

Provisoire

**Réservé aux participants**

15 janvier 2025

Français

Original : anglais

---

**Commission du droit international**  
**Soixante-quinzième session (Seconde partie)**

**Compte rendu analytique provisoire de la 3684<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 17 juillet 2024, à 10 heures

**Sommaire**

Les accords internationaux juridiquement non contraignants (*suite*)

---

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section française de traduction ([trad\\_sec\\_fra@un.org](mailto:trad_sec_fra@un.org)).



**Présents :**

*Président :* M. Paparinskis (premier Vice-Président)

*Membres :* M. Akande  
M. Argüello Gómez  
M. Asada  
M. Fathalla  
M. Fife  
M. Forteau  
M. Galindo  
M<sup>me</sup> Galvão Teles  
M. Jalloh  
M. Laraba  
M. Lee  
M<sup>me</sup> Mangklatanakul  
M. Mavroyiannis  
M. Nesi  
M. Nguyen  
M<sup>me</sup> Okowa  
M<sup>me</sup> Orosan  
M. Ouazzani Chahdi  
M. Oyarzábal  
M. Patel  
M<sup>me</sup> Ridings  
M. Ruda Santolaria  
M. Sall  
M. Savadogo

**Secrétariat :**

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

*En l'absence de M. Vázquez-Bermúdez, M. Paporinskis, premier Vice-Président, prend la présidence.*

*La séance est ouverte à 10 h 5.*

**Les accords internationaux juridiquement non contraignants (point 9 de l'ordre du jour) (suite) (A/CN.4/772)**

M<sup>me</sup> Mangklatanakul dit que le premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet des accords internationaux juridiquement non contraignants est bien structuré et complet. Le sujet est hautement pertinent et utile pour les États et pour les conseillers juridiques quotidiennement appelés à donner des avis sur la question. Quelque 70 % des demandes d'avis juridiques que M<sup>me</sup> Mangklatanakul recevait lorsqu'elle était directrice générale du Département des traités et des affaires juridiques de la Thaïlande émanaient d'organismes thaïlandais et concernaient des accords juridiquement non contraignants, et cette situation ne semble pas propre au pays. Compte tenu de la pertinence et de l'utilité concrètes des travaux sur le sujet, il faudra pour qu'ils soient fructueux que la Commission accorde toute l'attention voulue à la pratique des États en se tenant à une solide discipline académique et en maintenant un équilibre prudent entre la clarté et la souplesse, celle-ci étant un des principaux avantages des accords juridiquement non contraignants.

Les accords internationaux sont depuis longtemps un outil essentiel à la conduite des relations extérieures des États, auxquels ils offrent un cadre de collaboration. Ils traitent de l'ensemble des questions relatives aux relations internationales, notamment la sécurité et des affaires économiques et sociales. Les États choisissent soigneusement et délibérément le type d'accords qu'ils concluent en fonction du niveau d'engagement qu'ils souhaitent prendre. Les traités représentent évidemment le niveau d'engagement le plus élevé en ce qu'ils font naître des droits et des obligations juridiques. Les accords juridiquement non contraignants, par contre, font naître des engagements politiques, dont le niveau diffère en fonction du type de support choisi pour leur donner corps ; ainsi, le niveau d'engagement exprimé par une déclaration conjointe de chefs de gouvernement est beaucoup plus élevé que celui exprimé par un procès-verbal adopté par un groupe de travail ministériel. Compte tenu de la diversité des méthodes auxquelles les États ont recours pour conduire leurs relations internationales, la Commission devait s'abstenir de créer de nouvelles règles susceptibles de limiter la souplesse offerte par les accords moins formels et de restreindre l'utilité de ces accords. M<sup>me</sup> Mangklatanakul trouve donc rassurant que le Rapporteur spécial indique expressément que l'objectif des travaux de la Commission n'est pas de créer de nouvelles règles susceptibles de transformer la nature de ces accords, et elle est favorable à sa proposition tendant à ce que la Commission se concentre sur les aspects pratiques du sujet.

S'agissant du matériel à examiner, comme d'autres membres de la Commission, M<sup>me</sup> Mangklatanakul est d'accord avec le Rapporteur spécial que la pratique examinée devra être suffisamment représentative des différentes régions du monde et des différents systèmes juridiques ainsi que des différentes formes que peuvent prendre les accords non contraignants et des diverses difficultés juridiques qu'ils peuvent faire naître et considère que différentes pratiques étatiques, notamment celles des États d'Asie et d'Afrique, doivent être prises en compte. De nombreux États, dont la Thaïlande, ont adopté des manuels ou des lignes directrices internes concernant la conclusion d'accords juridiquement contraignants et d'accords juridiquement non contraignants qui peuvent être particulièrement utiles pour connaître leurs vues et leurs pratiques. La pratique d'organisations régionales telles que l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), qui a adopté en 2023 des règles de procédure pour la conclusion d'accords juridiquement non contraignants, pourrait également être utile. Recueillir des données d'expérience sur l'adoption et l'application de manuels de ce type dans différents États et différentes régions du monde pourrait aussi grandement aider à circonscrire les problèmes pratiques à examiner dans le cadre des travaux de la Commission. Pour ces raisons, M<sup>me</sup> Mangklatanakul appuie pleinement la suggestion du Rapporteur spécial de recenser et d'étudier les manuels et les lignes directrices de ce type.

S'agissant de la terminologie et du champ du sujet, le Rapporteur spécial avance plusieurs raisons pour justifier l'emploi du terme « accord » dans l'intitulé malgré la proposition de plusieurs États de le remplacer par un autre comme « instrument ». Des États ont émis des réserves quant à l'utilisation du terme « accord », mais ce n'est pas, comme on

pourrait le supposer, parce qu'ils pensent qu'il est exclusivement réservé aux accords contraignants ou implique nécessairement une intention de créer un instrument juridiquement contraignant. De fait, les conseillers juridiques des États sont bien conscients que l'intitulé d'un document n'est pas un facteur déterminant de son statut juridique. Selon M<sup>me</sup> Mangklatanakul, les États qui ont émis des réserves l'ont principalement fait parce que, dans leur pratique quotidienne, ils conseillent aux organismes publics de donner aux documents qu'ils adoptent des intitulés ne laissant planer aucun doute, même infime, sur leur statut juridique.

Dans de nombreux pays, y compris la Thaïlande, il est conseillé aux organismes publics de ne pas employer l'équivalent des termes « *agree* » et « *agreement* » dans des documents censés être juridiquement non contraignants au risque que ces mots soient interprétés à tort comme indiquant que l'intention des parties était autre. Cette prudence n'est pas infondée, le mot « *agreement* » (« accord ») étant défini, dans le *Oxford English Dictionary*, comme désignant entre autres « *a contract duly executed and legally binding* » (un contrat dûment établi et juridiquement contraignant). On comprend donc que de nombreux États préfèrent employer d'autres termes que « accord ». Si elle ne tient pas compte de leurs préférences expresses, la Commission devra fournir aux États des explications claires et détaillées pour justifier ses choix, d'autant qu'elle a employé la formule « instruments non contraignants » dans ses travaux antérieurs. M<sup>me</sup> Mangklatanakul soulève ce point non pas pour convaincre le Rapporteur spécial de revenir sur les termes retenus, mais plutôt pour souligner l'importance d'écouter les États, à qui les travaux de la Commission sont destinés, et de dûment répondre à leurs interrogations. À ce stade préliminaire de l'examen du sujet, M<sup>me</sup> Mangklatanakul est disposée à accepter le terme proposé par le Rapporteur spécial sous réserve que, comme indiqué au paragraphe 95 du rapport, l'utilisation du terme générique « accord » soit sans préjudice de la nature et des effets des accords examinés et des choix terminologiques que certains États peuvent adopter pour orienter leur propre pratique.

M<sup>me</sup> Mangklatanakul était initialement favorable à l'utilisation du terme « accord » pour des raisons tenant au champ qu'elle considère comme approprié pour le sujet. Elle pense, comme M. Asada et M. Patel, qu'étendre ce champ aux actes unilatéraux aurait pour effet de multiplier à l'excès le nombre de documents à examiner et de faire perdre de vue l'essentiel. Les actes unilatéraux soulevant des questions différentes, on peut raisonnablement les exclure. Dans un souci de clarté et de simplicité, les accords tacites et oraux devraient également être exclus. À supposer que les actes unilatéraux soient exclus du champ du sujet, l'emploi du terme « accord » indiquerait clairement que le champ est limité aux situations dans lesquelles il y a rencontre des volontés des parties concernées. S'agissant des actes adoptés par des organisations internationales, M<sup>me</sup> Mangklatanakul pense comme M. Asada que tous n'ont pas nécessairement un caractère unilatéral et qu'il n'y a donc pas lieu de les exclure catégoriquement. Il faudrait plutôt examiner les circonstances entourant l'adoption d'un acte donné – en particulier le processus de négociation et l'exigence d'un consentement de la part des membres de l'organisation – pour déterminer si l'acte en question traduit une rencontre de volontés. Il faudrait également prendre en considération les actes adoptés par les conférences intergouvernementales qui ne sont pas dotées d'une personnalité juridique propre, qui sont par leur nature encore moins susceptibles d'être unilatéraux.

S'agissant des trois grandes catégories de questions méritant d'être examinées par la Commission qui sont recensées dans le rapport, M<sup>me</sup> Mangklatanakul convient que, comme plusieurs États l'ont dit à la Sixième Commission, il faudrait s'attacher à définir un ensemble de critères permettant de distinguer les instruments juridiquement non contraignants des traités. Il est essentiel de s'intéresser à la portée de ce type de critères au stade préliminaire des travaux. L'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) serait à cet égard un bon point de départ, le terme « traité » y étant défini comme « un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ». Deux conditions établies dans cette définition sont particulièrement importantes pour faire la distinction entre traités et accords juridiquement non contraignants. Chacune est déterminante et pourrait rendre inutile l'examen de l'intention des parties de créer un accord juridiquement contraignant.

La première de ces conditions est que les parties à l'accord soient des sujets de droit international. Nombre d'accords internationaux juridiquement non contraignants étant négociés et conclus entre des organisations, des institutions et des organismes publics, par exemple des ministères, il y aurait une grande utilité pratique à discuter de la manière de déterminer l'identité des véritables parties à un accord. Un accord international conclu entre des organismes publics en leur nom propre plutôt qu'en tant que représentants ou agents de leur État ou de leur gouvernement respectif ne peut pas être un traité, car les organismes de ce type ne possèdent pas la personnalité juridique internationale et n'ont par conséquent pas la capacité juridique, au regard du droit international, de conclure des traités. C'est en cela que la question de l'identité des parties est déterminante : s'il s'avère que les parties ne sont pas des sujets de droit international, il n'y a pas lieu d'examiner si elles ont eu l'intention de créer des obligations juridiques internationales.

Compte tenu de ce qui précède, la Commission devrait examiner quels sont les facteurs qui peuvent servir à déterminer si un accord international est réellement un accord conclu entre organismes publics. Les accords, qu'ils soient ou non juridiquement contraignants, comportent généralement une définition des termes « partie » ou « participant » et, dans l'emplacement réservé à la signature, une mention de l'entité pour le compte de laquelle les signataires agissent. En Thaïlande, lorsqu'un accord a vocation à être un traité, la pratique veut habituellement que « partie » désigne les gouvernements des parties et qu'il soit indiqué dans l'emplacement réservé à la signature que les signataires agissent « pour le compte de » leur gouvernement respectif. Dans le cas d'un accord juridiquement non contraignant, par contre, les termes « partie » ou « participant » désignent dans bien des cas les organismes publics qui négocient le traité et il est donc indiqué dans l'emplacement réservé à la signature que les signataires agissent « pour le compte de » ces organismes. Cela suffit-il à dire que l'accord est réellement un accord conclu entre organismes publics, ou bien faut-il prendre d'autres facteurs en considération ? Par exemple, pourrait-on ne pas tenir compte de ces termes si chacun des organismes publics concernés avaient transmis l'accord au gouvernement compétent pour approbation préalablement à sa conclusion ?

La deuxième condition essentielle qui ressort de la définition du traité est que l'accord doit être « régi par le droit international ». Selon le commentaire du projet d'article 2 de la Convention de Vienne de 1969, l'expression « régi par le droit international » est utilisée pour distinguer les accords internationaux régis par le droit international public de ceux qui, bien que conclus entre États, sont régis par les dispositions du droit interne de l'une des parties (ou d'un autre système de droit interne choisi par les parties). La Commission devrait donc aussi examiner les facteurs à prendre en compte pour déterminer le droit applicable à un accord, en particulier dans les cas où l'accord ne comporte pas de clause à ce sujet. Par exemple, si l'accord comprend une clause de règlement des différends prévoyant que ceux-ci doivent être portés devant les juridictions nationales de l'une des parties, cela suffit-il à établir que l'accord n'est pas régi par le droit international ?

Quant à la question de l'approche à adopter pour déterminer si les parties ont l'intention de créer un accord juridiquement contraignant, M<sup>me</sup> Mangklatanakul est d'accord avec le Rapporteur spécial et M. Galindo que l'approche qui consiste à utiliser des indices objectifs pour établir l'intention des parties est la plus convaincante. Cette approche est conforme à la pratique de la Thaïlande et de la plupart des nombreux partenaires avec lesquels le pays a conclu des accords, qui veillent tous, lorsqu'ils décident des termes à employer, des types de clauses à inclure et de la forme à donner à l'accord, à ce que leurs intentions quant au caractère juridiquement contraignant du texte soient dûment reflétées. La Thaïlande et, a priori, ses partenaires partent du principe que les indications objectives de leur intention, prises dans leur ensemble, suffisent à déterminer si l'accord en question doit ou non être considéré comme un traité. M<sup>me</sup> Mangklatanakul attend avec intérêt que le Rapporteur spécial explique en détail le raisonnement qui l'a amené à conclure que cette approche reflétait la pratique et la jurisprudence actuelles.

En ce qui concerne la deuxième des trois grandes catégories recensées par le Rapporteur spécial, à savoir le régime des instruments non contraignants, M<sup>me</sup> Mangklatanakul se contentera de dire qu'elle ne souscrit pas à l'argument du Rapporteur spécial selon lequel une clause finale qui précise que l'accord qu'elle conclut n'est pas juridiquement contraignant doit, par définition, avoir un certain effet juridique. L'effet d'une

telle clause réside dans sa valeur probante en tant qu'expression claire de l'intention commune des parties de ne pas donner de force juridiquement contraignante à l'accord. Le fait que la clause n'ait pas en soi de force juridiquement contraignante ne l'empêche pas d'apporter la preuve de l'intention des parties au moment où elles ont conclu l'accord.

S'agissant des effets juridiques potentiels des accords juridiquement non contraignants, M<sup>me</sup> Mangklatanakul souhaite soulever une question terminologique importante. Il faudrait préciser d'emblée que, par leur nature et comme leur nom l'indique, les accords juridiquement non contraignants ne créent ni ne peuvent créer d'obligations juridiquement contraignantes. Ils ne sont pas une source du droit international. Comme indiqué au paragraphe 136 du rapport, lorsque les États ont recours à un tel accord, leur intention est précisément que le non-respect de ses dispositions n'engage pas leur responsabilité. Le Rapporteur spécial emploie le terme « effet juridique » au sens le plus large, l'étendant au rôle bien établi que jouent les accords juridiquement non contraignants aux fins de l'interprétation des accords juridiquement contraignants. Néanmoins, pour certains praticiens, l'utilisation du terme « effet juridique » pourrait quand même prêter à confusion, ce terme pouvant être considéré comme allant de pair avec des obligations juridiquement contraignantes. Pour éviter toute confusion, M<sup>me</sup> Mangklatanakul propose d'utiliser le terme « implications juridiques » au lieu de « effets juridiques ».

Il faut impérativement retenir que les États ont souvent recours aux accords internationaux juridiquement non contraignants non pas pour des raisons juridiques, mais pour des raisons politiques. Comme l'a dit M. Zagaynov, les sujets des relations internationales sont souvent réticents à contracter des obligations juridiques et nombre d'États recourent délibérément aux accords juridiquement non contraignants précisément parce qu'ils considèrent que ces accords sont dépourvus d'effets juridiques, bien qu'ils aient conscience qu'ils ont certaines implications juridiques, surtout pour l'interprétation et la détermination du droit international coutumier. Ces États trouveraient à la fois surprenant et inquiétant que la Commission suggère que pareils accords ont en fait des effets juridiques dont ils n'ont pas connaissance. C'est pourquoi la question des implications juridiques potentielles des accords internationaux juridiquement non contraignants doit être traitée avec la plus grande prudence.

S'agissant de la forme à donner au résultat des travaux sur le sujet, M<sup>me</sup> Mangklatanakul appuie, comme plusieurs autres membres, la proposition du Rapporteur spécial de formuler des projets de conclusion ayant une forme similaire à celle des conclusions de la Commission sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités. Des projets de conclusion contribueraient à clarifier l'état actuel du droit international sans préjuger de la pratique des États. Les États continueront probablement d'innover et d'adapter leurs pratiques aux nouvelles réalités et circonstances et la Commission doit donc faire tout son possible pour ne pas restreindre involontairement la souplesse offerte par les accords moins formels et leur potentiel d'évolution.

**M. Jalloh** dit que le premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet « Les accords internationaux juridiquement non contraignants » est très complet et met en évidence les principales questions qui se posent. Il salue en particulier la souplesse dont a fait preuve le Rapporteur spécial, son inclination à solliciter l'avis des membres de la Commission sur la marche à suivre et son souci de s'appuyer sur un ensemble représentatif de matériaux provenant de diverses régions du monde et rédigés dans différentes langues. La collecte de matériaux représentatifs aux fins de l'élaboration de rapports n'étant pas chose facile, il faudra que tous les membres de la Commission y contribuent afin de garantir que les éléments recensés sont suffisamment divers et représentatifs des régions, langues et systèmes juridiques du monde.

M. Jalloh nourrissait au départ des doutes quant à la décision du Rapporteur spécial de présenter un rapport préliminaire sans formuler de propositions de texte concrètes, mais le riche débat qui a eu lieu en plénière l'a convaincu du bien-fondé de la décision d'exposer la base conceptuelle sur laquelle repose l'examen du sujet par la Commission avant de proposer des textes. Il ne préconiserait pas cette approche pour tous les sujets examinés par la Commission mais, dans le cas présent, il appuie l'idée de commencer par une discussion générale dans l'optique de mieux définir l'orientation à donner aux travaux, le champ du sujet, les questions à traiter et la forme à donner au résultat final. La pratique consistant à

établir un rapport préliminaire sans proposer de textes pour examen par le Comité de rédaction est en tout état de cause bien établie au sein de la Commission.

Le sujet des accords internationaux juridiquement non contraignants a une importance particulière à une époque où l'intérêt décroissant des États pour les traités en tant que mode principal d'élaboration du droit à l'échelle mondiale entraîne une utilisation accrue des instruments de « droit souple » pour régir les relations internationales contemporaines. Les accords juridiquement non contraignants conclus entre États font partie du droit international depuis longtemps, comme le montrent largement les débats menés par la Commission à la fin des années 1950, mais l'augmentation exponentielle du recours à ces accords – qui pourrait ou non faire d'eux du droit souple, comme l'a soulevé M. Fathallah à la séance précédente – fait qu'ils contribuent encore plus à façonner les relations interétatiques modernes. Ce changement perceptible dans la pratique a donné aux États et aux autres acteurs du droit international une plus grande souplesse dans l'application et l'adaptation de telles ou telles normes et règles à diverses situations dans lesquelles il est question d'obligations et d'engagements non contraignants au niveau international.

En réponse à l'évolution des besoins des États, la Commission s'est implicitement écartée de sa tendance à élaborer des projets d'article destinés à servir de base à des instruments de droit contraignant comme les conventions et a préféré établir des textes de forme plus souple intitulés projets de directive, projets de principe ou projets de conclusion. Il ne faudrait pas toutefois que ce changement se fasse au détriment de sa contribution continue à la codification du droit international. La Commission n'a pas encore adopté une approche unique convenant à tout l'éventail de résultats auxquels ses travaux peuvent donner lieu et il ressort clairement de sa pratique de longue date qu'elle peut adopter différentes formes de textes ayant différents degrés de force contraignante, certains comprenant des obligations de droit contraignant et des obligations de droit non contraignant. Elle pourrait bien rencontrer des problèmes de ce type lorsqu'elle cherchera, dans le cadre du sujet à l'examen, à faire la distinction entre dispositions contraignantes et dispositions non contraignantes, y compris au sein d'un même instrument.

L'importance et la pertinence du sujet, soulignées par certains États à la Sixième Commission, ressortent aussi de la jurisprudence de plus en plus abondante des juridictions internationales sur la question. Parmi les exemples pertinents, on peut citer les arrêts rendus par la Cour internationale de Justice en 1994 dans l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, en 2017 dans l'affaire relative à la *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)* et en 2018 dans l'affaire relative à l'*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*. Le Tribunal international du droit de la mer a lui aussi été amené à se prononcer sur le caractère contraignant ou non de dispositions et d'articles figurant dans des accords internationaux, par exemple dans l'arrêt qu'il a rendu en 2012 en l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*.

Le fait que nombre de pays ont adopté des lignes directrices sur les accords non contraignants et que d'autres organismes de codification comparables ont publié, sous des intitulés certes différents, des travaux portant sur le même sujet vient encore confirmer l'importance du sujet. Plusieurs des membres de la Commission qui se sont exprimés sur ce point à la session en cours ont appelé l'attention sur l'important travail effectué sur le sujet par des organismes tels que l'Institut de droit international et, plus récemment, le Comité juridique interaméricain ainsi que sur les travaux que menait le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe. La Commission devrait tenir dûment compte de ces travaux tout en gardant toujours à l'esprit son mandat universel et la valeur ajoutée que pourraient avoir ses travaux sur le sujet.

Les travaux de la Commission sur le sujet devraient être d'ordre pratique et venir clarifier la nature, le régime et les effets juridiques potentiels des accords juridiquement non contraignants à la lumière d'une analyse minutieuse de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine. Le Rapporteur spécial pourrait toutefois, dans ses rapports, s'intéresser à certaines des questions conceptuelles ou théoriques les plus importantes que le sujet soulève. S'il n'est pas nécessaire de se plonger dans la théorie juridique, formuler des considérations théoriques à partir des nombreux travaux consacrés aux accords juridiquement non contraignants et au droit souple rendrait l'approche du sujet plus claire et plus cohérente et

permettrait à la Commission d'être mieux préparée à traiter les questions pratiques sur lesquelles elle devra se concentrer l'année suivante lors du débat sur le deuxième rapport. Si elle a une approche purement pratique – sans véritablement se référer à l'abondante doctrine théorique traitant de questions complexes telles que la distinction entre le juridique et le non-juridique et entre le droit contraignant et le droit non contraignant et la question des différents degrés de normativité juridique au sein de chacune de ces catégories –, la Commission risque de ne voir que les arbres qui cachent la forêt que représente le sujet complexe de l'intersection du droit international et des relations internationales.

La Commission devrait se garder de priver les États de la souplesse et de la liberté dont ils disposent pour choisir les types d'accords contraignants ou non contraignants qu'ils souhaitent conclure. Ses travaux devraient venir compléter les pratiques étatiques et non leur porter atteinte ou les fragiliser. Sur un point connexe, M. Jalloh est tout à fait d'accord pour dire qu'il faut éviter de brouiller la distinction entre accords juridiquement non contraignants et accords juridiquement contraignants, voire de remettre en question la différence entre droit contraignant et droit non contraignant ou de créer *de lege ferenda* des règles encadrant ou limitant le recours à ces accords. L'utilité des travaux de la Commission sur le sujet se mesurera non pas au nombre de projets de conclusion ou de projets de directive qu'elle aura élaborés, mais à la mesure dans laquelle elle aura réussi à clarifier exactement les circonstances dans lesquelles les accords internationaux juridiquement non contraignants peuvent relever du droit international.

Dans l'ensemble, le premier rapport du Rapporteur spécial est clair, mais, sur le plan de la structure, il aurait mieux valu que sa seconde moitié traite des questions de fond avant d'aborder les questions terminologiques. M. Jalloh était initialement convaincu par les arguments du Rapporteur spécial en faveur du maintien de l'intitulé « Les accords internationaux juridiquement non contraignants », mais constate qu'à la Sixième Commission, de nombreux États ont exprimé une préférence, fondée sur leur pratique, pour des termes tels que « instruments » ou « arrangements ». On ne saurait justifier le maintien de l'intitulé actuel par des éventuelles difficultés de traduction. M. Jalloh est d'accord avec les membres qui ont proposé d'employer la formule « accords non contraignants » ou, pour bien souligner la dimension de droit international du sujet, « accords internationaux non contraignants » ou encore « accords non contraignants au regard du droit international », cette dernière solution ayant sa préférence.

Comme indiqué au paragraphe 91 du premier rapport, la portée du sujet est intimement liée à l'intitulé et à la terminologie employée. M. Jalloh est d'accord avec les observations que formule le Rapporteur spécial au paragraphe 100 du rapport, à savoir que la Commission devrait limiter la portée du sujet aux « accords dans lesquels les États ont entendu prendre un engagement (quand bien même il serait juridiquement non contraignant) » et se concentrer sur la « zone grise » des accords qui ne sont pas des traités mais qui s'en rapprochent à un point tel qu'il devient nécessaire de trouver comment les distinguer des traités et d'en déterminer les effets juridiques possibles. On exclurait donc ce qui fait la diplomatie au quotidien, c'est-à-dire les « documents ou communications » par lesquels les États, individuellement ou conjointement, énoncent des faits ou des positions ou prennent des « mesures purement opérationnelles ».

En outre, M. Jalloh est d'accord avec le Rapporteur spécial que « le degré de formalisme de l'accord [considéré] ne limite pas le champ » du sujet, qui devrait couvrir tous les accords écrits, qu'ils s'intitulent déclaration, mémorandum d'accord, code de conduite ou autrement et qu'ils soient consignés dans un instrument unique ou dans plusieurs instruments.

Comme l'ont dit d'autres membres de la Commission, il faudrait exclure du champ du sujet les accords oraux ou tacites ainsi que les coutumes bilatérales ou régionales, qui soulèvent des questions distinctes, mais inclure les accords conclus entre États, entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. Il faudrait également inclure les arrangements interinstitutionnels, qui sont des accords conclus entre entités infra-étatiques de différents pays, mais uniquement dans la mesure où ils soulèvent des questions de droit international public. Il ne faudrait pas inclure les actes adoptés dans le cadre de conférences intergouvernementales.



Les accords conclus entre États et personnes privées pourraient soulever d'autres questions qui, dans une certaine mesure, leur sont propres et il faut donc faire preuve de prudence à leur égard, mais la pratique montre qu'ils soulèvent parfois des questions importantes de droit international public, en conséquence de quoi la Commission pourrait vouloir fournir des éclaircissements à leur sujet. Par exemple, dans le contexte de différents conflits survenus dans diverses régions du monde, la question du caractère contraignant ou non de divers accords conclus par des gouvernements au cours de négociations de cessez-le-feu menées avec des mouvements rebelles ou insurrectionnels ou des gouvernements de facto a soulevé des questions particulières. Parmi les accords en question, on peut citer l'Accord pour un règlement politique global du conflit au Cambodge du 23 octobre 1991, signé par 19 États participants à la Conférence de Paris sur le Cambodge, d'une part, et par le Parti khmer rouge, d'autre part, le Protocole de Lusaka du 15 novembre 1994, signé par le Gouvernement angolais et l'Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola (UNITA), et l'Accord de paix de 1999 entre le Gouvernement de Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni de Sierra Leone.

Les accords susmentionnés concernaient tous la fin de guerres civiles, et la question s'est par la suite posée de savoir s'ils constituaient de simples engagements politiques ou moraux ou s'ils étaient des traités internationalisés générant des obligations juridiques contraignantes au regard du droit international. Leur non-respect, le plus souvent par la partie rebelle, a ultérieurement conduit le Conseil de sécurité à invoquer le Chapitre VI de la Charte des Nations Unies, relatif au règlement pacifique des différends, ou le Chapitre VII, relatif à l'action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression, qui, prévoyant la sanction des parties récalcitrantes, est très clair quant à la nature juridique de pareils accords.

Dans le cas de la Sierra Leone, comme suite à la conclusion de l'Accord de 2002 entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la Sierra Leone relatif à la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone chargé de juger les personnes portant la plus lourde part de responsabilité des crimes commis pendant la guerre, deux accusés, Morris Kallon et Ibrahim Kamara, ont contesté la compétence du Tribunal pour les juger au motif que, par l'Accord de paix de Lomé, de 1999, la Sierra Leone leur avait accordé une amnistie générale les absolvant de tous les crimes commis pendant la guerre. Dans un arrêt important rendu le 13 mars 2004, la Chambre d'appel du Tribunal a jugé que l'accord conclu entre le Gouvernement sierra-léonais et le Front révolutionnaire uni n'était ni un traité ni un accord de nature conventionnelle. Elle a considéré que les droits et obligations créés par cet accord devaient être régis par les lois sierra-léonaises plutôt que par le droit international. Partant, la question de savoir si l'Accord de paix de Lomé était contraignant ou non pour le Gouvernement sierra-léonais n'empêchait pas les accusés d'être traduits devant un tribunal international pour répondre des crimes internationaux visés aux articles 2 à 4 du Statut du Tribunal. Cette affaire montre qu'il faut se garder la possibilité d'examiner au moins certains accords entre États et groupes armés non étatiques.

S'agissant du chapitre VIII du premier rapport du Rapporteur spécial, consacré à l'« identification des questions à examiner », M. Jalloh convient que la Commission devrait d'abord établir des critères de distinction entre les traités et les accords internationaux juridiquement non contraignants. Il souscrit en outre à la troisième approche, la plus nuancée, proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 120 de son rapport, qui consiste à utiliser des indices objectifs pour établir l'intention des parties. Si les premières idées formulées au paragraphe 121 du rapport en ce qui concerne les types de critères ou d'indices à utiliser sont pertinentes et utiles, ce ne sont pas des considérations déterminantes pour établir si un accord est contraignant ou non. À cet égard, à ce stade de l'examen du sujet, la Commission souhaitera peut-être s'abstenir de se prononcer sur l'existence d'une hiérarchie entre ces éléments.

M. Jalloh convient en outre que les règles fondamentales du droit international auxquelles il ne peut être dérogé même par voie de traité, telles que les règles de *jus cogens*, limitent de toute évidence la liberté des États de prendre des engagements dans le cadre d'accords internationaux non contraignants. Dans la mesure où pareils accords produisent des effets juridiques – voire, du reste, des effets moraux, politiques ou autres – il serait clairement incompatible avec toute conception cohérente du droit international moderne de

se servir des accords juridiques non contraignants pour autoriser ce qui n'est pas autorisé par les traités.

Une des questions les plus épineuses et les plus délicates est celle des effets juridiques potentiels des accords internationaux juridiquement non contraignants, car elle soulève un large éventail de problèmes, ainsi qu'il est expliqué aux paragraphes 133 à 139 du premier rapport. M. Jalloh est d'accord avec une partie des observations préliminaires du Rapporteur spécial, mais a des doutes quant à certains de ses autres arguments. La Commission devrait redoubler de prudence lorsqu'elle examine ces questions.

S'agissant de la forme à donner au résultat final des travaux sur le sujet, étant donné que les accords non contraignants ne doivent pas être assimilés à des sources de droit international, M. Jalloh pense que la Commission devrait élaborer des directives plutôt que des projets de conclusion, les directives étant, par nature, non contraignantes. De surcroît, il ne pense pas que l'élaboration de clauses modèles serait nécessairement bénéfique vu la grande diversité des accords non contraignants. La Commission devrait garder à l'esprit la possibilité d'inclure dans les futurs projets de directive des recommandations ou des informations sur les meilleures pratiques.

S'agissant du programme de travail futur, les objectifs fixés concernant le premier rapport de fond sur le sujet prévu pour l'année suivante sont clairs et transparents. Toutefois, il aurait été bon que le Rapporteur spécial donne des informations plus détaillées sur la manière dont il envisage les rapports prévus pour 2026 et 2027 et notamment qu'il propose une date pour la première lecture. De telles informations seraient utiles non seulement à la Commission, mais aussi aux États qui participent aux séances de la Sixième Commission.

Le premier rapport du Rapporteur spécial marque une étape importante dans la réflexion sur la question complexe des accords non contraignants dans les relations internationales contemporaines. Les travaux de la Commission sur le sujet devraient viser à apporter aux États et aux organisations internationales la clarté et les orientations dont ils ont tant besoin, ce qui renforcerait la sécurité juridique et rendrait la coopération internationale plus efficace. Dans le même temps, compte tenu de l'abondante pratique des États et des organisations internationales sur la question, la Commission devrait se montrer prudente et mettre davantage l'accent sur la codification que sur le développement progressif du droit international.

**M. Argüello Gómez** dit que, quand bien même son premier rapport est préliminaire, le Rapporteur spécial y présente une étude structurée et exhaustive du sujet qui tient compte du fait que les ambiguïtés constructives sont nécessaires au développement des accords internationaux juridiquement non contraignants. Pour délimiter le champ du sujet, la Commission devrait d'abord définir les accords concernés. Comme le fait observer le Rapporteur spécial, l'accent devrait être mis sur les accords non contraignants qui peuvent être pris pour des accords contraignants, c'est-à-dire ceux qui se trouvent dans la « zone grise » des accords qui ne sont pas des traités, mais qui s'en rapprochent. Concrètement, cela signifie qu'il faut se concentrer sur les accords non contraignants qui rempliraient en principe les conditions pour être considérés comme contraignants si tels étaient l'intention et le but des parties ; d'autres accords, comme ceux conclus par des personnes n'ayant pas une autorité contraignante leur permettant de représenter l'État ou ceux dont les objectifs relèvent clairement du droit interne, ne posent pas de problème particulier.

Bien que le Rapporteur spécial soit d'avis que la formule « accords juridiquement non contraignants » est plus claire que la formule « régi par le droit international » retenue à l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969 et de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, chacun des deux aspects doit être reflété dans la définition du sujet : les accords internationaux qui sont régis par le droit international, mais ne sont pas contraignants. Cette définition met bien l'accent sur la question centrale à examiner, à savoir la distinction entre un accord contraignant et un accord non contraignant qui s'apparente à un traité. Cette question n'est pas nouvelle, l'ambiguïté ayant été introduite intentionnellement dans la définition donnée dans les Conventions de Vienne.

En 1956, dans son premier rapport, le deuxième Rapporteur spécial pour le sujet du droit des traités, Sir Gerald Fitzmaurice, avait défini le traité comme « un accord international

[...] destiné à créer des droits et des obligations ou à établir des rapports régis par le droit international ». Or la Commission n'a finalement retenu que la formule « régis par le droit international », omettant toute référence à la création de droits et d'obligations, ayant semble-t-il considéré que certains traités ne créaient pas de droits et d'obligations.

Dans son rapport, le Rapporteur spécial donne un aperçu très intéressant des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969 consacrés à la définition du terme « traité ». M. Argüello Gómez est d'accord avec la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle ni la Convention de Vienne de 1969 ni la Convention de 1986 « n'ont fixé de critères précis permettant de distinguer les traités des accords ne créant pas de droits ni d'obligations ». Il faudrait donc préciser dès le début des travaux de la Commission que ceux-ci portent sur des accords internationaux entre États qui sont régis par le droit international, et de nature non contraignante.

Dans ses travaux sur le sujet, la Commission devrait tenir compte des éléments qui garantissent la validité des traités en examinant l'application, le cas échéant, des normes énoncées dans la partie V de la Convention de Vienne de 1969. L'appréciation que la Cour internationale de Justice a faite de l'argument selon lequel un accord ne pouvait être contraignant si telles ou telles formalités n'étaient pas respectées montre qu'il faut que les règles soient claires. De fait, dans son arrêt rendu en l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, la Cour a rejeté la position de Bahreïn selon laquelle, pour être contraignant, l'accord entre les deux États aurait dû être approuvé conformément aux règles de la Constitution bahreïnienne. L'accord en question figurait dans un procès-verbal de réunion ; s'il avait pris la forme d'un traité traditionnel, assorti des formalités correspondantes, l'argument avancé par Bahreïn aurait peut-être été accueilli différemment. Cet exemple montre qu'il est important de préciser les aspects formels permettant de faire la distinction entre les différents types d'accords.

Les juristes ne conviennent pas tous que les accords non contraignants sont régis par le droit international. Par exemple, Timothy Meyer, dans *The Oxford Guide to Treaties*, a exprimé le point de vue suivant : « Il faut commencer par se demander pourquoi les accords contraignants et les accords non contraignants doivent être considérés parallèlement. C'est précisément parce que les accords non contraignants ne sont pas juridiquement contraignants en droit international que plusieurs auteurs ont objecté qu'ils ne relèvent en fait pas du tout du droit international. [...] Certains commentateurs craignent que la confusion entre les deux catégories sape l'effet normatif du droit international contraignant. » [traduction non officielle] Ces réflexions reposent toutefois sur différentes définitions qui peuvent être données aux nombreuses règles de droit international et semblent ignorer que même les règles de courtoisie internationale, quoi que non contraignantes, relèvent du domaine du droit. Ces considérations seront examinées au fur et à mesure des travaux de la Commission, qu'elles pourront d'ailleurs faire avancer en ce qu'elles mettent en évidence une des raisons pour lesquelles les représentants des États concluent parfois des accords sans tenir compte de toutes les conséquences possibles : ils pensent que leurs actes ne relèvent pas du droit international.

La question de l'intitulé du sujet et de la définition de la notion d'« accords juridiquement non contraignants » pourrait être examinée et tranchée ultérieurement. La réticence exprimée par certains membres et plusieurs États à l'égard du mot « accord » pourrait justement tenir au fait que le sujet n'a jamais encore été étudié en profondeur. Une fois les travaux de la Commission achevés, il n'y aura plus de confusion possible sur le sens de ce mot qui, comme d'autres, a plusieurs acceptions. Un commentateur du Code civil espagnol a fait remarquer de nombreuses années auparavant que la définition de l'« obligation » donnée dans le Code – « lien juridique » – manquait de clarté parce que le nœud coulant d'un pendu était aussi un lien juridique.

S'agissant des critères à utiliser pour distinguer les traités des accords internationaux juridiquement non contraignants, la question de savoir comment apprécier les intentions des parties ou les indices objectifs de ces intentions et l'éventuelle hiérarchie entre eux devrait assurément être examinée au cours des travaux sur le sujet, mais il n'y a à ce stade pas lieu de formuler d'autres commentaires à cet égard.

Quelques observations méritent toutefois d'être formulées sur l'idée, avancée par des auteurs tels que Jan Klabbers, selon laquelle on pourrait présumer qu'un accord international est un traité en ce sens qu'il contient des droits et des obligations, et qu'il est donc contraignant. Il est extrêmement délicat ne fût-ce que de suggérer à ce stade préliminaire des travaux que la Commission pourrait parvenir à une telle conclusion. La présomption contraire, à savoir que l'accord n'est pas contraignant, aurait autant – ou aussi peu – de fondement juridique, mais serait peut-être plus utile. En tout état de cause, force est de constater qu'il est des situations dans lesquelles la présomption est clairement que l'accord est non contraignant, comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 en l'affaire du *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*. La Commission devrait également examiner dès le début de ses délibérations la question, soulevée au paragraphe 125 du rapport, de savoir si les juridictions disposent du pouvoir de requalifier comme contraignant un accord expressément défini comme non contraignant. Ce serait tout aussi extrême que de dire qu'une juridiction peut modifier les règles de ratification énoncées dans un traité. Le seul fait que ces deux points aient été soulevés dans le premier rapport devrait suffire à inquiéter tout représentant de l'État qui envisage de négocier un accord non contraignant.

Le Rapporteur spécial rejette clairement l'idée que le droit des traités puisse s'appliquer aux accords internationaux juridiquement non contraignants, mais suggère néanmoins qu'il serait acceptable de leur appliquer certaines règles du droit des traités, du moins celles qui s'appliquent à toutes les sources du droit international. De même que la définition du traité dans la Convention de Vienne de 1969 a été formulée en des termes suffisamment larges pour inclure certains traités non contraignants, il n'y a aucune raison d'exclure la possibilité que certaines règles du droit des traités puissent s'appliquer aux accords non contraignants. Par exemple, la question délicate de la capacité d'un représentant de l'État à conclure des accords contraignants, qui relève du droit des traités, est importante pour apprécier les différents types d'accords.

Les arguments d'auteurs comme Anthony Aust, mentionné au paragraphe 131 du rapport, selon lesquels l'application de certaines règles du droit des traités « par analogie est évidemment judicieuse », citation d'inspiration cartésienne, sont préférables à la vision plus baconienne du Rapporteur spécial, qui souhaite limiter les travaux à un simple examen inductif de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes sans recourir à la déduction par analogie.

L'identification des effets potentiels des accords non contraignants devrait être examinée ultérieurement, mais quelques observations préliminaires s'imposent. Comme indiqué au paragraphe 139 du rapport, quand bien même ils n'interviennent qu'en tant que faits, ces accords ont des effets juridiques. On ne peut exclure que des accords qui ne sont pas contraignants en principe puissent créer des effets d'estoppel et d'acquiescement, puisque le silence – ou l'inaction – peuvent produire ces effets.

Se pose en outre la question de l'effet éventuel qu'un accord non contraignant pourrait avoir sur des traités existants. Au paragraphe 132 du rapport, le Rapporteur spécial rappelle qu'en cas de conflit entre un traité et un accord considéré comme non contraignant, c'est le traité qui prévaut. Toutefois, un conflit ne peut survenir que si l'accord considéré comme non contraignant poursuit un objectif nécessairement contraignant ; dans le contexte du sujet, cet objectif serait l'intention que l'accord soit interprété comme un traité, auquel cas c'est ce nouvel accord qui prévaudrait. Dans le cas contraire, il ne pourrait pas y avoir de conflit entre un accord non contraignant et un accord contraignant.

Enfin, M. Argüello Gómez voit mal pourquoi, si les accords contraignants ayant valeur de traité peuvent être oraux, les travaux de la Commission sur les accords non contraignants devraient se limiter aux accords écrits.

La question de la forme à donner au résultat final des travaux devrait être tranchée ultérieurement. Le sujet étant hautement pratique, des projets de conclusions pourraient être la meilleure option.

**M. Fife** dit qu'il peut sembler étrange pour un observateur lambda que la Commission, qui a pour mandat de contribuer à la codification et au développement progressif du droit

international, consacre du temps à l'examen d'accords qui ne sont pas juridiquement contraignants. À première vue, le caractère contraignant est étroitement lié à la notion de droit. Un texte peut effectivement être de nature à produire automatiquement les effets juridiques d'un traité, mais le seul fait de se demander si c'est le cas ne permet pas de déterminer si le texte en question peut avoir des conséquences juridiques en droit international. Dans son premier rapport sur les accords internationaux juridiquement non contraignants, le Rapporteur spécial a démontré de manière efficace et convaincante qu'il était utile d'étudier la pratique abondante relative à l'établissement et à l'exécution des accords qui ne sont pas des traités et dont la nature n'entraîne donc pas en soi d'effets juridiques pour les parties. Ces accords ont un lien avec le droit international, mais la nature de ce lien et les modalités par lesquelles il s'établit restent à déterminer. M. Fife remercie donc sincèrement le Rapporteur spécial d'avoir établi un premier rapport abondamment documenté, élégamment rédigé et d'une concision admirable dans lequel il fixe prudemment un objectif clair pour les débats en plénière de la session en cours et met en lumière des questions pertinentes que la Commission pourrait examiner à l'avenir.

Le système juridique international repose sur l'autonomie des États souverains et sur la grande liberté dont ceux-ci jouissent pour choisir les moyens de résoudre les problèmes qu'ils rencontrent et d'élaborer des solutions pour le bien commun de la communauté internationale. Bien souvent, la conclusion et l'exécution de traités permettent de surmonter les divergences. Cela implique, en termes simples, que les parties expriment leur consentement à être liées par un texte de droit international, sur la base de procédures et d'effets étroitement réglementés par celui-ci. Néanmoins, il existe entre les États une abondante pratique consistant à résoudre les problèmes et à élaborer des solutions au moyen d'accords dans le cadre desquels les parties n'expriment pas l'intention d'être liées en droit international. Ce type d'accord peut être recherché pour diverses raisons pouvant être liées notamment à l'économie de temps qu'ils représentent, à leur intérêt pratique, à la nature générale de l'exécution et du respect des engagements pris, au caractère provisoire ou préliminaire des solutions envisagées, à la volonté de ne pas compromettre le résultat de processus parallèles engagés ou à venir ou à la volonté de mettre une solution à l'essai sans conclure prématurément un accord contraignant qui pourrait par la suite restreindre la possibilité d'ajuster sa ligne d'action ou la liberté d'agir autrement. La notion d'accord international juridiquement non contraignant peut, dans certains cas, refléter l'intention des parties d'appliquer des règles juridiques ou de faire naître des effets juridiques internationaux sans restreindre leur marge de manœuvre ou leur liberté futures. La notion de droit souple n'est donc pas particulièrement utile dans le contexte du sujet à l'examen, les accords internationaux juridiquement non contraignants n'étant pas nécessairement souples.

Fondamentalement, la pratique consistant à adopter des accords internationaux juridiquement non contraignants a souvent pour but de surmonter un désaccord. Bien qu'elle ne relève pas de l'élaboration des traités, elle peut contribuer à l'application du droit international, au règlement des différends et à la création de conditions favorables à la réalisation d'objectifs essentiels du droit international. Les accords internationaux juridiquement non contraignants peuvent aussi être étroitement liés à un traité existant. Le sujet est au cœur d'un champ où se croisent créativité politique et normativité juridique. La décision de la Commission de l'examiner est pleinement en phase avec le développement dynamique du système juridique international et la nécessité de prendre en compte les réalités pratiques et de créer un cadre de référence utile pour les États. Ainsi, la Commission aidera les États sans leur imposer de solutions afin qu'ils conservent une certaine souplesse. Dans ce contexte, elle aurait peut-être intérêt à structurer un peu le sujet en établissant une typologie sommaire des accords en question sans chercher à les classer de manière exhaustive ni même indicative. Cette démarche ne serait pas contradictoire avec le fait que le Rapporteur spécial estime qu'il ne faut pas se lancer dans une analyse approfondie des raisons ou motifs pour lesquels les États développent leur pratique. Le rôle de la Commission doit être non pas d'encourager les États à conclure des accords juridiquement non contraignants ou à les en dissuader, mais de leur signaler les aspects, difficultés ou effets juridiques dont ils pourraient souhaiter être informés.

Faire une esquisse avec quelques exemples permettrait à la Commission de se faire une idée plus précise de la nature du phénomène. Les Accords d'Oslo conclus en 1993 dans le cadre du processus de paix au Moyen-Orient, par exemple, ne sont pas un traité, mais

visent clairement à obtenir des résultats concrets, comportent des éléments normatifs et sont destinés à produire des effets juridiques. On pourrait aussi prendre comme exemple les accords conclus dans le contexte du soutien apporté par des tiers à des processus de paix, dans le cadre desquels il se peut que des questions sensibles de reconnaissance se posent, que des acteurs non étatiques interviennent ou que les discussions visant à surmonter les désaccords n'aient pas encore atteint le stade de l'élaboration d'un traité. Certains accords qui ne sont pas des traités juridiquement contraignants peuvent établir des normes, fixer des objectifs et des échéances ou instaurer des systèmes de suivi et d'autres dispositifs. Certains aussi peuvent avoir trait à un appui technique ou autre fourni aux États, mais établir des limites à la responsabilité, contenir des clauses de non-préjudice ou prévoir d'autres modalités. C'est le cas des accords d'assistance technique conclus au titre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ou de l'Accord de Paris sur les changements climatiques. De tels accords peuvent porter sur les modalités ou conditions essentielles au bon fonctionnement d'une coopération technique complexe visant, par exemple, à lutter contre la déforestation ou à faciliter l'acheminement de l'aide humanitaire. D'autres accords encore concernent la délivrance d'autorisations administratives nationales à différentes fins prévues par le droit interne, par exemple pour le lancement d'objets spatiaux.

Un problème qui se pose est qu'en n'établissant pas de distinction conceptuelle suffisamment claire lorsque cela est nécessaire, on court le risque de gommer des différences analytiques essentielles. Si la Commission doit éviter de diluer le droit conventionnel ou de brouiller des critères bien établis qui y sont liés, il ne serait néanmoins pas approprié de réserver le terme « accords » aux seuls textes pouvant être considérés comme des « traités » au sens de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et de dire qu'il ne s'applique pas à certains autres textes, qui ne seraient que des « arrangements » ou des « instruments ». Ces termes peuvent également désigner bon nombre d'autres phénomènes ; ainsi, dans l'histoire constitutionnelle de l'Inde, les exemples d'instruments d'association ou d'adhésion abondent. En outre, les « arrangements » n'ont généralement pas de contenu ou d'éléments normatifs et visent à obtenir des résultats concrets. La Commission pourrait à cet égard s'inspirer de la notion d'« énoncé performatif » utilisée dans la philosophie analytique, qui désigne des énoncés conçus pour produire certains effets – en l'occurrence, ceux qui sont émis conjointement, sous forme écrite, à des fins normatives et pas seulement descriptives. Pour paraphraser la pensée de grands philosophes analytiques du langage, la question que l'on pourrait se poser est donc la suivante : « Que fait-on lorsqu'on dit quelque chose ? ». Tout en excluant les engagements dépourvus de contenu normatif ou performatif, la Commission devrait envisager de convenir qu'un texte ayant un effet performatif constitue un accord au sens courant du terme. En outre, le terme « accord » englobe une notion clé qui met l'accent sur un élément de fond et offre d'autres avantages pratiques et est compatible avec la définition du terme « traité » énoncée à l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969, qui donne à entendre qu'il existe d'autres formes d'accords internationaux.

L'utilisation du terme « accord » dans la définition du champ du sujet n'est pas une simple question de formulation ; elle a en réalité une importance capitale. La nomenclature peut, bien entendu, être influencée par les nuances de la langue et les traditions et cultures juridiques nationales et être dictée par des considérations de droit constitutionnel administratif qui ne sont pas les mêmes dans les différents systèmes nationaux. Certains États mettent l'accent sur l'homogénéité et la cohérence en ce qui concerne les dénominations formelles afin qu'il soit clair que certains documents sont soumis à un processus particulier de prise de décisions au niveau national. D'autres, notamment certains pays nordiques, n'accordent traditionnellement aucun rôle déterminant à la dénomination des documents ou à certains autres aspects formels. Les « mémorandums d'accord » sont un cas intéressant : leurs effets, ainsi que la mesure dans laquelle ils peuvent être considérés comme juridiquement contraignants en droit international, dépendent de leur contenu. Par exemple, en 2017, dans l'affaire relative à la *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, la Cour internationale de Justice a analysé le statut juridique au regard du droit international d'un mémorandum d'accord conclu entre le Kenya et la Somalie et a conclu qu'indépendamment de son intitulé, ce mémorandum d'accord était un traité valide et liait les parties en droit international.

M. Fife se range à l'avis exprimé par le Rapporteur spécial au paragraphe 96 du premier rapport, selon lequel le terme « accord » porte sur les situations dans lesquelles des

États ou des organisations internationales ont convenu de quelque chose, ce qui suppose une rencontre des volontés. Le terme « accord » représente, selon lui, un « point d'Archimède », en ce qu'il constitue à la fois un point de départ et un levier suffisamment long pour définir et porter le sujet tout en offrant pour ce faire une justification cohérente. Il aiderait la Commission à garder un cap clair. Les notions d'« instrument » et d'« arrangement » ne sont pas aussi précises. Leur emploi élargirait involontairement le champ du sujet à d'autres phénomènes qui n'ont rien à voir avec la situation de fond particulière que M. Fife vient de mentionner. Limiter le champ de l'analyse aux seuls « accords » n'empêcherait pas les travaux de la Commission d'être pertinents ou d'avoir une utilité pratique aux fins de l'examen d'autres types de documents juridiquement non contraignants. Clarifier la nature ou les effets juridiques des accords juridiquement non contraignants pourrait permettre de mieux comprendre et apprécier les implications juridiques d'autres documents politiques tels que les résolutions juridiquement non contraignantes d'organisations internationales ou les documents unilatéraux. Il pourrait être judicieux, pour prévenir toutes remarques critiques à l'égard de l'utilisation du mot « accord », d'ajouter une explication sur ce point dans les commentaires.

M. Fife souscrit à la proposition qui a été faite de faire la distinction entre le sujet et l'examen d'actes juridiques imputables à un seul auteur ou adoptés dans le cadre de conférences intergouvernementales et d'exclure les accords conclus avec des parties privées, les accords du droit interne et les contrats internationaux. Il est en outre favorable à ce que le champ des travaux couvre non seulement les accords intergouvernementaux ou interétatiques, mais aussi les accords interministériels, et il n'exclurait pas la totalité des arrangements interinstitutionnels. Ceux-ci sont, du point de vue tant quantitatif que qualitatif, un aspect particulièrement important de la pratique des États et peuvent en outre avoir une incidence sur les questions d'attribution et de responsabilité des États. Dans certains cas, cette pratique pourrait jouer un rôle essentiel dans l'exécution par l'État concerné de certaines obligations juridiques internationales qui lui incombent et donc dans l'évaluation du respect du droit international par l'État. D'importantes compétences gouvernementales ont dans la pratique été confiées à certains organes étatiques ou infra-étatiques. De manière plus générale, il pourrait être utile d'étudier les moyens de faire mieux connaître et comprendre les aspects juridiques internationaux aux autorités décentralisées.

La question de savoir si un accord suppose ou non un engagement doit être tranchée en interprétant le texte visé et les circonstances entourant sa conclusion. Le Rapporteur spécial a proposé que l'on retienne l'existence d'une « composante normative » comme critère d'identification des accords dans lesquels les États entendent prendre des engagements. Toutefois, en fonction de la définition qui en est donnée, cette notion pourrait ne pas être suffisante si elle est prise au sens strict. Ainsi, la déclaration commune de deux États s'accordant sur une compréhension d'un ensemble de faits donné ou sur une interprétation d'une obligation conventionnelle donnée, qui est un exemple typique de déclaration, pourrait néanmoins soulever des questions pertinentes concernant les conséquences juridiques qu'elle fait naître s'agissant de l'engagement desdits États envers la compréhension ou l'interprétation en question. Les États pourraient-ils revenir sur leur déclaration commune si un différend devait ultérieurement les opposer ?

M. Fife soutient fermement l'approche proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 109 du premier rapport, qui consiste à inclure dans le champ des travaux les « déclarations non contraignantes qui sont annexées à certains traités ». Les actes finaux adoptés à des conférences intergouvernementales mentionné par le Rapporteur spécial en sont un exemple pertinent. Toutefois, dans certains cas, des arrangements parallèles sont conclus dans le contexte de traités bilatéraux existants ou de l'élaboration de nouveaux traités bilatéraux. Ceux-ci peuvent comporter des modèles de texte pour des accords futurs, pour un accord d'interprétation ou pour des arrangements relatifs à l'application d'un traité sur la base d'un modèle de texte. On peut citer, à titre d'exemple, le procès-verbal de 2006 sur la procédure relative à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins dans l'océan Atlantique Nord que la Norvège, le Danemark et les Îles Féroé, et l'Islande doivent suivre non seulement pour présenter une demande à la Commission des limites du plateau continental, mais aussi pour conclure entre eux des accords mutuels de délimitation, sans préjudice des conclusions de la Commission, et qui entre en jeu après que la Commission a formulé toutes les recommandations pertinentes. Les arrangements parallèles aux traités

peuvent être formellement non contraignants et être facilement modifiés à un stade ultérieur, ce qui soulève des questions quant au lien qu'ils ont avec le corps du traité, par exemple en cas d'interprétations contradictoires.

M. Fife n'est pas entièrement satisfait de la formulation de l'alinéa d) du paragraphe 132 du premier rapport, qui donne à penser qu'en cas de conflit entre un accord juridiquement non contraignant et les dispositions d'un traité, celles-ci priment en toutes circonstances. Selon lui, la situation pourrait ne pas être aussi claire, par exemple si le traité renvoie expressément à un arrangement d'application non contraignant qui traite plus particulièrement d'une question précise. En pareil cas, il est plus difficile de déterminer si l'intention des parties est que la solution proposée dans l'accord l'emporte, parce que cette solution pourrait alors faire partie des circonstances entourant la conclusion du traité et, à ce titre, influencer l'interprétation du traité conformément au paragraphe 2 de l'article 31 et à l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969.

M. Fife se réjouit que le Rapporteur spécial s'attache à établir une base empirique aussi large que possible pour souligner les aspects juridiques pertinents du sujet, comme cela est mentionné notamment aux paragraphes 70, 78, 80 et 83 du premier rapport. Le chapitre VIII du rapport soulève des questions essentielles qu'il convient d'examiner en détail. En ce qui concerne sa section B, intitulée « Le régime des accords internationaux juridiquement non contraignants », et plus particulièrement la liste de points figurant au paragraphe 132, il aurait été utile d'insérer une note sur la pertinence éventuelle des principes consacrés dans les règles d'interprétation aux fins de l'appréciation et de l'interprétation du contenu des accords non contraignants. Certes, il n'est pas du tout évident que ce régime particulier et taillé sur mesure puisse *in fine* s'appliquer à un texte qui n'est pas un traité, mais M. Fife se demande s'il ne faut pas obligatoirement appliquer les règles générales d'interprétation des traités pour déterminer si un accord est effectivement un traité. On voit mal quel autre cadre pourrait être utilisé à cette fin. On pourrait à partir de là établir des liens avec des principes de droit international reconnus de manière plus générale ou fondamentale s'agissant des règles d'interprétation. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, la Cour internationale de Justice a constaté que « les règles relatives à l'interprétation des traités consacrées par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [pouvaient] fournir certaines indications » aux fins de l'examen des décisions adoptées par les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies, mais qu'il convenait de prendre en considération des aspects particuliers liés au contexte dans lequel ces décisions étaient prises. Il y a beaucoup à dire sur la question de savoir si, outre qu'il est a priori pertinent d'examiner en premier lieu si un texte constitue un traité au sens de la Convention de Vienne de 1969, il existe également, indépendamment de la Convention de Vienne, des principes fondamentaux applicables aux accords internationaux juridiquement non contraignants, notamment le principe de bonne foi, le respect du *jus cogens*, les principes généraux d'interprétation et certains aspects du principe *pacta sunt servanda*. Au-delà de la question de savoir si les accords juridiquement non contraignants sont exécutoires ou opposables, leur non-respect ou leur violation peut avoir des conséquences, notamment suspendre leur exécution et leur réciprocité.

Le sujet est d'actualité et a un grand intérêt pratique pour les États. Si les accords juridiquement non contraignants n'ont rien de nouveau, leur utilisation s'est accrue ces dernières décennies, tout comme l'utilisation et l'application d'autres formes de textes juridiquement non contraignants. Les États ont donc de plus en plus besoin de comprendre comment traiter ces documents et quelle est leur pertinence dans le contexte de l'argumentation juridique internationale. Comme l'a expliqué le Rapporteur spécial dans son premier rapport, la doctrine tend généralement à considérer les accords juridiquement non contraignants comme appartenant au domaine de la politique et non à celui du droit ; il en va de même pour certains systèmes bureaucratiques. Les États sont dotés de politiques exhaustives et de dispositions constitutionnelles régissant la négociation et la conclusion des traités, mais ils sont peu nombreux à avoir établi un système général de contrôle et de suivi de la conclusion d'accords juridiquement non contraignants. Cette situation s'explique peut-être par la perception erronée selon laquelle les accords qui ne sont pas des traités ne peuvent pas faire naître de droits ou d'obligations et n'appellent donc pas d'examen particulier fondé sur des considérations de droit international. Les travaux de la Commission



sur le sujet contribueront donc à mieux faire connaître la question et rendre la pratique plus cohérente.

M. Fife souscrit à la proposition d'élaborer un projet de conclusions, qui va dans le sens des objectifs de clarification du droit et d'adoption d'une approche descriptive plutôt que prescriptive. Le fait que la Commission ait par le passé décidé d'élaborer des projets de conclusion sur certaines sources du droit international n'aura pas de conséquences négatives en ce qui concerne le sujet à l'examen et ne créera aucune ambiguïté. La notion de conclusion est neutre. Le programme de travail proposé au paragraphe 143 du premier rapport prévoit en outre le temps nécessaire pour recueillir les commentaires des États et des organisations internationales. Le calendrier envisagé par le Rapporteur spécial est réalisable compte tenu de l'approche très structurée que celui-ci a adoptée pour encadrer les débats de la Commission en plénière, qui fait que le Comité de rédaction n'aura pas besoin de se pencher sur la stratégie de base à adopter.

*La séance est suspendue à 11 h 40 et reprise à 12 h 10.*

M. Nesi félicite le Rapporteur spécial pour son premier rapport, qui est particulièrement clair et donne un aperçu des questions sur lesquelles la Commission devrait se concentrer lorsqu'elle traite d'un sujet aussi vaste et complexe que les accords internationaux juridiquement non contraignants. Le sujet est tout à fait d'actualité étant donné que les États recourent souvent aux accords juridiquement non contraignants lorsqu'ils sont réticents à créer des obligations contraignantes et préfèrent une plus grande souplesse dans leurs relations mutuelles. Cela étant, compte tenu du nombre et de la diversité des instruments conclus à ce jour, il faut réfléchir à la classification de ces accords et à leurs effets juridiques potentiels. Malgré le caractère non contraignant de ces accords, divers acteurs, notamment des tribunaux et des représentants d'États, leur accordent une grande importance et il arrive qu'ils en fassent la base de leurs engagements politiques internationaux ou s'en servent pour ouvrir la voie à la conclusion d'accords contraignants, ce qui montre que la distinction entre ce qui est contraignant et ce qui ne l'est pas en droit international devient de plus en plus floue. La crise du multilatéralisme que connaît la communauté internationale crée un terrain favorable aux accords qui ne sont pas formellement contraignants pour les États, qui voient en eux une bonne solution de remplacement aux traités. La tendance à une plus grande souplesse dans la législation internationale ne doit pas être vue comme une défaite du système juridique international ; au contraire, il faut la considérer comme une occasion de permettre à certaines formes de coopération de continuer d'exister au sein de la communauté internationale. La prérogative des États de conclure des accords juridiquement non contraignants doit être préservée dans les relations internationales, car la pratique montre que les États sont plus enclins à respecter les bonnes pratiques lorsqu'ils ne sont pas strictement liés sur le plan juridique.

En ce qui concerne la formule « accords juridiquement non contraignants », de nombreux États contestent l'utilisation du mot « accords », auquel ils préfèrent d'autres termes tels que « instruments ». Plusieurs membres de la Commission hésitent également à accepter la formule suggérée par le Rapporteur spécial. S'il prend note de leur préoccupation, M. Nesi estime que le terme « instrument » est trop vague, car il peut également s'appliquer à des actes unilatéraux et à des actes d'organisations internationales qui sortent du champ des travaux. Par contraste, le mot « accord » a une acception courante et une acception strictement juridique. Il semble clair que dans sa deuxième acception, ce terme est synonyme de « traité » au sens de la Convention de Vienne de 1969 et produit tous les effets juridiques du traité. Dans le contexte du sujet à l'examen, le terme « accord » doit s'entendre dans son sens ordinaire, à savoir comme un arrangement qui ne crée pas de droits et d'obligations et n'a donc pas d'effet contraignant. M. Nesi appuie donc la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que le mot « accord » soit conservé, étant donné que toutes les autres propositions auraient pour effet d'élargir indûment le champ du sujet.

Certains membres ont exprimé la préoccupation compréhensible que l'insertion de l'adverbe « juridiquement » dans la formule « juridiquement non contraignants » puisse prêter à confusion en donnant l'impression que la Commission met l'accent sur la nature juridique des accords à l'examen. Toutefois, la reconnaissance du caractère juridique d'un accord ne signifie pas automatiquement que celui-ci est contraignant. Retenir la formule proposée par le Rapporteur spécial n'empêcherait pas la Commission de considérer que

certain types d'accords ne sont pas contraignants au sens juridique du terme. On peut par exemple être lié par un engagement sans s'exposer nécessairement à des conséquences juridiques en cas de non-respect : le mot « lié » n'a pas non plus qu'une acception juridique. Néanmoins, la Commission est amenée à examiner le sujet, car, malgré l'absence de caractère juridiquement contraignant, certaines règles juridiques pourraient s'appliquer aux États lorsqu'ils concluent des accords non contraignants susceptibles d'avoir certains effets juridiques indirects. M. Nesi estime donc que la double qualification figurant dans l'intitulé du sujet, à savoir « juridiquement » et « non contraignants », doit être conservée.

Il faudrait circonscrire le champ de l'étude aux accords qui sont internationaux par nature, autrement dit aux accords conclus par des sujets de droit international. Pour des raisons d'économie de temps, M. Nesi pense qu'il serait préférable d'exclure les résolutions adoptées par les organisations internationales du champ du sujet, même s'il convient avec M. Asada que d'une manière générale, ces résolutions sont adoptées à l'issue de négociations entre des États et, en tant que telles, pourraient être examinées de manière indirecte. Pour la même raison, il serait enclin à inclure les actes d'organisations intergouvernementales étant donné qu'ils sont apparentés au thème principal du sujet.

Il est crucial de faire la distinction entre les accords contraignants et les accords non contraignants. Pour déterminer la nature d'un accord conclu entre États, la Commission doit s'attacher à comprendre ce qu'est un accord contraignant, c'est-à-dire quelles sont les caractéristiques permettant de considérer qu'un accord est contraignant. Deux éléments ont toujours eu une importance particulière : d'une part la forme du texte, qui est un élément objectif déterminé par la conformité à certaines normes procédurales et, d'autre part, l'intention des parties à l'accord d'être liées par celui-ci. Ce dernier élément a traditionnellement plus de poids, à tel point que son absence devrait, en toute logique, exclure tout effet juridique. S'il faut rejeter cette idée parce que le refus d'être lié n'empêche pas un instrument international d'être juridiquement pertinent, les nombreux accords non contraignants qui ont été conclus ces dernières décennies font qu'il est assez difficile de déterminer les critères permettant de distinguer ces accords des instruments contraignants.

Si la forme, en tant que critère objectif, a une certaine importance pour identifier les instruments contraignants, on ne peut pas dire que tous les instruments contraignants ont la même forme ou sont adoptés suivant la même procédure, comme l'illustre l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* portée devant la Cour internationale de Justice. La Cour a clairement dit, comme elle l'a fait dans d'autres affaires, qu'elle ne considérerait pas le fait qu'un accord international prenne une forme inhabituelle comme un obstacle à la création de droits et d'obligations. Un simple échange de lettres, comme dans l'affaire de la *Délimitation maritime*, ou un communiqué commun, comme dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, pouvait être source d'obligations contraignantes. Vu l'approche souple adoptée par la Cour, il pourrait être difficile d'établir les critères permettant de distinguer les accords contraignants des accords non contraignants. Bien qu'il souscrive à la proposition du Rapporteur spécial de fusionner les éléments objectifs et les éléments subjectifs à cette fin, M. Nesi estime que la réalité actuelle de l'élaboration du droit international montre que les critères objectifs – non seulement la forme de l'accord, mais aussi tout aspect procédural – ont ces derniers temps perdu de leur pertinence, quoi qu'il n'appartienne pas à la Commission d'établir une hiérarchie entre les critères concernés.

Cela étant, le fait qu'on accorde moins d'importance aux critères formels et procéduraux donne plus de poids à l'élément subjectif et à tous les autres critères permettant de déduire l'intention des parties d'être liées, comme la présence de clauses finales, la possibilité d'émettre des réserves ou, plus généralement, le contenu d'un accord. La véritable difficulté est de comprendre à quel moment on peut considérer que le contenu d'un accord entre États crée des droits et des obligations contraignants, sachant que l'adjectif « contraignants » a une acception supplémentaire. Une chose est « contraignante » non seulement lorsqu'elle crée des droits et des obligations de manière générale, mais aussi lorsque ces droits et obligations sont tels qu'ils ne peuvent être juridiquement évités ou exclus. En ce sens, l'utilisation de cet adjectif pourrait limiter l'analyse de la Commission, étant donné que le caractère contraignant d'un instrument peut être déduit de toute référence aux conséquences d'un acte qui implique qu'une obligation énoncée dans l'instrument en question a été exclue ou évitée.

Les débats de la Commission devraient davantage être axés sur les éléments du contenu d'un traité qui pourraient être utilisés pour déterminer la nature du traité en question. Pour la plupart des instruments susceptibles de relever des travaux de la Commission, un élément important est la définition de ce qu'est un engagement politique ou moral par opposition à un engagement juridiquement contraignant. Si le caractère contraignant d'un instrument fondé sur le droit international est strictement lié à sa nature juridique internationale, on ne saurait pour autant exclure toute référence au droit dans les accords non contraignants. Il faut conjuguer la compréhension de ce qui constitue un engagement juridique international avec une analyse inspirée par d'autres sciences afin de compléter les critères qui permettent de catégoriser les accords contraignants et les accords non contraignants en comprenant bien le contenu des engagements politiques et moraux.

M. Nesi croit comme le Rapporteur spécial que la question du régime juridique des accords non contraignants doit être examinée séparément de celle de leurs effets juridiques potentiels, ces deux questions étant différentes sur le plan conceptuel. Le droit des traités s'applique-t-il aux accords juridiquement non contraignants ? Si la définition du traité énoncée à l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969 ne fait pas référence au caractère contraignant de l'accord, les travaux préparatoires de la Convention, les commentaires de la Commission sur les projets d'article sur lesquels la Convention repose et diverses dispositions de la Convention indiquent clairement que les accords juridiquement non contraignants ne sont pas censés relever de son champ d'application. Il serait toutefois excessivement simpliste de dire que les accords non contraignants ne sont soumis à aucune règle. Certaines normes fondamentales, telles que l'interdiction des atteintes au *jus cogens*, doivent s'appliquer aux accords juridiquement non contraignants. Les États et les organisations internationales ont l'obligation de ne pas violer ces normes, y compris, en toute logique, lorsqu'ils concluent un accord international non contraignant. Il en va de même pour les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 relatives à l'interprétation des traités. L'applicabilité des différentes règles contenues dans la Convention doit être examinée soigneusement au cas par cas.

M. Nesi convient également avec le Rapporteur spécial que certaines règles du droit international, telles que l'obligation de régler les différends par des moyens pacifiques prévue au paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, s'appliquent aux accords juridiquement non contraignants. Les règles du droit international relatives aux droits de l'homme fondamentaux pourraient dans certains cas restreindre la capacité de conclure des accords non contraignants si ces accords ne protégeaient pas dûment les droits individuels. Ainsi, bien qu'ils n'aient pas un caractère contraignant, les divers mémorandums d'accord conclus récemment au sujet de procédures de transfert ou de rapatriement des migrants ne devraient pas porter atteinte aux droits fondamentaux ni limiter les possibilités de recours en cas de non-respect de la législation relative aux droits de l'homme.

Il est fondamental que la Commission précise la mesure dans laquelle les règles et principes du droit international général s'appliquent aux accords non contraignants, ainsi que le contenu des règles et principes concernés, afin d'établir un « régime » plus fiable régissant la création et l'exécution de ces accords. Il faut en outre préciser les raisons pour lesquelles les règles du droit international général s'appliquent à ces accords : comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, de nombreux auteurs sont favorables au recours au raisonnement par analogie pour justifier l'application des règles du droit international aux accords non contraignants. Si un tel raisonnement peut parfois s'avérer judicieux, la contribution de la Commission serait plus structurée et plus utile si elle était fondée sur la pratique et la jurisprudence pertinentes des États. M. Nesi pense donc comme le Rapporteur spécial qu'il faut éviter d'adopter une approche déductive trop large.

La question des effets juridiques potentiels des accords juridiquement non contraignants est sensible et doit être abordée avec prudence compte tenu de ses implications politiques. La Commission doit éviter toute analyse risquant de créer la confusion quant à la nature des accords juridiquement non contraignants ou de brouiller la distinction avec les sources du droit international, mais il est important de faire la différence entre force juridiquement contraignante et effet juridique, qui ne sont pas mutuellement exclusifs. Les accords juridiquement non contraignants peuvent être utiles pour interpréter un traité juridiquement contraignant au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969,

comme la Commission l'a dit dans ses travaux sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, en particulier au paragraphe 23 du commentaire de la conclusion 6 de ses conclusions sur ce sujet. Le terme utilisé dans le commentaire est « instruments », mais on peut légitimement déduire que les « accords » font partie de la catégorie générale des « instruments » non contraignants en question. M. Nesi souscrit donc à la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle les accords juridiquement non contraignants peuvent avoir certains effets juridiques dans ce domaine.

De même, la conclusion et l'exécution d'un accord juridiquement non contraignant pourraient contribuer, dans une certaine mesure, à la formation d'un nouveau droit coutumier, même si la Commission devrait examiner plus avant le poids accordé aux accords juridiquement non contraignants et la manière dont ils pourraient jouer un rôle dans la cristallisation des règles coutumières du droit international sur le plan tant de la pratique des États que de l'*opinio juris*. Dans ses travaux sur le droit international coutumier, la Commission ne s'est pas expressément penchée sur le rôle des accords juridiquement non contraignants conclus par des États lors du processus de formation du droit coutumier. Il faut donc se garder de tirer des conclusions hâtives.

Il serait préférable de ne pas maintenir la distinction entre effets juridiques directs et effets juridiques indirects, car elle pourrait nuire à la clarté générale des travaux de la Commission sur le sujet. Cette distinction est simple à faire dans certains cas, mais peut être floue dans d'autres, et la Commission serait empêchée d'examiner comme il se doit les questions qui se trouvent dans la zone grise. La Commission aurait peut-être davantage intérêt, dans le cadre de ses travaux, à analyser les effets juridiques potentiels – directs, indirects et hybrides – sans expressément les classer dans des catégories. Le Rapporteur spécial devrait se concentrer sur les effets juridiques des accords non contraignants qui pourraient être liés à l'acquiescement, à l'estoppel ou même au silence. Il sera plus aisé de déterminer la forme à donner aux travaux une fois que la Commission se sera accordée sur une partie au moins du contenu et du champ du sujet, mais M. Nesi souscrit pour l'heure à la proposition d'adopter des projets de conclusion, cette pratique étant conforme aux travaux antérieurs de la Commission.

**M<sup>me</sup> Orosan**, remerciant le Rapporteur spécial pour son premier rapport, qui fixe un cadre pour les discussions de la Commission, et se réjouissant de l'occasion donnée à la Commission de tenir un premier débat général sur le sujet, dit que le résultat des travaux doit être concret et aider les États à mieux cerner la nature des obligations qu'ils ont prises ou entendent prendre au moyen d'accords internationaux. Il serait aussi utile aux États et aux représentants concernés de déterminer dès le départ si la participation à de tels accords est mue par l'intention de faire naître des droits et des obligations régis par le droit international public, ce qui ferait de l'instrument concerné un traité. Pour ce faire, le résultat des travaux de la Commission devra mettre l'accent sur les aspects pratiques de nature générale en présentant une analyse de la pratique adoptée par les États dans différentes régions du monde. La Commission aura du mal à recenser toutes les pratiques pertinentes des États, car l'intérêt des documents qui sont considérés comme n'étant « pas des traités » tient au fait qu'ils sont moins formels et qu'il n'y a aucune obligation de les rendre publics. Le résultat des travaux ayant pour objectif d'aider les États, ceux-ci doivent comprendre qu'il est important de coopérer avec la Commission en lui fournissant des informations sur leur pratique. Ce résultat ne doit pas établir un nouveau régime juridique applicable aux documents qui ne sont pas des traités ni priver ces instruments de leur souplesse et de leur caractère moins formel.

Il importe de définir dès le début le champ du sujet, ce qui implique d'en examiner l'intitulé. Il y a de bonnes raisons de continuer d'utiliser le terme « accord » tant qu'il est compris dans son acception générale de « rencontre des volontés ». Parfois, le consentement mutuel des États sous-tend un engagement juridique qui fait naître des droits et des obligations régis par le droit international public, et l'accord est alors un traité, mais ce n'est pas toujours le cas. La catégorie générale des accords comprend à la fois les accords qui sont incontestablement des traités et les accords qui sont expressément conçus pour ne produire aucun effet juridique, parmi lesquels figurent les accords entre États qui ne font pas naître de droits et d'obligations régis par le droit international public. La Commission devrait axer ses travaux sur les accords situés dans la zone grise entre ces deux sous-catégories, qui ont une

composante normative et présentent des similitudes avec des traités sans pour autant être eux-mêmes des traités.

Dans la pratique étatique récente, le terme « accord » est associé à un document qui a certains effets ou conséquences juridiques dans le domaine du droit. Afin d'éviter de telles implications, les États préfèrent les libellés faisant référence à des ententes ou à des arrangements communs, car ils en sont venus à interpréter le terme « accord » de manière plus restrictive qu'il l'a été dans les travaux antérieurs de la Commission. Si elle n'est pas tenue de modifier ses usages, la Commission doit néanmoins tenir compte de ces évolutions. En tout état de cause, l'utilisation du terme « accord » dans le contexte du sujet doit être sans préjudice des choix terminologiques que les États peuvent faire conformément à leur pratique. Toutefois, M<sup>me</sup> Orosan n'est pas favorable à ce qu'on remplace le terme « accords » par « instruments », car cela ferait entrer dans le champ du sujet la presque totalité des documents qui ne remplissent pas les conditions requises pour être considérés comme des traités et ferait porter l'examen sur le « droit souple » en général.

Quelle que soit la nomenclature adoptée, la nature et l'effet juridique éventuel d'un document doivent être déterminés par l'intention qui le sous-tend, sur la base de sa teneur et du contexte dans lequel il a été établi. Si l'on veut restreindre et définir plus étroitement le champ du sujet, il serait judicieux de caractériser les accords internationaux comme juridiquement non contraignants. L'insertion délibérée de l'adverbe « juridiquement » conduit à opposer ces accords aux traités et met ainsi l'accent sur les accords internationaux que les parties ne sont pas tenues d'appliquer parce que le droit ou une obligation juridique les y contraint. M<sup>me</sup> Orosan pense comme le Rapporteur spécial que le sujet ne devrait porter que sur les accords internationaux juridiquement non contraignants conclus par des États entre eux ou avec des organisations internationales, ou par des organisations entre elles. En ce qui concerne la première catégorie, elle trouve qu'il serait utile d'examiner les accords internationaux conclus au niveau ministériel, étant donné qu'ils sont conclus par des organes de l'État dans le cadre des pouvoirs qui leur sont conférés et dans l'exercice de fonctions étatiques.

Par contre, M<sup>me</sup> Orosan n'est pas favorable à ce que l'on prenne en considération les documents internationaux de coopération conclus entre des unités administratives territoriales de deux États ou plus. La nature de ces documents est souvent dictée par la répartition des pouvoirs entre les autorités centrales et locales au sein des États concernés, en conséquence de quoi ils peuvent prendre des formes extrêmement diverses. Dans d'autres cas, la forme que prend la coopération peut être dictée par un régime conventionnel auquel les États concernés ont consenti, comme celui établi par la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontière des collectivités ou autorités territoriales et les protocoles y relatifs.

Le Rapporteur spécial a dressé une longue liste de points que la Commission devrait examiner, parmi lesquels les effets juridiques potentiels des accords internationaux juridiquement non contraignants, qui seront au cœur des travaux de la Commission.

Il est important, et il serait très utile sur le plan pratique, d'établir des critères de distinction entre les traités et les accords internationaux juridiquement non contraignants. Dans la pratique de l'élaboration des traités, les États accordent une grande attention à la nature du document dès les premières phases de la négociation. Clarifier l'intention des parties – qui est un élément essentiel de la définition du traité selon la Convention de Vienne de 1969 – aide à distinguer les accords juridiquement contraignants des accords juridiquement non contraignants. L'intention étant subjective et n'étant pas toujours évidente ou suffisamment claire, d'autres éléments de nature objective doivent contribuer à la déterminer. Pour établir le caractère contraignant d'un accord, il faut prendre en compte un ensemble de critères.

À cette fin, les États et les tribunaux tiennent déjà compte de nombreux éléments objectifs. Il serait très difficile d'établir une hiérarchie entre tous les facteurs subjectifs, même si certains ont davantage de force probante que d'autres. Ce serait aussi moins utile, peut-être, étant donné que c'est un ensemble de nombreux facteurs objectifs qui permet de cerner l'élément subjectif et de déterminer au-delà de tout doute raisonnable la nature d'un accord. Il est probablement impossible de faire des présomptions s'appliquant de façon certaine dans

la grande majorité des situations. La crédibilité du processus repose sur l'évaluation de tous les critères pertinents, au cas par cas, car chaque document est unique. Une des présomptions qui pourraient raisonnablement être formulées concerne l'intention expresse des parties de créer ou de ne pas créer un accord juridiquement contraignant. On pourrait présumer que les procédures nationales de conclusion de traités n'ont pas été suivies lorsqu'il existe une intention expresse de ne pas créer un accord juridiquement contraignant.

M<sup>me</sup> Orosan doute qu'il y ait lieu de réfléchir à la question de savoir si les autorités judiciaires sont compétentes pour qualifier un accord autrement que les parties. Il faudrait plutôt se concentrer sur les critères et les méthodes permettant de faire la distinction entre les accords, ce qui présenterait également un intérêt pour les autorités judiciaires concernées.

M<sup>me</sup> Orosan s'oppose à la création d'un régime juridique applicable aux accords juridiquement non contraignants, mais il se pourrait que les règles du régime conventionnel, notamment celles relatives à l'interprétation des traités, puissent être utilisées au regard de tels accords. Cela ne signifie pas toutefois que les accords juridiquement non contraignants sont régis par le droit des traités ou qu'un régime qui leur est propre doit être créé. Dans le même temps, étant donné que les accords juridiquement non contraignants reflètent le consentement mutuel des parties à adopter une certaine conduite, ils doivent être conformes aux principes du droit international. Un État ne peut agir en violation des obligations que lui impose le droit international sans être tenu responsable de ses actes. De ce point de vue, c'est non pas l'accord lui-même, mais la conduite de l'État qui emporte des conséquences juridiques, y compris en ce qui concerne l'applicabilité de l'accord. Les obligations juridiques internationales applicables, quelle que soit leur source, régissent la conduite des États en toutes circonstances et ne peuvent être annulées ou modifiées que par des normes de nature similaire.

Les accords juridiquement non contraignants peuvent néanmoins être pertinents dans d'autres contextes juridiques ou même avoir des effets juridiques, par exemple s'ils font partie d'un comportement illicite ou d'un comportement autorisé qui aide les États à s'acquitter de leurs obligations juridiques internationales. En tout état de cause, la Commission doit garder à l'esprit que lorsque les États concluent délibérément des accords juridiquement non contraignants, ils n'entendent pas que ces accords emportent des conséquences juridiques et ne suivent donc pas les procédures qui leur permettraient de prendre un engagement juridique. Même si la Commission entreprend d'examiner les effets juridiques potentiels recensés par le Rapporteur spécial, elle ne doit pas attribuer aux accords juridiquement non contraignants des effets similaires à ceux des accords juridiquement contraignants qui viennent les inclure indirectement ou de facto dans la catégorie des traités, car cela les priverait peu ou prou de leur raison d'être.

M<sup>me</sup> Orosan comprend que le Rapporteur spécial préfère que les travaux de la Commission sur le sujet débouchent sur un projet de conclusions, mais considère qu'un projet de directives serait plus approprié si l'objectif est d'élaborer un outil ayant vocation à aider les États. Le projet de directives est en outre plus souple que le projet de conclusions, qui reflète un point de vue arrêté alors que les accords juridiquement non contraignants sont, par nature, relativement flexibles. Toutefois, même si la Commission retenait l'idée d'un projet de directives, M<sup>me</sup> Orosan ne serait pas favorable à l'adoption de modèles de texte, car cela pourrait être perçu comme une tentative d'introduire un degré de rigueur généralement réservé aux accords internationaux juridiquement contraignants. Le choix d'une terminologie particulière, voire le recours limité à des clauses types indiquant que tel ou tel instrument est juridiquement non contraignant, pourrait par contre être utile aux États.

*La séance est levée à 12 h 45.*