loin de le remettre en question, montrent qu'il doit être restructuré.
7. S'agissant du projet de conclusion 13, l'orateur souscrit pleinement à l'idée que les juridictions internes, lorsqu'elles appliquent un traité, participent presque nécessairement à son interprétation et, par extension, peuvent contribuer à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 13 est logique et acceptable. Le libellé du paragraphe 2 est par contre problématique en ce qu'il énonce davantage que de simples recommandations. En espagnol, l'utilisation du mot *deben* – « devrait » dans le texte français – donne l'impression que l'on donne aux tribunaux internes des instructions et non des indications quant à la manière dont ils doivent considérer les accords et la pratique ultérieurs. Il appartiendra au Comité de rédaction de mettre au point un libellé adéquat.
8. M. Niehaus recommande que tous les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial soient renvoyés au Comité de rédaction. La Commission progresse régulièrement dans l'adoption d'un projet de conclusions complet en première lecture à la session en cours. Comme le Rapporteur spécial, l'orateur pense qu'une seconde lecture peut être envisagée pour 2018.
9. M. SABOIA félicite le Rapporteur spécial pour son excellent quatrième rapport, qui est clair, bien étayé et libellé avec soin. Avec ce rapport, les travaux sur le sujet pourraient être achevés en première lecture à la session en cours. L'orateur indique qu'étant donné l'état avancé du débat il axera ses observations sur le projet de conclusion 12, intitulé « Décisions d'organes d'experts », en particulier sur les organes de contrôle de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme.

10. Il est regrettable que le Rapporteur spécial ait décidé de ne pas tenir compte des activités des organes conventionnels qui, bien qu'ils soient techniquement des organes d'organisations internationales, sont composés d'experts indépendants et exercent une fonction comparable à celle des autres organes d'experts. La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail (OIT), par exemple, a elle-même reconnu que ses constatations et conclusions ne pourraient revêtir une force contraignante que si elles étaient indépendamment établies comme telles par une juridiction interne ou un tribunal ou instrument international. Les juridictions nationales, internationales et supranationales ont fait fond dans leurs décisions sur les prononcés de cette commission lorsqu'ils ont examiné des normes internationales du travail pour trancher un litige. La pratique de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, qui est un organe de l'Organisation des États américains, est également pertinente, en particulier en ce qui concerne les plaintes individuelles, qu'elle peut renvoyer à la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou s'efforcer de régler par la médiation.

11. Les débats concernant le projet de conclusion 12 ont essentiellement porté sur le point de savoir si les décisions des organes d'experts créés par un traité et chargés de superviser l'application de celui-ci pouvaient être qualifiées de pratique ultérieure ou de moyen complémentaire d'interprétation au sens des articles 31 et 32, respectivement, de la Convention de Vienne de 1969. Aucun doute sérieux n'a été émis au sujet du poids considérable qui s'attache à ces décisions, comme l'ont reconnu la Cour internationale de Justice en ce qui concerne le Comité des droits de l'homme dans l'arrêt rendu en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* et les tribunaux internes, notamment la Cour administrative fédérale allemande.

12. Le rapport final sur les conséquences attachées aux conclusions des organismes des Nations Unies créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, qui a été adopté par l'Association de droit international, envisage deux manières d'aborder le point de savoir si les décisions des organes d'experts créés par des traités relatifs aux droits de l'homme entrent dans les «sources traditionnelles du droit international, que ce soit aux fins de l'interprétation des traités ou en tant que source pertinente pour le développement du droit international coutumier»²¹⁴. Selon l'approche traditionnelle, que la Commission a suivie pour le sujet des réserves aux traités, «les conclusions des comités eux-mêmes ne constituent pas une pratique des États», mais «les réactions des divers États ou de l'ensemble des États parties aux conclusions des comités constituent une telle pratique»²¹⁵. Selon la seconde approche, la mention à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 de la pratique ultérieure a été rédigée «comme si aucun organe de contrôle n'avait été créé par un traité, comme si les intérêts d'aucune tierce partie n'étaient en jeu et

comme s'il incombait aux seuls États de contrôler dans quelle mesure chacun d'eux respecte les dispositions et de réagir en cas de violation»²¹⁶. Étant donné le caractère particulier des traités relatifs aux droits de l'homme, qui établissent des obligations qui ne sont pas réciproques mais consistent en des objectifs communs définis et convenus entre les États parties, l'Association de droit international a déclaré qu'«il semble que l'on puisse dire que dans l'interprétation de ces types de traités [...] la pratique ultérieure pertinente puisse être plus large que la pratique ultérieure des États et comprendre les vues réfléchies qu'ont adoptées les organes conventionnels dans l'exercice des fonctions que les États parties leur ont confiées»²¹⁷. Cette affirmation est particulièrement pertinente, en ce qu'elle compare les activités de contrôle des organes d'experts aux obligations de contrôle des États parties. Dans le domaine des droits de l'homme, il existe de telles obligations et elles jouent également un rôle important, même si sur la question des violations des droits de l'homme des organes tels que le Conseil des droits de l'homme tendent à être influencés par des considérations politiques et à se polariser.

13. En conclusion, l'orateur recommande que le projet de conclusion 12 soit renvoyé au Comité de rédaction compte tenu du débat en séance plénière.

14. M. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER remercie le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport dans lequel il a une fois encore réussi à traiter avec succès d'un sujet très complexe et controversé. Ce rapport porte principalement sur deux questions, à savoir les décisions des organes d'experts et les décisions des juridictions nationales. Des vues divergentes ont été exprimées en ce qui concerne l'effet juridique de ces décisions, un effet qui, comme indiqué au paragraphe 15 du quatrième rapport, dépend avant tout du traité concerné lui-même. Le sens ordinaire du terme par lequel le traité désigne une forme particulière de décisions indique le plus souvent que lesdites décisions ne sont pas juridiquement obligatoires. Toutefois, comme indiqué au paragraphe 120 du rapport, les décisions des organes d'experts constituent un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969.

15. La complexité du sujet à l'examen est par exemple attestée par le fait que, comme indiqué au paragraphe 104 du quatrième rapport, souvent les juridictions nationales ne distinguent pas clairement entre les accords et la pratique ultérieurs au sens du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, qui exige un accord entre les parties au sujet de l'interprétation du traité, et toute autre pratique ultérieure relevant de l'article 32 de la Convention, qui n'exige pas un tel accord.

16. M. El-Murtadi Suleiman Gouider recommande le renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction compte tenu des observations faites par les membres de la Commission au cours du débat.

17. M. NOLTE (Rapporteur spécial) dit que, dans le cadre du résumé du débat, il insistera sur les points

²¹⁴ International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, «Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies», *Report of the Seventy-First Conference held in Berlin, 16–21 August 2004*, Londres, 2004, p. 621 et suiv., à la page 627, par. 17.

²¹⁵ Ibid., p. 628 et 629, par. 21.

²¹⁶ Ibid., par. 22.

²¹⁷ Ibid.

principaux, répondra à certaines critiques et exposera les diverses manières d'aller de l'avant.

18. Il se dit convaincu que les divergences d'opinions en ce qui concerne, par exemple, le statut du Groupe de travail sur la détention arbitraire et du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, pourront être clarifiées sur une base bilatérale ou, si nécessaire, technique. Il dit qu'il tient toutefois à répondre à une observation de M. Murphy selon laquelle le Rapporteur spécial avait cité uniquement la réaction des États-Unis d'Amérique au projet d'observation générale n° 33 du Comité des droits de l'homme, et non celle d'autres États. La réaction en question était la seule déclaration d'un État facilement accessible et elle a été acceptée par le Comité des droits de l'homme. Ainsi, dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial ne distingue pas les États-Unis mais cite ce pays comme exemple d'un État dont la réaction a suscité un accord général sur une question particulière.

19. La plupart des orateurs ont dit que le projet de conclusion 13 était inutile, certains exprimant des réserves quant au fait que des instructions étaient adressées aux juridictions nationales. S'il est vrai que le projet de conclusion 13 est, à strictement parler, inutile, puisqu'il envisage, et applique aux juridictions nationales, des projets de conclusion déjà provisoirement adoptés sans que ceux-ci aient besoin d'être révisés, le Rapporteur spécial l'a inclus parce qu'il se sentait tenu de le faire. Après tout, dans le plan de travail initial du sujet, il était indiqué que la pratique des juridictions nationales serait envisagée, tant pour l'exhaustivité de l'analyse que pour s'assurer que cette pratique était conforme à la pratique et aux sources au niveau international.

20. Il ne serait pas nécessairement inapproprié de formuler un projet de conclusion s'adressant directement aux juridictions nationales. Nombre de ces juridictions reconnaissent la nécessité de coordonner leurs positions, ou au moins de s'informer de la jurisprudence internationale pertinente, y compris celle d'autres juridictions nationales. S'il serait inapproprié d'essayer de donner des instructions aux juridictions nationales, il est légitime de leur donner des indications respectueusement rédigées sur leurs efforts de coordination.

21. Le Rapporteur spécial reconnaît néanmoins que les membres de la Commission sont réticents à envisager d'adopter le projet de conclusion 13 et il retire donc sa proposition à cet égard. Il reprend toutefois à son compte la proposition de M. Forteau et de M. Šturma tendant à faire figurer un certain nombre de conclusions du rapport dans les commentaires du projet de conclusions. Les résultats des recherches présentés dans le rapport contiennent des éléments utiles propres à nuancer et améliorer les commentaires.

22. Étant donné le débat animé auquel participent actuellement des publicistes et politiciens en ce qui concerne la pertinence juridique des décisions des organes d'experts, il n'est pas surprenant que ce soit le projet de conclusion 12 qui ait suscité le plus de réactions. De fait, le débat a montré que dans son quatrième rapport, qui portait essentiellement sur les sources de droit revêtues de la plus grande autorité de manière à traiter les opinions

opposées sans partialité, le Rapporteur spécial aurait dû analyser certaines questions plus en détail.

23. M. Murase, M. Forteau, M. Hmoud, M. Murphy, M. Park et M. Kolodkin, entre autres, ont déclaré que les décisions d'organes d'experts n'étaient pas une forme de pratique ultérieure au sens du présent sujet, et M. Hmoud et M. Forteau ont même déclaré que le Rapporteur spécial qualifiait ces décisions de «pratique ultérieure» pour les faire entrer dans le cadre du projet. M. Kittichaisaree, par contre, a appelé l'attention sur le paragraphe 109 de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans lequel la Cour a évoqué la «pratique constante» du Comité des droits de l'homme comme moyen d'interprétation de certaines dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. M. Tladi a également admis que ces décisions pouvaient être une forme de pratique.

24. Cette divergence de vues apparente sur la question fondamentale de savoir si les décisions d'organes d'experts relèvent du sujet résulte peut-être, au moins en partie, d'un malentendu. Certains membres supposent que, puisque le projet de conclusion 5²¹⁸ limite l'acceptation du terme «pratique ultérieure» à la conduite des États parties, le projet lui-même ne peut traiter que de la conduite des États parties. La Commission a toutefois adopté en 2015 le projet de conclusion 11, dont le paragraphe 3 stipule que «[l]a pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif peut contribuer à l'interprétation de cet acte, lors de l'application des articles 31, paragraphe 1, et 32»²¹⁹.

25. Ce projet de conclusion démontre qu'au moins cette forme de pratique non étatique relative à un traité relève du projet. La question de savoir si la pratique des organisations internationales doit être qualifiée de «pratique ultérieure» au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 ou si elle doit simplement être qualifiée de «pratique» de manière à la distinguer de la conduite des États parties est de moindre importance. Comme l'a fait observer M. Murphy, ce qui importe est qu'il existe différentes formes de pratique qui sont reconnues comme moyens d'interprétation d'un traité, même si c'est seulement en rapport avec la pratique ultérieure des États parties au traité en question.

26. La plupart des membres n'ont pas exclu la possibilité que les décisions d'organes d'experts constituent un type de «pratique» pouvant être pertinente pour l'interprétation d'un traité, même s'il ne s'agit pas d'une pratique ultérieure au sens technique étroit du terme. Comme l'ont fait observer M. Šturma et M. Niehaus, tous doutes pouvant exister à cet égard semblent découler de préoccupations de fond, et non terminologiques, très diverses.

27. M. Forteau et d'autres membres ont déclaré que les décisions des organes créés par les traités relatifs aux droits de l'homme, si elles constituaient une forme de pratique, n'étaient pas une pratique au sens du sujet, parce qu'elles s'apparentaient à des décisions judiciaires

²¹⁸ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 36 (projet de conclusion 5).

²¹⁹ Voir *Annuaire... 2015*, vol. II (2^e partie), p. 59.

internationales. Bien que la Cour internationale de Justice ait, au paragraphe 66 de l'arrêt rendu en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, parlé de la « jurisprudence » du Comité des droits de l'homme, cela ne signifie pas que la Cour a considéré que les décisions en question étaient des décisions judiciaires. De fait, la Cour a pris soin de préciser que le Comité n'était pas un tribunal mais un organe indépendant spécialement établi pour superviser l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Cour n'a pas non plus qualifié les décisions du Comité de « judiciaires ». Comme l'a fait observer M. Šturma, il est largement admis que les décisions des organes d'experts n'appartiennent pas à la même catégorie que les décisions judiciaires. Il n'y a aucune raison apparente de supposer qu'en 2010 la Cour ait eu l'intention, en utilisant le terme « jurisprudence » dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, de modifier les conclusions auxquelles elle était elle-même parvenue dans l'avis consultatif susmentionné, à savoir que les décisions en question étaient une forme de pratique. Une opinion n'exclut pas l'autre.

28. M. Murphy a quant à lui dit douter que les organes d'experts soient mandatés pour interpréter les traités les ayant créés, car ces traités ne leur accordent pas expressément le pouvoir de le faire. Toutefois, dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la Cour a reconnu que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques conférerait au Comité des droits de l'homme le pouvoir d'interpréter ce traité lorsqu'elle a évoqué « l'interprétation adoptée par cet organe indépendant » (paragraphe 66 de l'arrêt). Une autre source à l'appui de cette opinion est une déclaration faite en 2010 par le Gouvernement des États-Unis, dans laquelle celui-ci évoque les interprétations du Comité des droits de l'homme comme l'une des bases de son examen exhaustif de la question de savoir si les États-Unis devaient continuer de défendre une lecture strictement territoriale du Pacte.

29. S'agissant de ce qui était peut-être la principale préoccupation de M. Murphy, la plupart des membres, en particulier M. Hmoud, M. Kamto et M. Tladi, sont parvenus à la conclusion que, si les organes d'experts étaient généralement mandatés pour interpréter leurs traités respectifs, faute de quoi ils ne pourraient pas s'acquitter de leur mandat aux termes desdits traités, leur compétence à cet égard ne signifiait pas nécessairement que leur interprétation avait un effet juridique particulier. De fait, comme l'a souligné M. Tladi, les décisions des organes d'experts n'acquiescent pas un caractère obligatoire en vertu de la compétence de ces organes pour interpréter le traité.

30. Le projet de conclusion 12 qui est proposé vise à indiquer que l'effet juridique des décisions d'organes d'experts, en tant que pratique et aux fins des travaux sur le sujet, se situe entre celui d'une déclaration juridiquement dénuée de pertinence et celui d'une décision judiciaire. Afin d'exprimer cette position médiane, le paragraphe 3 du projet de conclusion 12 stipule que les décisions d'organes d'experts « peu[vent] contribuer à l'interprétation [d'un] traité ». Cette position médiane est étayée par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et par la plupart des auteurs, comme l'a confirmé M. Saboia. Le projet de conclusion proposé ne vise pas à se prononcer sur les divergences de vues sur le point de savoir si, aux fins de l'interprétation, l'effet juridique des

décisions d'organes d'experts est plus proche de celui des décisions judiciaires et est ainsi quasi judiciaire, comme l'ont fait valoir M. Šturma et Sir Michael Wood, ou plus proche d'une pratique administrative, comme l'a affirmé M. Hassouna.

31. Le projet de conclusion 12 proposé permet amplement de concilier les différents points de vue sur l'effet juridique des décisions d'organes d'experts puisque, comme l'a dit Sir Michael Wood, il est difficile de généraliser étant donné les disparités existant dans les compétences et les fonctions des différents organes d'experts créés par différents traités. Il est clair que les différents traités confèrent des mandats et fonctions spécifiques à ces différents organes, comme l'a souligné M. Murphy. Le Rapporteur spécial pense avec celui-ci et avec M. Murase et Sir Michael Wood qu'il faut être prudent en ce qui concerne les pouvoirs de certains organes d'experts comme la Commission des limites du plateau continental et le Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Protocole de Kyoto). C'est pour tenir compte de la diversité des traités ayant créé des organes d'experts que le projet de conclusion 12 comprend un paragraphe 5. M. Park a fait observer à juste titre que le Rapporteur spécial accordait davantage d'attention, dans son quatrième rapport, aux organes créés par des traités relatifs aux droits de l'homme qu'aux autres organes d'experts. La raison en est que le débat sur le poids juridique des décisions d'organes d'experts a surtout porté sur celles des premiers. Les références aux autres organes d'experts n'étaient que des exemples.

32. Peut-être n'est-il pas possible de persuader M. Murphy que les décisions d'organes d'experts ont un caractère judiciaire, ou de persuader M. Forteau que le poids interprétatif de ces décisions est faible ou inexistant. Le projet de conclusion proposé n'entend toutefois pas être une déclaration générale sur le poids interprétatif de ces décisions, mais vise à reconnaître, aux fins du présent projet, qu'elles constituent une forme de pratique relative à un traité qui peut être pertinente pour l'interprétation de celui-ci, soit en rapport avec la pratique des États, soit en tant que telle, et que ces décisions peuvent avoir des effets juridiques supplémentaires susceptibles de découler de leur caractère plus ou moins quasi judiciaire. Le commentaire pourrait indiquer clairement que la référence au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 couvre cette possibilité.

33. M. Hmoud a dit que les références dans le projet de conclusion 12 aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 n'étaient pas suffisamment fondées dans la pratique et que le projet de conclusion consacrait donc une approche déductive. Le Rapporteur spécial dit qu'il croit comprendre que M. Hmoud a voulu dire que les juridictions internationales et nationales n'ont que rarement expliqué la pertinence des décisions d'organes d'experts au regard de la Convention. La Commission n'a toutefois pas besoin de telles explications pour conclure que ces décisions, considérées ou non avec les réactions des États, sont un moyen d'interprétation relevant des règles d'interprétation de la Convention puisque, au début de ses travaux sur le sujet, la Commission a déjà conclu que

les articles 31 et 32 constituaient le cadre de l'interprétation des traités. La Commission demeure donc dans la *lex lata* en ce qu'elle indique simplement le rôle que les décisions d'organes d'experts peuvent jouer en tant que moyens d'interprétation au regard des articles 31 et 32 susmentionnés, que ce soit avec les réactions des États, comme l'a dit M. Šturma, ou en elles-mêmes. M. Hmoud a également admis que ces décisions pouvaient constituer un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32. S'il est vrai, comme l'ont dit M. Hmoud et M. Murphy, que des exemples de telles décisions ayant donné naissance à un accord des parties sont plus difficiles à trouver, le Rapporteur spécial cite des exemples pour montrer qu'il en existe effectivement. Un autre exemple est la résolution 65/221 de l'Assemblée générale, en date du 21 décembre 2010, qui, en son paragraphe 5, réaffirme certains éléments de l'observation générale n° 29 du Comité des droits de l'homme concernant l'interprétation de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²²⁰.

34. La question du silence est pertinente dans ce contexte. M. Murase a dit que le paragraphe 4 du projet de conclusion 12 était incompatible avec le paragraphe 2 du projet de conclusion 9²²¹. L'intention de ce paragraphe 4 est toutefois de préciser les circonstances dans lesquelles une réaction s'impose. Comme l'a proposé M. Hassouna, les commentaires pourraient donner davantage d'éclaircissements à cet égard.

35. M. Murase, Sir Michael Wood, M. Hassouna et M. Saboia se sont demandé pourquoi le Rapport spécial n'envisageait que les organes d'experts qui ne sont pas des organes d'organisations internationales. La raison, purement formelle, en est que le Rapporteur spécial n'estime pas qu'il faille, dans le cadre des travaux sur le sujet, se pencher sur le droit des organisations internationales davantage que ne le fait la Convention de Vienne de 1969. Il convient provisoirement avec M. Šturma et Sir Michael Wood que les décisions d'organes d'experts qui sont des organes d'organisations internationales et les réactions des États à ces décisions ont essentiellement le même effet que les décisions des organes envisagées dans le rapport à l'examen.

36. Le Rapporteur spécial indique que, bien qu'il ait défendu le projet de conclusion 12 proposé dans son quatrième rapport, cela ne signifie pas qu'il n'ait pas entendu les diverses observations critiques qui ont été faites. En fait, comme le projet de conclusions est une entreprise collective, il est tout à fait prêt à reformuler certains éléments du projet de conclusion 12 pour tenir compte des préoccupations exprimées par certains membres. Il serait utile de confirmer que la pratique des États en relation avec les décisions d'un organe d'experts, et la pratique de cet organe, peuvent jouer un rôle dans l'interprétation du traité concerné, car cette question n'a pas été envisagée comme il convient dans les conclusions précédentes. Les points suivants pourraient être traités dans une version

remaniée du projet de conclusion et examinés par le Comité de rédaction. Premièrement, pour répondre aux préoccupations de M. Murphy et de Sir Michael Wood, il pourrait être explicitement indiqué au début du projet de conclusion que c'est avant tout le traité qui détermine le poids interprétatif à accorder aux décisions d'un organe d'experts, que ce soit compte tenu des réactions des États ou en elles-mêmes. Deuxièmement, il pourrait être indiqué que le projet de conclusion ne vise pas à déterminer tous les aspects du poids interprétatif des décisions d'organes d'experts et des réactions des États à celles-ci, mais qu'il se limite au poids de ces décisions en tant que forme de « pratique ». On devrait ainsi répondre aux préoccupations de M. Forteau et d'autres qui souhaitent ne pas exclure la possibilité que ces décisions aient une fonction quasi judiciaire. On indiquerait également de manière encore plus claire que la Commission tient compte de la position de la Cour internationale de Justice à cet égard. Troisièmement, les commentaires pourraient être réduits au minimum et ne pas mentionner l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, comme l'ont demandé M. Tladi et M. Murphy. Quatrièmement, le projet de conclusion, ou le commentaire y relatif, pourrait réaffirmer que les observations des États qui n'acceptent pas les interprétations contenues dans les décisions des organes d'experts excluent tout accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b. Cinquièmement, pour répondre aux préoccupations de M. Murase, on pourrait indiquer que le paragraphe 2 du projet de conclusion 12 ne fait pas d'amalgame entre les réactions des États et les décisions d'organes d'experts elles-mêmes. Sixièmement, le Rapporteur spécial est prêt à remplacer le terme « organe d'experts » par « organe conventionnel d'experts » et l'expression « à titre individuel » par « à titre personnel », comme l'ont proposé M. Murphy, M. Hassouna et M. Kamto. Septièmement, les propositions rédactionnelles de M. Park et de M. Kamto peuvent aussi être prises en compte. Le Rapporteur spécial dit qu'il espère que ces propositions permettront au Comité de rédaction de trouver un terrain d'entente pour reformuler le projet de conclusion 12.

37. S'agissant du paragraphe 3 du projet de conclusion 4, le Rapporteur spécial indique qu'il a pris note des réserves exprimées par M. Murphy, M. Murase, Sir Michael Wood, M. Hmoud, M. Kamto, M. Kolodkin et M. Park en ce qui concerne sa proposition de remplacer l'expression « conduite d'une ou plusieurs parties » par « conduite officielle ». L'objet de cette proposition est d'indiquer que la pratique d'une organisation internationale, les décisions d'organes d'experts et les autres formes de conduite dictées par le traité en tant qu'éléments de son application ne doivent pas être placées sur le même pied que la conduite privée d'acteurs non étatiques, et qu'elles peuvent contribuer à l'interprétation d'un traité lorsqu'elles sont associées à la pratique des parties au traité elles-mêmes. Bien qu'il n'explique peut-être pas suffisamment dans son quatrième rapport pourquoi l'expression « conduite officielle » a été choisie, le Rapporteur spécial demeure convaincu qu'elle est apte à qualifier la pratique des organisations internationales et les décisions des organes d'experts comme étant distincte de la conduite privée des acteurs non étatiques. Il admet néanmoins que la majorité des membres est réticente à placer cette pratique au même niveau que la conduite des États, de la même manière que les membres en question

²²⁰ Observation générale n° 29 (2001) sur les dérogations au Pacte en période d'état d'urgence, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 40*, vol. I [A/56/40 (Vol. I)], annexe VI.

²²¹ Voir *Annuaire...* 2014, vol. II (2^e partie), p. 131 (projet de conclusion 9).

ont contesté le statut de la pratique des organisations internationales aux fins de la formation et de la détermination du droit international coutumier. Dans ce contexte, la Commission est sur le point d'attribuer à la pratique des organisations internationales une sorte de statut intermédiaire qui ne l'assimile pas à la pratique des États ni ne la met au même niveau que la conduite des acteurs privés. De plus, comme l'a dit M. Kamto, les États ont voulu que la conduite des organisations internationales et celle des organes d'experts prescrite par un traité soient qualifiées de formes de pratique aux fins de l'interprétation.

38. En un sens, le paragraphe 3 du projet de conclusion 11 reconnaît ce statut intermédiaire en indiquant que la pratique d'une organisation internationale peut contribuer à l'interprétation d'un traité en application de l'article 31, paragraphe 1, et de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969. Si l'on exprime la même idée dans la version remaniée du projet de conclusion 12, il sera alors inutile d'expliquer le statut de ces décisions aux fins de l'interprétation en termes plus généraux. Cette tâche peut attendre la seconde lecture du projet de conclusions. Sur cette base, le Rapporteur spécial est prêt à retirer la révision qu'il propose d'apporter au paragraphe 3 du projet de conclusion 4, et il n'y a donc plus lieu d'envisager la révision du projet de conclusion 5 évoquée par M. Kolodkin.

39. Le Rapporteur spécial déclare qu'à la lumière des déclarations faites durant le débat il retire le projet de conclusion 13 proposé et, pour le moment, sa proposition de réviser le paragraphe 3 du projet de conclusion 4. Toutefois, il souhaite toujours que la Commission adopte les projets de conclusions 1 *a* et 12, ainsi que la structure générale du projet de conclusions proposée au paragraphe 113 du rapport à l'examen. La question de savoir si les conclusions doivent être rebaptisées « directives », comme l'a proposé M. Murase, devrait être examinée en seconde lecture compte tenu des vues des États.

40. M. KAMTO remercie le Rapporteur spécial de la souplesse dont il a fait preuve dans son résumé du débat, qui devrait permettre à la Commission de suivre sa recommandation de renvoyer deux projets de conclusion au Comité de rédaction. Une question relative au projet de conclusion 12 appelle toutefois des éclaircissements, celle de savoir si la Commission doit donner des indications claires le concernant au Comité de rédaction. M. Kamto est préoccupé par le fait qu'avec les amendements proposés par le Rapporteur spécial le projet de conclusion 12 vise toujours le paragraphe 3 de l'article 31 et l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969. Il n'est pas convaincu que le paragraphe 3 de l'article 31 puisse s'appliquer dans le contexte des décisions d'organes d'experts, car, pour qu'il y ait accord ultérieur au sens de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 ou pratique ultérieure au sens de l'alinéa *b* du même texte, il faut d'abord qu'il y ait un accord. Il lui est difficile d'accepter que la Commission puisse considérer les décisions des organes d'experts comme une pratique ultérieure au sens de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31. C'est pour cette raison qu'il a proposé que le projet de conclusion 12 soit fondé sur l'article 32 de la Convention. Si l'on vise le paragraphe 3 de l'article 31 dans ce contexte, il sera nécessaire de mentionner la réaction des États. Cette réaction ne suffira toutefois pas en elle-même, sauf si l'on considère que les

États sont parvenus à un accord; mais, si l'on estime que la pratique ultérieure n'a pas donné lieu à un accord entre les États parties, une réaction d'un ou de plusieurs États à la décision de l'organe d'experts sera nécessaire. Même si seul l'accord d'un État à l'interprétation au sens de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 est requis, il sera nécessaire de réintroduire la notion de réaction des États à cet accord. Il serait donc préférable que la Commission se limite à un renvoi à l'article 32 en ce qui concerne les décisions d'organes d'experts, mais même cette solution ne serait pas satisfaisante, parce qu'elle reviendrait à exclure la possibilité qu'un organe d'experts puisse invoquer sa propre décision aux fins de l'interprétation.

41. M. NOLTE (Rapporteur spécial), répondant à M. Kamto, dit qu'il sera nécessaire d'indiquer de manière absolument claire qu'une décision d'un organe d'experts ne peut en tant que telle constituer un accord au sens du paragraphe 3 de l'article 31. La question est de savoir si une telle décision peut refléter un accord ultérieur ou une pratique ultérieure entre les États ou servir de catalyseur à un tel accord ou à une telle pratique. Telle est l'idée qui sous-tend le projet de conclusion 11. Le Rapporteur spécial est prêt à envisager de ne pas mentionner les articles 31 et 32 dans le projet de conclusion 12 si l'on peut trouver une autre solution adéquate. Le fait qu'il ait déclaré qu'il était prêt à faire preuve de souplesse sur certains points ne signifie pas qu'il est inflexible sur les autres. Il serait toutefois réticent à exclure d'emblée toute référence à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, car c'est en matière d'interprétation des traités la disposition la plus importante de cette convention.

42. M. HMOUD dit qu'il est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction dès lors que celui-ci est mandaté pour en modifier le fond. Il continue de penser qu'il est novateur de considérer l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 comme applicable aux décisions des organes conventionnels d'experts. Il aura des choses à dire au sujet de la pratique relevant de l'article 32 de la Convention dans le cadre du Comité de rédaction.

43. M. MURPHY dit que la proposition du Rapporteur spécial de retirer certains projets de conclusion et d'en renvoyer d'autres au Comité de rédaction constitue une manière raisonnable de procéder. Si la Commission n'a pas pour pratique de se livrer à un débat de fond au stade actuel, compte tenu des déclarations de M. Kamto et de M. Hmoud, il souhaite soulever une question sur laquelle le Rapporteur spécial pourra vouloir réfléchir lors de la reformulation du projet de conclusion 12. S'il peut en effet dans une certaine mesure admettre que la réaction des États à une décision d'un organe conventionnel d'experts, telle que reflétée dans une résolution de l'Assemblée générale, puisse constituer un accord ultérieur des États au sujet de l'interprétation, M. Murphy continue d'éprouver beaucoup de difficultés à considérer que la décision d'un organe conventionnel d'experts reflète ou traduit elle-même l'accord des États. La réponse du Rapporteur spécial à ses observations concernant la réaction des États-Unis au projet d'observation générale n° 33 du Comité des droits de l'homme montre que la difficulté d'accès aux déclarations des États fait qu'il est très difficile de savoir à coup sûr si ceux-ci sont d'accord avec une décision d'un organe d'experts ou si cette dernière reflète leurs vues.

44. Le PRÉSIDENT dit qu'il a pris note du retrait du paragraphe 3 révisé du projet de conclusion 4 et du projet de conclusion 13. Il a également pris note du fait que le Rapporteur spécial souhaitait rendre compte dans les commentaires des propositions faites par M. Forteau et M. Šturma sur le projet de conclusion 13.

45. Il dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer les projets de conclusions 1 a et 12 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

Protection de l'atmosphère (suite) [A/CN.4/689, partie II, sect. A, A/CN.4/692, A/CN.4/L.875]

[Point 8 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

46. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à reprendre l'examen du troisième rapport sur la protection de l'atmosphère (A/CN.4/692).

47. M. MURASE (Rapporteur spécial) indique, s'agissant des différences existant entre le texte des projets de directive contenus dans le corps de son troisième rapport et dans l'annexe de celui-ci, qu'elles sont dues au fait que c'est la version antérieure des projets de directive qui a été reproduite par erreur dans l'annexe. Il a demandé qu'une version corrigée du rapport soit publiée. Dans l'intervalle, les membres ne doivent pas tenir compte des projets de directive figurant dans l'annexe.

48. M. HMOUD dit que les débats de la Sixième Commission indiquent que les États ont de manière générale réagi positivement à la manière dont la Commission envisageait le sujet sur la base des conditions fixées en 2013²²². Bien que quelques États demeurent sceptiques, l'approche adoptée par la Commission et qui vise à concilier l'intérêt qu'a la communauté internationale à protéger l'atmosphère et la nécessité de ne pas empiéter sur les négociations politiques ou les régimes conventionnels existants est la bonne.

49. Quant à la proposition du Rapporteur spécial visant à introduire la notion de «préoccupation commune de l'humanité», l'orateur considère que ni le débat de la Sixième Commission ni le fait que cette notion figure dans le préambule de l'Accord de Paris de 2015 se rapportant à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques justifient un amendement du préambule adopté par le Comité de rédaction à la session précédente. À la Sixième Commission, la plupart des délégations ont souscrit à la proposition de remplacer l'expression «préoccupation commune de l'humanité» par «préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale». Il est naturel que la notion de préoccupation commune de l'humanité figure dans l'Accord de Paris, car elle reflète la terminologie utilisée dans le préambule de la Convention-cadre elle-même. Le fait que la portée des travaux de la Commission sur le sujet – la protection de l'atmosphère – soit plus large que le champ d'application

de l'Accord de Paris – les changements climatiques – rend également la comparaison inappropriée. La relation entre la notion de préoccupation commune de l'humanité et la protection de l'atmosphère n'a pas de fondement en droit international général et retenir cette notion aurait des conséquences juridiques importantes en ce qu'elle risquerait de donner naissance à des obligations *erga omnes*. L'orateur dit qu'il entretient également des réserves au sujet de l'intention du Rapporteur spécial d'envisager les questions de la mise en œuvre et du respect des directives dans des rapports futurs, car cela donne à penser que l'on peut considérer la nature juridique de la protection de l'atmosphère comme étant *erga omnes*. L'inclusion de ces questions et de celle du règlement des différends dans le champ du sujet serait incompatible avec les conditions fixées en 2013.

50. Cela dit, M. Hmoud convient que les projets de directive doivent reposer sur une obligation générale de protéger l'atmosphère et, à cet égard, se félicite de la reformulation de ce qui est maintenant le projet de directive 3. Il rappelle qu'au cours du débat de l'année précédente il avait souligné qu'il importait de déterminer le contenu juridique de tous les aspects de cette obligation allant au-delà du principe de droit coutumier *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Il se félicite donc que le Rapporteur spécial ait expliqué les conséquences juridiques découlant de l'obligation de protéger l'atmosphère en termes de pollution atmosphérique transfrontière et de dégradation atmosphérique.

51. Il convient qu'en droit international l'obligation de protéger l'atmosphère comprend une obligation de prévenir la pollution atmosphérique transfrontière, attestée par la jurisprudence, à commencer par la sentence rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, et énoncée dans des traités et d'autres instruments, comme la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement²²³ (Déclaration de Stockholm) et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement²²⁴ (Déclaration de Rio). Un État doit, dans la limite de ses capacités, faire tout ce qui est raisonnable et nécessaire pour prévenir la pollution transfrontière à partir du moment où il sait que les activités concernées risquent de causer un dommage. S'il ne mène pas l'étude d'impact sur l'environnement nécessaire et qu'un dommage se produit, il sera responsable d'avoir manqué à son obligation de diligence. Le Rapporteur spécial n'explique pas dans son troisième rapport s'il existe des normes internationales minimales pour mesurer la diligence s'agissant de prévenir les dommages transfrontières; il semble raisonnable de conclure que le degré de diligence est fondé sur les meilleurs moyens dont dispose l'État.

52. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial relève la tendance à substituer au critère de preuve rigoureux de dommages établis «de façon claire et convaincante», appliqué dans l'arbitrage de la *Fonderie de Trail*,

²²³ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.73.II.A.14), première partie, chap. I.

²²⁴ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

²²² Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 83, par. 168.

le critère plus souple de probabilité la plus forte. Bien qu'il puisse effectivement y avoir des arguments en faveur d'un assouplissement du critère de preuve, ceux qui sont avancés à cet égard dans le troisième rapport ne sont pas convaincants. La question de la charge de la preuve devant un tribunal dans le cadre d'un différend découlant d'un dommage transfrontière est une question totalement différente. Ce qui est pertinent en ce qui concerne l'obligation de diligence est de savoir si l'État était conscient de la possibilité d'un dommage transfrontière significatif et s'il disposait de la preuve pour agir afin de prévenir le dommage. Cette preuve est nécessaire pour faire naître son obligation ; il ne s'agit donc pas d'une question procédurale relevant de l'instance judiciaire ou arbitrale.

53. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial donne des exemples de décisions judiciaires concernant la juridiction *de jure* et *de facto* d'un État sur un territoire ou une zone en tant qu'élément de la détermination de l'obligation de cet État de prendre des mesures préventives. Or l'atmosphère n'est pas une zone, et, en conséquence, même si l'État a l'obligation de prévenir la pollution atmosphérique transfrontière au-delà de sa juridiction territoriale, il ne semble pas exister à sa charge d'obligation de droit international général de prendre des mesures préventives hors de son territoire ou des territoires ou zones relevant de sa juridiction ou son contrôle. Néanmoins, l'objectif étant de renforcer la protection de l'atmosphère, l'idée que toutes les activités menées sous le contrôle ou la juridiction de l'État doivent faire l'objet de mesures préventives peut être avancée *de lege ferenda*.

54. En ce qui concerne le projet de directive 3 *a*, M. Hmoud continue de penser que l'obligation de droit international pertinente est de prendre des mesures de diligence pour prévenir la pollution atmosphérique transfrontière ; la pollution limitée au territoire de l'État ne relève donc pas du sujet.

55. Concernant le deuxième aspect de l'obligation de protection, à savoir l'obligation de réduire au minimum le risque de dégradation atmosphérique mondiale, dans la mesure où cette obligation est liée à l'environnement, et compte tenu du fait que l'air fait partie de l'environnement, il est légitime de supposer que le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* peut s'appliquer à la dégradation atmosphérique, au moins en relation avec les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone. La jurisprudence, y compris l'affaire des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (*Argentine c. Uruguay*), les principes pertinents énoncés dans la Déclaration de Stockholm et la Déclaration de Rio et l'évolution conventionnelle récente confirment que l'obligation de ne pas causer de dégradation atmosphérique est en voie d'incorporation au droit international général. La Commission ne doit pas, en ce qui concerne la dégradation atmosphérique, faire reposer l'application du principe *sic utere tuo* sur une proposition non étayée attribuant d'une manière ou d'une autre à ce principe des effets *erga omnes* ou ceux d'une *actio popularis*. De fait, elle doit déterminer le contenu des obligations de l'État du point de vue de la protection de l'atmosphère contre la dégradation, à la lumière des règles du droit international en vigueur. Le paragraphe 39 du troisième rapport vise les mesures de précaution en tant qu'obligations incorporées

dans les conventions pertinentes, mais il ne donne pas d'exemples du type de mesures qui peuvent être prises pour réduire au minimum le risque de dégradation atmosphérique. Le Rapporteur spécial devrait réexaminer la question avant d'en traiter dans le projet de directive 3. Comme le principe de précaution est exclu du champ des travaux sur le sujet, le projet de directive 3 doit à cet égard être formulé prudemment.

56. L'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement, qui fait l'objet du projet de directive 4, est une obligation procédurale et non une obligation de fond et, concernant le dommage environnemental transfrontière, semble exister en droit international général, comme on peut le déduire de ce qu'a dit la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay et l'affaire concernant la Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (*Nicaragua c. Costa Rica*) ainsi que de la pratique des États, des régimes conventionnels sectoriels et régionaux pertinents et des instruments de droit souple, comme la Déclaration de Rio. Toutefois, s'il est établi qu'une telle obligation existe en relation avec le dommage environnemental transfrontière lorsque l'activité risque d'avoir des effets significatifs, on ne peut en dire de même de la dégradation atmosphérique en tant que telle. De plus, le Rapporteur spécial n'indique pas clairement pourquoi l'obligation prévue dans le projet de directive 4 est celle de prendre des mesures pour faire procéder à une étude d'impact sur l'environnement afin de prévenir, d'atténuer et de maîtriser les causes et effets de la pollution atmosphérique. Si ces éléments découlent du principe de précaution, il convient de les omettre. M. Hmoud appuie le principe énoncé dans le projet de directive 4, mais il pense que l'obligation doit être liée à la perspective ou à la possibilité que l'activité cause un dommage environnemental important.

57. En ce qui concerne le projet de directive 5, il pense avec le Rapporteur spécial que l'atmosphère est une ressource limitée aux capacités d'assimilation limitées. Concilier développement économique et protection de l'atmosphère peut constituer un objectif de politique générale mais n'est pas une obligation en droit international positif. S'il convient effectivement de prévoir l'utilisation durable de l'atmosphère de manière progressive et non contraignante, le commentaire devra expliquer le contenu de l'objectif en question pour que la directive puisse être adoptée. Quant au paragraphe 2 du projet de directive 5, concilier développement économique et protection de l'environnement ne devrait pas être présenté comme une prescription du droit international, car la notion d'utilisation durable est elle-même de caractère progressif.

58. S'agissant du projet de directive 6, bien que le Rapporteur spécial examine en détail dans son troisième rapport le principe d'équité en droit international, y compris en renvoyant à des traités et des décisions judiciaires, il n'indique aucune symétrie susceptible d'être appliquée pour déduire le contenu de la notion d'utilisation équitable de l'atmosphère. Dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, l'équité est associée à la protection et au principe de responsabilités communes mais différenciées – par opposition à des droits – alors que dans les décisions judiciaires elle est

généralement invoquée pour régler les différends frontaliers. Les dispositions relatives à l'utilisation équitable qui figurent dans les articles sur le droit des aquifères transfrontières²²⁵ et la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, de 1997, concernent les droits des États de l'aquifère et des États riverains, respectivement. M. Hmoud attend avec intérêt du Rapporteur spécial qu'il fournisse davantage d'explications sur la manière dont peut être déduit le contenu du projet de directive 6.

59. Pour ce qui est du projet de directive 7, relatif à la géo-ingénierie, il ressort du troisième rapport et des discussions récentes avec des scientifiques qu'il existe une incertitude considérable quant aux conséquences des modifications de l'atmosphère. M. Hmoud préférerait donc que l'on envisage la question d'un point de vue de politique générale et que le projet de directive propose des mesures au lieu d'énoncer un principe juridique qui relève du principe de précaution.

60. En conclusion, M. Hmoud recommande de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 3, 4, 5 et 7 ainsi que l'alinéa proposé pour le préambule.

61. M. TLADI dit que, d'une manière générale, il approuve la teneur des projets de directive proposés, qui devraient être renvoyés au Comité de rédaction. Bien qu'estimant que ces projets de directive doivent être modifiés dans leur forme, il ne fera pas au stade actuel de propositions spécifiques à cet égard.

62. Il indique que le projet de directive 7 le laisse quelque peu perplexe. Il ne s'oppose pas à ce qu'il soit renvoyé au Comité de rédaction mais il craint que la Commission ne s'aventure dans des domaines qu'elle n'est pas en mesure de traiter de manière appropriée. Bien qu'il juge le troisième rapport généralement satisfaisant, M. Tladi estime très insatisfaisant le traitement réservé au principe de précaution et au principe des responsabilités communes mais différenciées. Quant à la notion de préoccupation commune de l'humanité, le fait qu'elle figure dans le préambule de l'Accord de Paris montre clairement que les États ne l'ont pas abandonnée. Il appuie donc la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission réexamine sa décision de la remplacer par l'expression assez lourde «préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale». La substitution pourrait être faite à la session en cours. Quant à l'observation de M. Hmoud sur ce point, ce n'est pas parce que la notion de préoccupation commune de l'humanité figurait dans la Convention-cadre qu'elle a été automatiquement insérée dans l'Accord de Paris; après tout, elle n'est pas utilisée dans le Protocole de Kyoto, et c'est précisément parce que cette notion n'a pas été mentionnée depuis 1992 que la Commission a décidé d'adopter une autre formule.

63. Se référant au paragraphe 9 du troisième rapport, M. Tladi fait observer que les objectifs de développement

durable²²⁶ visent à tirer parti de l'acquis des objectifs du Millénaire pour le développement²²⁷, non à remplacer ces derniers comme le porte à croire ce paragraphe. Les objectifs du Millénaire pour le développement demeurent donc pertinents, même dans le cadre du nouveau régime.

64. Notant que, en réponse aux préoccupations exprimées par certains membres, le Rapporteur spécial propose de faire une distinction entre deux dimensions de la protection de l'atmosphère – la pollution atmosphérique transfrontière et la dégradation atmosphérique mondiale –, M. Tladi se demande si cette distinction est reflétée comme il convient. Aux termes de l'alinéa *b* du projet de directive 1, on entend par «pollution atmosphérique» l'émission ou le rejet dans l'atmosphère de substances contribuant à des effets nocifs «qui s'étendent au-delà de l'État d'origine», alors que l'alinéa *c* du même projet de directive définit la «dégradation atmosphérique» comme l'altération des «conditions atmosphériques»²²⁸. Selon la déclaration faite par le Président du Comité de rédaction à la session précédente, la dégradation atmosphérique s'entend d'un phénomène mondial et non transfrontière²²⁹. De même, le paragraphe 6 du commentaire du projet de directive 1 indique que par pollution atmosphérique on entend la pollution atmosphérique transfrontière et que la dégradation atmosphérique vise les problèmes atmosphériques mondiaux²³⁰. Cela ne ressort pas clairement du texte lui-même mais, de toute façon, cette distinction est largement dénuée de conséquences.

65. Le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* en illustre bien la futilité. Il semblerait que l'une de ses conséquences serait que ce principe ne s'applique qu'aux États voisins. De fait, aux termes du paragraphe 14 du troisième rapport, «le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* a valeur de règle du droit international coutumier, applicable aux rapports entre tel État et tel autre "État adjacent" avec lequel il a une frontière territoriale commune», mais sa portée a été étendue «aux relations de causes à effets [...] entre l'État d'origine et les États touchés». En bref, pour M. Tladi, ce principe ne s'applique pas à l'indivis mondial ou espaces ne relevant de la juridiction d'aucun État, ni à la dégradation mondiale de l'environnement. Or rien dans la décision rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, ni dans aucune des sources citées, ne justifie une telle limitation. De fait, la Déclaration de Rio prévoit expressément l'application du principe au-delà de la juridiction nationale. De la même manière, l'article 117 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer impose aux États l'obligation de prendre des mesures pour assurer la conservation par leurs nationaux des ressources biologiques de la haute mer. Ce qui est particulièrement étrange en ce qui concerne le traitement du principe *sic utere tuo* est que le paragraphe 38 du troisième rapport confirme que ce principe s'applique également au niveau mondial.

²²⁶ Résolution 70/1 de l'Assemblée générale, en date du 25 septembre 2015.

²²⁷ Voir la Déclaration du Millénaire, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 55/2 du 8 septembre 2000.

²²⁸ *Annuaire... 2015*, vol. II (2^e partie), p. 21 (projet de directive 1).

²²⁹ *Ibid.*, vol. I, 3260^e séance, p. 127, par. 7.

²³⁰ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 22.

²²⁵ Résolution 63/124 de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 2008, annexe. Le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 21 et suiv., par. 53 et 54.

66. Illustrant également la futilité de la distinction, l'alinéa *a* du projet de directive 3 s'applique à la pollution atmosphérique alors que l'alinéa *b* s'applique à la dégradation atmosphérique; l'obligation première, énoncée dans le chapeau, s'applique à l'une et à l'autre. Toutefois, en ce qui concerne la pollution atmosphérique, il existe une obligation de diligence, ce qui ne semble pas être le cas pour la dégradation atmosphérique. En outre, les mesures de prévention de la pollution atmosphérique doivent être prises conformément aux règles applicables du droit international tandis que celles visant à prévenir la dégradation atmosphérique doivent l'être conformément aux conventions applicables. Rien dans le troisième rapport n'évoque la distinction faite en ce qui concerne la diligence requise, que ce soit expressément ou par implication nécessaire. Aux termes du paragraphe 17, en droit de l'environnement le principe de prévention repose sur la notion de diligence requise; comme l'obligation de prévention concerne tant la dégradation que la pollution, des mesures de diligence doivent être adoptées dans un cas comme dans l'autre. La distinction entre le droit international et les conventions applicables est encore plus étonnante parce qu'elle donnerait presque à penser que les conventions ne font pas partie du droit international. Si le Rapporteur spécial veut dire que l'obligation d'adopter des mesures contre la pollution atmosphérique relève du droit international coutumier tandis que celle d'adopter des mesures contre la dégradation atmosphérique ne relève que du droit conventionnel, rien dans le troisième rapport ne justifie cette conclusion. On peut supposer qu'elle repose sur la conclusion énoncée précédemment en ce qui concerne l'application limitée du principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*; mais rien dans le rapport ne justifie une interprétation aussi étroite. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a donné une interprétation plus large à ce principe. Quoi qu'il en soit, l'expression «conformément au droit international» suffirait à rendre l'idée.

67. M. Tladi doute également de la dichotomie présentée au paragraphe 15 du troisième rapport, à savoir que le principe de prévention consiste en deux obligations distinctes: la première, celle de prévenir avant qu'une pollution ou dégradation n'intervienne effectivement, et la seconde, celle d'éliminer et d'atténuer les dommages et d'indemniser les victimes. Que cette seconde obligation fasse partie de l'obligation principale n'est pas évident; il semble s'agir d'une obligation secondaire découlant du manquement à l'obligation primaire de prévention. C'est assurément le cas pour ce qui est de l'indemnisation. Bien que la Commission puisse très bien concevoir une obligation d'atténuer la pollution ou la dégradation potentielles de l'atmosphère, il n'y a pas de raison que cette obligation s'applique après qu'elles se sont déjà produites. En d'autres termes, M. Tladi estime que l'obligation d'atténuer n'est pas similaire à l'obligation de remettre en état.

68. Le seul texte cité dans le troisième rapport à l'appui de la double nature de l'obligation de prévention est la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, de 1997; or, même dans cette convention, il est clair que l'obligation d'atténuer et d'éliminer et, éventuellement,

d'indemniser, est une obligation secondaire découlant de l'obligation primaire et non une obligation autonome distincte. On peut présumer qu'en l'absence de manquement à l'obligation primaire, il n'y a pas d'obligation d'indemnisation.

69. L'obligation d'atténuer est étroitement liée aux règles relatives aux évaluations d'impact et à la prévisibilité, dont les meilleurs exemples sont fournis par les politiques opérationnelles de la Banque mondiale. Dans le cadre de ces politiques, lorsqu'une évaluation de l'impact sur l'environnement révèle un risque de dommage important, il existe une obligation d'atténuer ce risque, par exemple en procédant à des ajustements du programme d'activités. Cette obligation demeure toutefois une obligation primaire applicable avant qu'un dommage n'intervienne. L'obligation qui naît après la dégradation ou la pollution semble être de caractère secondaire et découler du manquement à l'obligation primaire de prévention.

70. M. Tladi a également des doutes en ce qui concerne le traitement réservé dans le troisième rapport à l'obligation de diligence, décrite tantôt comme l'obligation «d'apporter toute son activité [...] dans les limites de ses moyens», tantôt comme l'obligation de «prendre toutes les mesures voulues pour contrôler, limiter, réduire ou prévenir toutes activités humaines» et de «faire tout ce qui est son pouvoir pour ne pas causer d'effets nocifs». Le Rapporteur spécial n'explique pas si ces normes sont équivalentes ni pourquoi l'expression *appropriate measures*, qui semble renvoyer à une norme différente de toutes les autres, est utilisée dans le texte anglais du projet de directive 3.

71. On voit mal pourquoi le troisième rapport contient une analyse détaillée de la charge de la preuve puisque, à juste titre pour M. Tladi, aucun des projets de directive ne semble concerner cette notion. Le paragraphe 28 du rapport donne à penser que le principe de précaution peut opérer un renversement de la charge de la preuve. Or, comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice, le principe de précaution n'a pas pour effet de renverser la charge de la preuve. Il importe de comprendre que la jurisprudence citée dans le rapport concerne des différends factuels et que la Cour a simplement appliqué sa propre approche à l'établissement des faits. Le raisonnement de la Cour dans ces affaires ne visait pas à contribuer à l'énoncé de règles, principes ou directives sur des questions touchant l'environnement ou l'atmosphère.

72. Si M. Tladi juge utile l'analyse du principe de précaution figurant dans le troisième rapport, il ne souscrit pas à la conclusion selon laquelle il ne faut pas viser ce principe dans le projet de directives parce que la Cour ne l'a pas reconnu comme faisant partie du droit international coutumier. La Commission ne devrait pas utiliser ce critère pour déterminer si tel ou tel élément doit figurer dans ses textes. Comme le Rapporteur spécial n'a pas procédé à une analyse qualitative de la pratique, y compris, par exemple, l'avis consultatif du Tribunal international du droit de la mer sur les *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, visé au paragraphe 25 du troisième rapport, ou des innombrables résolutions, traités et actes relatifs à ces traités et résolutions qui auraient pu être

pris en considération pour étayer une détermination concluante quant au statut du principe de précaution, il n'est pas approprié de dire que c'est parce qu'il n'est pas fondé en droit ou dans la doctrine que ce principe n'est pas visé dans le projet de directives. Cela dit, cela ne signifie pas que la Commission doive inclure une directive sur le principe de précaution. À l'évidence, les conditions fixées en 2013 l'empêchent de le faire. M. Tladi s'oppose toutefois à la conclusion non étayée du rapport selon laquelle le droit international coutumier ne reconnaît pas ce principe. Il rappelle que les conditions en question indiquaient expressément qu'elles étaient sans préjudice de questions telles que le principe de précaution. Il est regrettable que le traitement de ce principe par le Rapporteur spécial soit l'exemple même d'un parti pris, et M. Tladi tient à ce qu'il soit pris acte de son profond désaccord.

73. Il souscrit par contre dans une large mesure à l'analyse, certes quelque peu conservatrice, que fait le Rapporteur spécial de l'obligation de mener une étude d'impact sur l'environnement. La Cour internationale de Justice a effectivement jugé, dans son arrêt sur les *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, que le droit international coutumier imposait une obligation de mener une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsqu'une activité risquait d'avoir des effets transfrontières ; incidemment, il n'y a aucune raison pour qu'une telle obligation ne s'applique pas également dans le contexte des effets mondiaux potentiels. Toutefois, la Cour n'a pas accueilli l'argument avancé par l'Argentine concernant la qualité et les conséquences d'une telle évaluation. En d'autres termes, elle n'a pas admis que le droit international prescrivait les éléments que devait comprendre une évaluation de l'impact sur l'environnement ni les conséquences d'une telle évaluation. Les lignes directrices de la Banque mondiale sur les évaluations d'impact sur l'environnement en disposent différemment, qui recensent à la fois les éléments et les conséquences de ces évaluations, y compris la réorientation de l'activité proposée.

74. Le projet de directives dans son ensemble gagnerait à ce que le projet de directive 4 mentionne le principe invoqué dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* en tant que règle du droit international coutumier puis, en termes plus concrets, énumère les éléments d'une évaluation effective d'impact sur l'environnement et ses conséquences ou les mesures qu'elle oblige à prendre. Ce dernier point devra être énoncé avec soin pour éviter de donner l'impression que ces éléments eux-mêmes font partie du droit international coutumier. En adoptant une telle approche, on distinguerait clairement entre les éléments des directives qui relèvent du droit coutumier et ceux qui n'en relèvent pas. Par exemple, M. Tladi approuve la mention, dans le projet de directive 4, de la transparence et de la participation de la population en ce qui concerne les évaluations d'impact environnemental, mais le rapport ne la justifie pas comme étant dictée par le droit. Or il serait utile que le projet de directives permette aux États de donner effet au principe de droit international coutumier relatif à l'obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement, y compris les règles relatives à la participation de la population et à la transparence.

75. S'agissant de l'utilisation durable de l'atmosphère, M. Tladi dit qu'il hésite à assimiler le rendement constant maximal au développement durable ; il est remarquable à cet égard que les rédacteurs de l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs aient abandonné cette notion en faveur du principe de précaution. De plus, même dans la résolution que l'Assemblée générale adopte chaque année sur les océans et le droit de la mer et qui est axée sur la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la notion de rendement constant maximal est largement marginalisée.

76. L'orateur se félicite que le troisième rapport mentionne les principes de l'égalité intergénérationnelle et intragénérationnelle. Il est regrettable que le même traitement n'ait pas été accordé au principe des responsabilités communes mais différenciées. S'il comprend que tout comme le principe de précaution ce principe ne soit pas énoncé dans le projet de directives eu égard aux conditions convenues en 2013, il désapprouve vigoureusement le paragraphe 83 du rapport qui donne à penser qu'il ne l'a pas été parce qu'il ne fait pas partie du droit international. Il n'est tout simplement pas vrai que la clause « sans préjudice » soit ambiguë. De plus, l'affirmation selon laquelle le principe des responsabilités communes mais différenciées ne fait pas partie du droit international est sans fondement et aucun effort n'est fait dans le rapport pour l'étayer. Pratiquement tous les instruments contemporains de droit international adoptés depuis la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, tenue en 1992 à Rio de Janeiro (Brésil), reflètent d'une manière ou d'une autre le principe des responsabilités communes mais différenciées – qu'ils le mentionnent expressément, par la création de responsabilités différenciées, ou qu'ils établissent un lien entre l'exécution d'obligations concernant les pays en développement et les transferts de technologie et financiers.

77. M. Tladi dit qu'il est particulièrement perplexe face à l'affirmation, au paragraphe 81 du troisième rapport, qu'il n'est plus question – vraisemblablement dans l'Accord de Paris de 2015 – de la notion de responsabilités communes mais différenciées. Or le paragraphe 2 de l'article 2 de cet accord indique clairement que cette notion ou, plus exactement, ce principe, fait partie du droit des Nations Unies en matière de changements climatiques. De même, et cela est peut-être plus important s'agissant de lui donner effet, le paragraphe 3 de l'article 4 de l'Accord vise les responsabilités communes mais différenciées des États parties. Si le Rapporteur spécial, lorsqu'il affirme qu'il y a une régression dans l'application de la notion, veut dire que tous les États ont pris des engagements dans le cadre de l'Accord de Paris alors que le Protocole de Kyoto ne prévoit pas pour les États en développement d'engagements quantifiés pour les émissions et les réductions, c'est seulement parce que l'Accord de Paris lui-même est une régression. Après tout, aucun État ne prend d'engagements contraignants dans le cadre de cet accord ; ce sont les États eux-mêmes qui doivent prendre des engagements. Aucune différenciation n'est donc possible à cet égard.

78. Il n'est pas évident que la géo-ingénierie doit être envisagée dans le projet de directives, ne serait-ce que parce que la Commission n'est pas compétente dans ce domaine. Elle devrait, dans le cadre de ses travaux sur le sujet, énoncer de larges principes, étayés par des directives concrètes quant à la manière pour les États de donner effet à ces principes. Les principes en question, à la différence des directives, doivent refléter des règles de droit et les questions spécifiques, comme celle de la géo-ingénierie, doivent être envisagées dans le cadre de l'application des projets de directive. En d'autres termes, on peut présumer que toute activité de géo-ingénierie sera assujettie à l'obligation de mener une étude d'impact environnemental – et aux directives qui seront élaborées à cet égard – et à l'obligation de ne pas causer de pollution ou de dégradation atmosphériques énoncée dans le projet de directive 4. À cet égard, une disposition distincte sur la géo-ingénierie n'est pas nécessaire et risque même d'être dangereuse.

79. L'orateur appuie le renvoi au Comité de rédaction du quatrième alinéa du préambule et des projets de directives 3 à 6 ; il souscrit en outre à la proposition tendant à ce que le projet de directive 5 provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-septième session²³¹ devienne le projet de directive 8, l'ensemble des projets de directive étant renumérotés en conséquence. Il indique que même s'il ne fera pas obstacle au consensus, il n'est pas favorable au renvoi du projet de directive 7 au Comité de rédaction.

80. M. MURPHY, soulignant les graves préoccupations exprimées par des États Membres durant le débat sur le sujet à la Sixième Commission, dit que la Commission s'est efforcée d'éviter ce type de problèmes dès le départ en convenant de certaines conditions en 2013 et en incorporant des éléments de celles-ci dans le préambule²³² et dans le projet de directive 2²³³. Étant donné la position prise ultérieurement par les États Membres en faveur de ces conditions, il est regrettable qu'une nouvelle fois le rapport sur le sujet s'en écarte. Alors qu'elles stipulent que les travaux sur le sujet ne porteront pas sur le principe de précaution, les paragraphes 28 et 39 du rapport à l'examen en traitent expressément. De plus, le Rapporteur spécial affirme, dans la dernière note de bas de page du paragraphe 39, qu'il a été convenu que l'on pourrait envisager l'approche de précaution dans le projet de directives, alors que rien de tel n'a jamais été convenu et qu'aucun accord sur ce point ne ressort des conditions adoptées en 2013. De plus, aucune notion de précaution n'est sous-entendue dans le projet de directive 3, et dire qu'elle l'est dans le commentaire des projets de directive reviendrait à méconnaître les conditions susvisées.

81. De même, bien que les conditions convenues en 2013 stipulent que les travaux sur le sujet ne porteront pas sur les responsabilités communes mais différenciées, celles-ci sont expressément visées aux paragraphes 71, 72, 79 et 81 à 83 du rapport à l'examen. En outre, les références à cette notion ne sont pas fortuites : le Rapporteur spécial entend en interpréter le sens de manière assez approfondie, précisément pour s'y référer dans les

projets de directive, en particulier dans le préambule et en ce qui concerne le principe d'équité. Il est particulièrement troublant qu'au paragraphe 83 de son troisième rapport le Rapporteur spécial argue que l'expression « mais seraient aussi sans préjudice de » a été incluse dans les conditions de 2013 pour que la notion de responsabilités communes mais différenciées puisse être envisagée dans le projet de directives ; cette affirmation déforme ces conditions et devrait être corrigée. À défaut, les rapports futurs risquent de traiter de questions qui ont été exclues par ces conditions.

82. Aux termes des conditions de 2013, les travaux sur le sujet ne doivent pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques ; or le paragraphe 82 du rapport à l'examen indique que l'Accord de Paris récemment conclu marque un certain recul en ce qu'il impose l'obligation à tous les États, et pas seulement aux États développés, de mettre au point des contributions déterminées au niveau national. De telles affirmations sont précisément ce que la Commission voulait éviter lorsqu'elle a adopté ses conditions en 2013 ; de fait, il est contreproductif de critiquer l'Accord de Paris, qui est le résultat d'une mise en balance prudente et à certains égards fragile des intérêts en présence, en particulier au moment où les États doivent décider s'ils le ratifient ou non.

83. M. Murphy dit qu'il n'est pas favorable au renvoi du quatrième alinéa du préambule au Comité de rédaction et qu'il espère que le Rapporteur spécial n'insistera pas pour en conserver la teneur dans le projet de directives. De plus, souligner « la nécessité de prendre en considération la situation particulière des pays en développement » n'est pas en phase avec les activités actuellement menées pour faire face à la dégradation atmosphérique. Tous les États sont maintenant considérés comme devant contribuer à la solution des problèmes aussi complexes que les changements climatiques. Si le projet d'alinéa devait être renvoyé au Comité de rédaction, celui-ci devrait en axer le texte non sur « la situation particulière des pays en développement » mais sur une reconnaissance plus neutre et moins typologique de « la situation nationale et des capacités économiques des États ». L'orateur dit qu'il n'est pas favorable à la proposition faite récemment par le Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission revienne sur la formule qu'elle a adoptée à sa soixante-septième session en ce qui concerne la « préoccupation commune de l'humanité ». L'Accord de Paris n'étaye pas l'idée que la protection de l'atmosphère – le contexte du projet d'alinéa du préambule actuellement à l'examen – est une préoccupation commune de l'humanité. Comme l'a souligné M. Hmoud, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et l'Accord de Paris portent uniquement sur les changements climatiques.

84. Le projet de directive 3 souffre d'une ambiguïté structurelle : on voit mal si l'obligation très large énoncée dans le chapeau va au-delà des obligations énoncées aux alinéas *a* et *b*, ou si ceux-ci expriment la totalité de l'obligation générale. Dans le premier cas, il conviendrait d'expliquer le champ d'application complet de l'obligation énoncée dans le chapeau ; dans le second, le chapeau devrait se terminer par des mots tels que « comme indiqué ci-après : », de manière à le rattacher directement

²³¹ Ibid., p. 25 (projet de directive 5).

²³² Ibid., p. 19.

²³³ Ibid., p. 24.

aux alinéas qui suivent. Mais il est plus important que la Commission tienne compte de ce que sont ses intentions pour les directives. Rappelant que le Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission²³⁴, que le Rapporteur spécial a récemment invoqué comme modèle pour le sujet à l'examen, ne contient pas d'indications sous forme d'obligations mais une série de propositions visant à éclairer les États, M. Murphy dit que les projets de directive sur la protection de l'atmosphère ont été rédigés comme des diktats à l'intention des États et donc sur un ton tout à fait différent. Ainsi, si l'on renvoie le projet de directive 3 au Comité de rédaction, il doit être reformulé; ses deux alinéas pourraient par exemple être libellés comme suit: «Le droit international coutumier dispose que les États doivent prendre les mesures de diligence voulues pour prévenir la pollution atmosphérique» et «Conformément aux conventions applicables, les États conviennent de mesures appropriées pour réduire au minimum le risque de dégradation atmosphérique». L'objectif de la Commission, lorsqu'elle énonce de telles directives, doit être d'encourager les États à adopter certains comportements, et non de leur donner des ordres, en particulier des ordres ne reposant sur aucun traité, aucun principe ni aucune règle de droit relatifs à l'atmosphère.

85. Le projet de directive 4 souffre du même problème général de ton et d'approche que le projet de directive 3. De plus, il s'écarte de la terminologie généralement utilisée dans les principales affaires concernant les évaluations de l'impact sur l'environnement. De surcroît, la plus grande partie de son libellé n'est pas claire. Par exemple, la deuxième phrase pourrait être interprétée, en ce qui concerne la transparence, comme exigeant d'un État qu'il autorise d'autres États et les nationaux d'autres États à participer à ses activités d'évaluation de l'impact sur l'environnement qui n'ont pas de dimension transnationale, une proposition manifestement sans fondement en droit international. Si l'on juge qu'un tel projet de directive est nécessaire, son libellé doit être calqué sur celui de précédents bien établis. En s'inspirant par exemple du texte de l'arrêt rendu dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, on pourrait le rédiger comme suit: «Le droit international coutumier dispose qu'un État doit procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsqu'il existe un risque qu'une de ses activités ait un impact préjudiciable important causant une pollution ou une dégradation atmosphériques dans un contexte transfrontière».

86. Les projets de directives 5 et 6 marquent une amélioration quant au ton et au style par rapport aux projets de directives 3 et 4, en particulier parce qu'ils utilisent, dans leur texte anglais, l'auxiliaire *should* et non des expressions telles que «ont l'obligation de». Leur teneur appelle néanmoins des réserves. Par exemple, le troisième rapport ne contient pas d'analyse étayant la mention dans le projet de directive 5 de la nature limitée de l'atmosphère. Bien que l'atmosphère soit actuellement plus polluée que jadis et contienne davantage de gaz à effet de serre, elle demeure ce qu'elle a toujours été – une enveloppe gazeuse

entourant la Terre et à peu près de la même taille que celle-ci. Comme telle, l'atmosphère peut être considérée comme une ressource renouvelable, comparable à l'eau, au vent et à l'énergie solaire. Si le projet de directive 5 vise à dire qu'une pollution excessive de l'atmosphère changera sa composition gazeuse, cela est certes exact mais ne signifie pas que l'atmosphère elle-même a une nature limitée. Si par contre on veut dire que l'absorption d'une quantité excessive de gaz à effet de serre dans l'atmosphère entraînera des changements climatiques catastrophiques, cela aussi est exact, mais là encore n'implique pas que l'atmosphère a une nature limitée.

87. La notion singulière d'utilisation durable visée dans le projet de directive 5 n'est pas étayée par les traités, la jurisprudence ni la pratique générale. Elle semble être inspirée par la notion de développement durable mais, dans le présent contexte, semble presque faire de l'atmosphère un produit de base. De fait, l'emploi de l'expression «utilisation durable» semble représenter l'atmosphère comme une sorte de réserve de gaz ou de pétrole que la Commission compte que les États exploiteront, voire les encourage à exploiter, alors même que dans le présent contexte il s'agirait d'une pollution ou d'une dégradation de l'atmosphère. Comme la Commission ne souhaite pas que les États se livrent à des activités polluantes, M. Murphy est très réservé quant à l'invocation de la notion novatrice d'utilisation durable.

88. Notant que le projet de directive 6 vise l'utilisation de l'atmosphère sur la base d'un «principe d'équité» non défini, M. Murphy souligne que le mot «équité» a des significations radicalement différentes pour différents acteurs, en particulier s'agissant de la protection de l'atmosphère. Il voit toujours mal pourquoi un tel principe est mentionné dans le cadre des travaux de la Commission sur le sujet. En ce qui concerne les trois catégories d'équité existant en droit international – l'équité *infra legem*, l'équité *praeter legem* et l'équité *contra legem* – il estime que, notwithstanding l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle l'équité *contra legem* doit être écartée comme étant inappropriée, le projet de directive 6 ne dit rien de tel. En outre, la signification exacte du terme «équité» aux fins du projet de directives et son lien avec les notions de justice distributive et de responsabilités communes mais différenciées ne sont pas clairs. La référence à l'«équité» signifie-t-elle, par exemple, que les États riches doivent allouer des ressources aux États qui le sont moins lorsqu'ils utilisent l'atmosphère? Signifie-t-elle que des charges devraient être imposées aux États riches par ceux qui le sont moins? Étant donné son manque de clarté, il serait peu judicieux de formuler un tel principe sans en expliquer le sens exact. Il serait également utile de déterminer comment ce principe concerne l'Accord de Paris récemment conclu, qui a été largement applaudi précisément parce qu'il visait à imposer des charges à tous les États. Ses auteurs ont délibérément évité, dans son dispositif, toutes références générales à un principe d'équité en faveur de formules plus concrètes adaptées aux problèmes particuliers se posant. De fait, aucun des instruments conventionnels cités par le Rapporteur spécial aux paragraphes 72 à 74 de son troisième rapport ne mentionne un «principe d'équité». Ce qui se rapproche le plus d'un tel principe se trouve dans les traités qui visent l'utilisation «raisonnable et équitable» d'une ressource

²³⁴ Les directives constituant le Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission et les commentaires y afférents sont reproduits dans *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 23 et suiv. Voir aussi la résolution 68/111 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 2013, annexe.

partagée, comme le fait le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation²³⁵ adopté par la Commission en 1994 et devenu une convention éponyme. Peut-être pourrait-on donc, dans le projet de directive 6, remplacer les mots «selon le principe d'équité» par une expression telle que «de manière raisonnable et équitable».

89. Le fait que le projet de directive 7, relatif à la géo-ingénierie, ne semble pas être adressé aux États mais à quiconque mène de telles activités soulève des questions de structure. De plus, ce projet de directive ne définit pas les activités de géo-ingénierie. Rappelant que certains membres se sont exprimés avec vigueur en faveur d'une définition du terme «atmosphère», M. Murphy dit que la nécessité d'une définition de l'expression «activités de géo-ingénierie» semble encore plus justifiée. Même si une définition étroite était mise au point aux fins des travaux de la Commission, il se demande s'il est opportun que celle-ci déclare que, d'une manière générale, elle appuie ces activités. Comme indiqué dans le troisième rapport, la géo-ingénierie progresse rapidement et des États, des scientifiques et des groupes écologistes demandent à ce que les activités de géo-ingénierie soient totalement interdites, ce pour deux raisons : premièrement, parce que la manipulation sur une grande échelle de l'environnement planétaire risque d'être extrêmement dangereuse et, deuxièmement, parce que promouvoir la géo-ingénierie risque de compromettre les efforts déployés pour réduire les émissions de gaz à effet de serre, les États faisant porter leurs efforts sur des méthodes novatrices de séquestration du carbone et non sur l'élimination des émissions de carbone. M. Murphy pense donc comme M. Tladi que le projet de directive 7 ne devrait pas être renvoyé au Comité de rédaction.

90. En ce qui concerne la poursuite des travaux de la Commission sur le sujet, il propose que, si la première lecture est prévue pour 2018, la seconde lecture ait lieu en 2020, conformément à la pratique générale de la Commission, pour laisser aux États suffisamment de temps pour réagir aux projets de directive.

91. M. KITTICHAISAREE propose que le Rapporteur spécial puisse commenter les déclarations faites par les membres de la Commission avant la fin du débat de la Commission sur le sujet.

92. M. TLADI dit que chaque membre a le droit de faire une déclaration sur le sujet et qu'il serait inapproprié de préempter le débat de la Commission.

93. Il appuie l'observation de M. Murphy selon laquelle la Commission ne doit pas donner l'impression que des instruments déjà adoptés, comme la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, n'imposent pas d'obligations à une certaine catégorie d'États. De fait, ces instruments créent bien des obligations à la charge de ces derniers, mais des obligations d'une nature différente. De même, dans l'Accord de Paris, c'est la nature des obligations qui s'imposent aux divers États qui est différente : la notion de responsabilités communes mais différenciées est prise en compte lorsque les États fixent leurs engagements déterminés au niveau national.

94. Le PRÉSIDENT dit que la Commission prend ses décisions par consensus. Il ne peut donc la contraindre à prendre telle ou telle direction, pas plus qu'il ne peut préempter les contributions des membres au débat.

Organisation des travaux de la session (*suite*^{*})

[Point 1 de l'ordre du jour]

95. M. ŠTURMA (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction sur le sujet des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités est composé de M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Kolodkin, M. McRae, M. Murphy, M. Vázquez-Bermúdez et Sir Michael Wood, ainsi que de M. Nolte (Rapporteur spécial) et de M. Park (Rapporteur), membre de droit.

La séance est levée à 13 h 5.

3308^e SÉANCE

Mercredi 1^{er} juin 2016, à 10 heures

Président : M. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

Puis : Georg NOLTE (Vice-Président)

Présents : M. Al-Marri, M. Candioti, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Kolodkin, M. Laraba, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Protection de l'atmosphère (*suite*) [A/CN.4/689, partie II, sect. A, A/CN.4/692, A/CN.4/L.875]

[Point 8 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du troisième rapport sur la protection de l'atmosphère (A/CN.4/692).

2. M. PARK remercie le Rapporteur spécial pour la présentation de son troisième rapport et lui sait gré d'avoir organisé, le 4 mai 2016, une deuxième réunion avec des scientifiques qui a permis aux membres d'en savoir plus sur la protection de l'atmosphère et d'en comprendre les fondements scientifiques. À titre de remarques liminaires, il note que, conformément au programme de travail détaillé au paragraphe 79 du deuxième rapport²³⁶, le

^{*} Reprise des débats de la 3304^e séance.

²³⁶ Voir *Annuaire...* 2015, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/681, p. 191.

²³⁵ *Annuaire...* 1994, vol. II (2^e partie), p. 94 et suiv., par. 222.